



## Gesundheit im Freiheitsentzug

Rechtsgutachten zur Gesundheitsversorgung  
von inhaftierten Personen ohne Krankenversicherung

Jörg Künzli

Florian Weber

Bern, 12. November 2018

Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR)

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)

Centro svizzero di competenza per i diritti umani (CSDU)

Swiss Center of Expertise in Human Rights (SCHR)

Schanzeneckstrasse 1, Postfach, 3001 Bern

Telefon +41 31 631 86 51, [skmr@skmr.unibe.ch](mailto:skmr@skmr.unibe.ch)



## AUTORENVERZEICHNIS

*Jörg Künzli*

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Ordinarius für Staats- und Völkerrecht am Institut für öffentliches Recht der Universität Bern, Direktor des SKMR und Themenbereichsleiter Polizei und Justiz des SKMR

*Florian Weber*

MLaw, Rechtsanwalt, Assistent am Institut für öffentliches Recht der Universität Bern und wissenschaftlicher Mitarbeiter beim Themenbereich Polizei und Justiz des SKMR

Diese Studie gibt die Meinung der Autoren wieder und bindet nur das Schweizerische Kompetenzzentrum für Menschenrechte.

Zitiervorschlag: Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR), Gesundheit im Freiheitsentzug, Rechtsgutachten zur Gesundheitsversorgung von inhaftierten Personen ohne Krankenversicherung, verfasst von Künzli Jörg/Weber Florian, Bern 2018.

# INHALTSVERZEICHNIS

Abkürzungsverzeichnis .....	IV
Zusammenfassung .....	1
I. Einführung.....	3
1. Auftrag.....	3
2. Aufbau.....	3
II. Ausgangslage .....	5
1. Leistungsumfang der Gesundheitsversorgung.....	5
2. Kostentragung.....	7
III. Völker- und verfassungsrechtliche Vorgaben zum Anspruch auf Gesundheitsdienstleistungen .....	11
1. Normative Grundlagen des Rechts auf Gesundheit.....	11
1.1. Völkerrecht .....	11
1.2. Verfassungsrecht .....	14
1.3. Besondere Fürsorgepflicht des Staates gegenüber inhaftierten Personen .....	16
2. Leistungsumfang.....	17
2.1. Abstrakte Bestimmung: Mindestversorgung aus menschenrechtlicher Sicht.....	18
2.1.1. Primat des Fachwissens .....	18
2.1.2. Berufsethische Vorgaben.....	20
2.1.3. Zeitnahe Versorgung.....	20
2.1.4. Zugang und Verfügbarkeit medizinischer Versorgung .....	22
2.1.5. Kontinuität und Koordination .....	22
2.1.6. Patientinnen- und Patientendossier.....	23
2.1.7. Qualität und Umfang .....	24
2.2. Relative Bestimmung: Rechtsgleichheitsgebot und Äquivalenzprinzip .....	25
2.2.1. Äquivalenzprinzip .....	26
A. Herleitung.....	26
B. Verankerung.....	26
C. Inhalt.....	30
2.2.2. Rechtsgleichheit intra muros .....	31
2.3. Zwischenfazit.....	32
3. Leistungsbeschränkungen gegenüber nicht dem KVG unterstehenden inhaftierten Personen.....	33
3.1. Zulässige Beschränkungen der menschenrechtlich geforderten Gesundheitsversorgung.....	33
3.2. Das Äquivalenzprinzip als Begründung der Beschränkungen der Gesundheitsversorgung .....	34
IV. Völker- und verfassungsrechtliche Vorgaben zur Kostentragung .....	36
1. Unbedingtheit menschenrechtlicher Vorgaben .....	36
2. Vorgaben zur Kostentragung .....	37
2.1. Explizite Vorgaben .....	37
2.2. Implizite Vorgaben.....	39
3. Schlussfolgerungen.....	40
V. Beantwortung der Gutachtensfragen .....	42
VI. Empfehlungen.....	43
1. Kantonale Ebene.....	43
1.1. De lege lata .....	43
1.2. De lege ferenda.....	44

2.	Bundesebene .....	45
2.1.	De lege lata .....	45
2.2.	De lege ferenda .....	45
	Quellenverzeichnis .....	46

## ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

ATSG	Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 (SR 830.1)
BGE	amtliche Sammlung der Bundesgerichtsentscheide
BGer	Bundesgericht
BG-NKVF	Bundesgesetz über die Kommission zur Verhütung von Folter vom 20. März 2009 (SR 150.1)
BiomedizinK	Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin (Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin) vom 4. April 1997 (SR 0.810.2)
BPT	Basic Principles for the Treatment of Prisoners; Grundprinzipien für die Behandlung der Gefangenen, UN-Generalversammlung, 14.12.1990 (A/RES/45/111, Annex)
BR	Bündner Rechtsbuch
BSG	Bernische Systematische Gesetzessammlung
bzgl.	bezüglich
CEDAW	Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women; Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18. Dezember 1979 (SR 0.108)
CM/Rec(2012)12	Council of Europe, Recommendation CM/Rec(2012)12 of the Committee of Ministers to member States concerning foreign prisoners, 10.10.2012; nicht-amtliche Übersetzung: Empfehlung CM/Rec(2012)12 des Ministerkomitees an die Mitgliedstaaten über ausländische Gefangene, 10.10.2012
CoE	Council of Europe; Europarat
CPT	Committee for the Prevention of Torture; Europäisches Komitee zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe
d. h.	das heisst
DSG	Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 19. Juni 1992 (SR 235.1)
ECDC	European Centre for Disease Prevention and Control
EG KVG/ZH	Einführungsgesetz zum Krankenversicherungsgesetz (EG KVG) vom 13. Juni 1999 (Kanton Zürich; LS 832.01)
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
EMCDDA	European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (SR 0.101)

---

EpG	Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG) vom 28. September 2012 (SR 818.101)
EPR	Council of Europe, Recommendation Rec(2006)2 of the Committee of Ministers to member States on the European Prison Rules Rec(2006)2, 11.1.2006; deutsche Übersetzung: Bundesministerium der Justiz Berlin/Bundesministerium für Justiz Wien/Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement Bern (Hrsg.), Europäische Strafvollzugsgrundsätze, Die Empfehlung des Europarates Rec(2006)2, Neufassung der Mindestgrundsätze für die Behandlung der Gefangenen, Mönchengladbach 2007
EpV	Verordnung über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemienvorordnung, EpV) vom 29. April 2015 (SR 818.101.1)
et al.	et alii/aliae/alia; und andere
f.	folgende
ff.	fortfolgende
FMH	Foederatio Medicorum Helveticorum; Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte
GDK	Schweizerische Konferenz der kantonalen Gesundheitsdirektorinnen und -direktoren
GK	Grosse Kammer (EGMR)
ibid.	ibidem (ebenda)
insb.	insbesondere
JVG/GR	Gesetz über den Justizvollzug im Kanton Graubünden (Justizvollzugsgesetz; JVG) vom 27. August 2009 (BR 350.500)
JVV/BS	Verordnung über den Justizvollzug (Justizvollzugsverordnung, JVV) vom 11. Februar 2014 (Kanton Basel-Stadt; SG 258.210)
JVV/ZH	Justizvollzugsverordnung (JVV) vom 6. Dezember 2006 (Kanton Zürich; LS 331.1)
K	Kammer (EGMR)
KKJPD	Konferenz der kantonalen Polizei- und Justizdirektorinnen und -direktoren
KRK	Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 (SR 0.107)
KV/BE	Verfassung des Kantons Bern (KV) vom 06.06.1993 (BSG 101.1)
KV/GE	Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012 (RSG A 2 00)
KV/TI	Costituzione della Repubblica e Cantone Ticino del 14 dicembre 1997 (RL 101.000)
KV/VD	Constitution du Canton de Vaud (Cst-VD) du 14 avril 2003 (RSV 101.01)

KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG) vom 18. März 1994 (SR 832.10)
KVV	Verordnung über die Krankenversicherung (KVV) vom 27. Juni 1995 (SR 832.102)
LEP/VD	Loi sur l'exécution des condamnations pénales (LEP) du 4 juillet 2006 (Kanton Waadt; RSV 340.01)
LIASI/GE	Loi sur l'insertion et l'aide sociale individuelle (LIASI) du 22 mars 2007 (Kanton Genf; RSG J 4 04)
LKJPD	Lateinische Konferenz der Justiz- und Polizeidirektoren
LS	Loseblattsammlung des Kantons Zürich
LS-AB	Lateinische Konferenz der in Straf- und Massnahmenvollzugsfragen zuständigen Behörden, Beschluss vom 25. September 2008 betreffend die Beteiligung der Einweisungsbehörden an den Kosten der Sehtests und an der Beschaffung von Brillengläsern für gefangene und verwahrte Personen in den Konkordatsanstalten (Beschluss über die Augenbehandlungen)
LS-K	Konkordat vom 10. April 2006 über den Vollzug der Freiheitsstrafen und Massnahmen an Erwachsenen und jungen Erwachsenen in den Kantonen der lateinischen Schweiz (Konkordat über den strafrechtlichen Freiheitsentzug an Erwachsenen) (Kantone Freiburg, Waadt, Wallis, Neuenburg, Genf, Jura und Tessin)
LSMG	Bundesgesetz über die Leistungen des Bundes für den Straf- und Massnahmenvollzug vom 5. Oktober 1984 (SR 341)
LS-VK	Lateinische Konferenz der in Straf- und Massnahmenvollzugsfragen zuständigen Behörden, Beschluss vom 9. November 2017 betreffend die Beteiligung der verurteilten Person an den Vollzugskosten (Beschluss betreffend die Beteiligung an den Vollzugskosten)
LS-ZB	Lateinische Konferenz der in Straf- und Massnahmenvollzugsfragen zuständigen Behörden, Beschluss vom 25. September 2008 über die Beteiligung der Vollzugsbehörden an den Kosten der Zahnbehandlungen an Personen, die sich in einer Konkordatsanstalt im Freiheitsentzug befinden (Beschluss über die Zahnbehandlungen)
m. w. H.	mit weiteren Hinweisen
MedBG	Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe (Medizinalberufegesetz, MedBG) vom 23. Juni 2006 (SR 811.11)
MRA	Menschenrechtsausschuss
NIS-K	Konkordat der Kantone der Nordwest- und Innerschweiz über den Vollzug von Strafen und Massnahmen vom 5. Mai 2006 (Kantone Uri, Schwyz, Obwalden, Nidwalden, Luzern, Zug, Bern, Solothurn, Basel-Stadt, Basel-Landschaft und Aargau)

NIS-Kostgeldliste	Vollzugskosten- und Gebührentarif der Vollzugseinrichtungen und Organe des Konkordats der Nordwest- und Innerschweiz mit Gültigkeit ab 1. Januar 2018/ 1. Januar 2019 (Kostgeldliste)
nJVG/BE	Gesetz über den Justizvollzug (Justizvollzugsgesetz, JVG) vom 23.01.2018 (Kanton Bern; noch nicht in Kraft)
nJVV/BE	Verordnung über den Justizvollzug (Justizvollzugsverordnung, JVV) vom 22.8.2018 (Kanton Bern; noch nicht in Kraft)
NMR	Mindestgrundsätze der Vereinten Nationen für die Behandlung der Gefangenen (Nelson-Mandela-Regeln), UN-Generalversammlung, 17.12.2015 (A/RES/70/175, Annex)
Nr.	Nummer
OSCE	Organization for Security and Co-operation in Europe; Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa (OSZE)
OS-K	Konkordat der ostschweizerischen Kantone über den Vollzug von Strafen und Massnahmen vom 29. Oktober 2004 (Kantone Zürich, Glarus, Schaffhausen, Appenzell A.Rh., Appenzell I.Rh., St. Gallen, Graubünden und Thurgau)
OS-Kostgeldliste	Ostschweizer Strafvollzugskonkordat, Kostgelder und Gebühren, gültig ab 1. Januar 2018 / 1. Januar 2019
PME	Principles of Medical Ethics relevant to the role of health personnel, particularly physicians, in the protection of prisoners and detainees against torture, and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment; Grundsätze ärztlicher Ethik im Zusammenhang mit der Rolle von medizinischem Personal, insbesondere von Ärzten, beim Schutz von Strafgefangenen und Inhaftierten vor Folter und anderer grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe, UN-Generalversammlung, 18.12.1982 (A/RES/37/194)
PRI	Prison Reform International
R (98) 7	Council of Europe, Recommendation No. R (98) 7 of the Committee of Ministers to member States concerning the ethical and organisational aspects of health care in prison, 08.04.1998; nichtamtliche Übersetzung: Ethische und organisatorische Aspekte der gesundheitlichen Versorgung in Vollzugsanstalten, Empfehlung R (98) 7 des Ministerkomitees des Europarats, 08.04.1998
RDK	Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 21. Dezember 1965 (SR 0.104)
Rec(2001)12	Council of Europe, Recommendation Rec(2001)12 of the Committee of Ministers to member States on the adaptation of health care services to the demand for health care and health care services of people in marginal situations, 10.10.2001
REPM/TI	Regolamento sull'esecuzione delle pene e delle misure per gli adulti del 6 marzo 2007 (Kanton Tessin; RL 4.2.1.1.1)
R-EPO/VD	Règlement des Etablissements de la plaine de l'Orbe (R-EPO) du 20 janvier 1982 (Kanton Waadt; RSV 340.11.1)

REPSD/GE	Règlement relatif aux établissements ouverts ou fermés d'exécution des peines et des sanctions disciplinaires (REPSD) du 25 juillet 2007 (Kanton Genf; RSG F 1 50.08;)
RL	Raccolta delle leggi vigenti del Cantone Ticino
RRIP/GE	Règlement sur le régime intérieur de la prison et le statut des personnes incarcérées (RRIP) du 30 septembre 1985 (Kanton Genf; RSG F 1 50.04)
RSG	Recueil systématique de la législation genevoise
RSPC/VD	Règlement sur le statut des personnes condamnées exécutant une peine privative de liberté ou une mesure (RSPC) du 16 août 2017 (Kanton Waadt; RSV 340.01.1)
RSV	Recueil systématique de la législation vaudoise
SAMW-RL	Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW), Medizin-ethische Richtlinien, Ausübung der ärztlichen Tätigkeit bei inhaftierten Personen, Stand 2017
SG	Systematische Gesetzessammlung des Kantons Basel-Stadt
SHG/BE	Gesetz über die öffentliche Sozialhilfe (Sozialhilfegesetz, SHG) vom 11.06.2001 (Kanton Bern; BSG 860.1)
SHG/BS	Sozialhilfegesetz vom 29. Juni 2000 (Kanton Basel-Stadt; SG 890.100)
SHG/ZH	Sozialhilfegesetz (SHG) vom 14. Juni 1981 (Kanton Zürich; LS 851.1)
SHV/BE	Verordnung über die öffentliche Sozialhilfe (Sozialhilfeverordnung, SHV) vom 24.10.2001 (Kanton Bern; BSG 860.111)
SKOS	Schweizerische Konferenz für Sozialhilfe
SMVG/BE	Gesetz über den Straf- und Massnahmenvollzug (SMVG) vom 25.06.2003 (Kanton Bern; BSG 341.1)
SR	Systematische Rechtssammlung des Bundesrechts
UNODC	United Nations Office on Drugs and Crime
UN-Pakt I	Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16. Dezember 1966 (SR 0.103.1)
UN-Pakt II	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (SR 0.103.1)
vgl.	vergleiche
WHO	World Health Organization
WSKA	Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte
z. B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZUG	Bundesgesetz über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger (Zuständigkeitsgesetz, ZUG) vom 24. Juni 1977 (SR 851.1)

## ZUSAMMENFASSUNG

Inhaftierte mit Schweizer Wohnsitz unterstehen dem KVG-Obligatorium und haben daher wie Personen ausserhalb des Justizvollzugs Anrecht auf Inanspruchnahme medizinischer Leistungen im Umfang des Leistungskatalogs der Krankenversicherungsgesetzgebung. In schweizerischen Institutionen des Freiheitsentzugs ist indes eine beträchtliche Anzahl von Personen inhaftiert, die über keinen Wohnsitz in der Schweiz verfügen und folglich in der Schweiz im Krankheitsfall keinen Versicherungsschutz haben. Die Qualität der Gesundheitsdienstleistungen, welche der Staat dieser Kategorie von Inhaftierten zur Verfügung zu stellen hat sowie die Tragung der Kosten medizinischer Eingriffe ist rechtlich wenig geklärt; zumal die einschlägige kantonale Justizvollzugsgesetzgebung und die Rechtsgrundlagen der Strafvollzugskonkordate diese Frage nicht oder höchstens rudimentär regeln.

Vor diesem Hintergrund klärt vorliegendes Gutachten einerseits ab, auf welchen Leistungsumfang der medizinischen Grundversorgung Inhaftierte unabhängig vom Bestehen einer Versicherungspflicht gestützt auf übergeordnetes Recht (Verfassungsrecht und völkerrechtliche Vorgaben) Anspruch haben. Andererseits prüft es, wie angesichts der Fürsorgepflicht des Staates gegenüber Inhaftierten die Kostentragung geregelt werden soll und insbesondere, ob Inhaftierte sich an den Gesundheitskosten zu beteiligen haben. Die Studie gelangt zu folgenden Ergebnissen:

Physische und psychische Leiden, die nicht zwangsläufig mit dem Freiheitsentzug einhergehen, verstossen ab einer gewissen Schwere gegen das Verbot der unmenschlichen und erniedrigenden Behandlung. In diesem Sinne unnötige Leiden liegen dann vor, wenn sie etwa darauf zurückzuführen sind, dass eine medizinisch indizierte Untersuchung oder Behandlung nicht oder nicht zeitnah, nicht durch qualifiziertes Personal oder nicht in spezialisierten Einrichtungen vorgenommen wird. Grund- und menschenrechtliche Vorgaben verlangen sodann, dass die Gesundheitsversorgung während eines Freiheitsentzuges die gleiche Qualität aufweisen muss wie diejenige der Allgemeinbevölkerung (sog. Äquivalenzprinzip). Dieser Grundsatz der Gleichwertigkeit erstreckt sich auf präventive, diagnostische, therapeutische und pflegerische Massnahmen. Auch die berufsethischen Prinzipien richten sich nach den Regeln der extramuralen Medizin. Referenzpunkt für die gebotenen medizinischen Leistungen ist daher – unabhängig vom Bestehen einer Versicherungspflicht und vom ausländerrechtlichen Status einer Person – auch im Haftkontext der Leistungskatalog des KVG. Der Grundsatz der Rechtsgleichheit verlangt indes Differenzierungen, wenn ungleiche Umstände vorliegen. In Institutionen des Freiheitsentzugs stellen sowohl das Haftsetting an sich wie auch die Inhaftierten besondere Anforderung an die Gesundheitsversorgung. Nur wenn auch diesen hinreichend Rechnung getragen wird, kann von einer angemessenen Gesundheitsversorgung die Rede sein. Folglich können im Haftkontext auch weitergehende oder andere Leistungen notwendig sein als ausserhalb von Haftanstalten. Leistungsbeschränkungen gegenüber bestimmten Kategorien von Inhaftierten sind indes stets unstatthaft.

Die übergeordneten rechtlich verbindlichen Vorgaben statuieren keine expliziten Vorgaben zur Zulässigkeit einer Überwälzung von Gesundheitskosten auf Inhaftierte. Hingegen postulieren die sog. Nelson-Mandela-Regeln explizit die Kostenlosigkeit medizinischer Untersuchungen und Behandlungen während Haftkonstellationen. Während die Kostenlosigkeit am besten Gewähr für eine äquivalente Gesundheitsversorgung bietet, verletzt eine den konkreten Verhältnissen ange-

passte, nicht prohibitiv wirkende und damit ereignisunabhängige Kostenbeteiligung die übergeordneten Rechtsvorgaben nicht a priori. Voraussetzung ist indes, dass die finanziellen Modalitäten keinerlei Auswirkungen auf den geforderten Gesundheitsstandard zeitigen. Dies gilt auch in zeitlicher Hinsicht.

Basierend auf diesen Grundlagen formuliert diese Studie sowohl Lösungsansätze für eine menschenrechtskonforme Gesundheitsversorgung intra muros, die sich innerhalb der bestehenden Rechtslage und damit vergleichsweise kurzfristig realisieren lassen, wie auch solche, die entweder Gesetzes- oder Verordnungsänderungen bedingen würden.

# I. EINFÜHRUNG

## 1. Auftrag

Das Bundesamt für Gesundheit (BAG) beauftragte das Schweizerische Kompetenzzentrum für Menschenrechte im November 2017 mit einem Rechtsgutachten. Dieses soll folgende Fragen klären:

1. Auf welchen Leistungsumfang der medizinischen Gesundheitsversorgung (Katalog der Leistungen, Qualität der Leistungen, zeitliche Koordination der Leistungen) haben inhaftierte Personen in Untersuchungshaft sowie im Straf- und Massnahmenvollzug Anspruch?
2. Inwiefern darf der Anspruch von Inhaftierten auf Leistungen der medizinischen Gesundheitsversorgung auf Nothilfeleistungen nach Art. 12 BV beschränkt werden, und welches wäre der dabei allenfalls zu garantierende Leistungsumfang? Dabei sollen insbesondere die Frage beantwortet werden, ob der Anspruch von Inhaftierten auf weniger als die von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung abgegoltene Leistungen, z. B. auf Leistungen im Rahmen einer „medizinischen Notfallversorgung“, beschränkt werden darf.
3. Inwiefern zieht die besondere staatliche Fürsorgepflicht gegenüber Personen, welchen die Freiheit entzogen ist, spezifische rechtliche Zuständigkeiten in Bezug auf die Tragung der Gesundheitskosten, welche bei der Versorgung inhaftierter Personen anfallen, nach sich? Insbesondere soll die Frage beantwortet werden, inwiefern inhaftierte Personen an den Kosten ihrer Gesundheitsversorgung beteiligt werden können.
4. Inwiefern sind die oben genannten Fragen unterschiedlich zu beantworten, je nachdem, ob eine inhaftierte Person der Versicherungspflicht nach dem Krankenversicherungsgesetz untersteht oder nicht?

Das Gutachten soll Empfehlungen enthalten, die sich aus der Beantwortung der gestellten Fragen ergeben, und die darauf abzielen,

- a) dass die praktische Auslegung der bestehenden Standards zur Gesundheitsversorgung im Freiheitsentzug und zur Finanzierung derselben rechtskonform erfolgt, und
- b) dass den verantwortlichen Stellen allfälliger Revisionsbedarf von bestehenden Standards und Leitdokumenten im Hinblick auf ihre Rechtskonformität dokumentiert werden kann.

## 2. Aufbau

Dieses Rechtsgutachten stellt zunächst die bestehende Rechtslage zum Leistungsumfang der Gesundheitsversorgung dar (Ziff. II). Der Fokus liegt dabei auf den kantonalen und konkordatlichen Regelungen. Entsprechend dem Gutachtensauftrag wird dabei in erster Linie die Rechtslage der Kantone Basel-Stadt, Bern, Genf, Tessin, Waadt und Zürich, punktuell aber auch diejenige weiterer Kantone analysiert. Die einschlägigen völkerrechtlichen und verfassungsrechtlichen Vorgaben werden erst im anschliessenden Teil (Ziff. III) herangezogen, um zu prüfen, ob vor diesem Hintergrund in der Schweiz ein Handlungsbedarf besteht. Die Vorgaben zur Kostentragung im Gesundheitsbereich bilden den Inhalt des darauffolgenden Teils (Ziff. IV). Der Umstand

der bloss partiellen Versicherungspflicht nach KVG wird jeweils stets mitberücksichtigt. Abgeschlossen wird dieses Gutachten mit der Beantwortung der Gutachtensfragen (Ziff. V) und einer Liste von Handlungsempfehlungen (Ziff. VI).

## II. AUSGANGSLAGE

Für den Straf- und Massnahmenvollzug zuständig sind nach Art. 123 Abs. 2 BV grundsätzlich die Kantone. Gleiches gilt im Bereich des Gesundheitswesens gemäss Art. 118 BV.<sup>1</sup> Entsprechend obliegt die Organisation der Gesundheitsversorgung im Freiheitsentzug den Kantonen.<sup>2</sup> In der Praxis scheint dennoch hinsichtlich des geforderten Standards der Versorgung wie auch der Kostentragung vieles unklar zu sein, sodass etwa BRÄGGER feststellt, es sei mangels klarer nationaler rechtlicher Grundlagen nicht abschliessend geklärt, „wer für die Gefängnismedizin fachlich verantwortlich und somit auch zuständig ist, und welcher Kostenträger die Auslagen für die häufig nicht vollumfänglich durch die obligatorische Krankenversicherung gedeckten medizinischen Leistungen übernehmen muss.“<sup>3</sup> Diese Unklarheiten sind auf Ebene des Bundes und der Kantone erkannt worden. Jüngst sah sich etwa der Bundesrat veranlasst, zur Thematik Stellung zu nehmen.<sup>4</sup>

### 1. Leistungsumfang der Gesundheitsversorgung

Der Leistungsumfang der Gesundheitsversorgung in Haft sowie die Fragen, wann und in welchem Ausmass dieser eingeschränkt werden kann, sind kaum spezifisch geregelt. Die Konkordate, im Rahmen derer die Kantone den Straf- und Massnahmenvollzug organisieren, enthalten nur wenige Anhaltspunkte zum Leistungsumfang. Das Nordwest- und Innerschweizer Konkordat sowie das Konkordat der lateinischen Schweiz äussern sich lediglich zur Frage der Kostentragung.<sup>5</sup> Auch das Ostschweizer Strafvollzugskonkordat regelt die Gesundheitsversorgung nicht direkt. In einem Merkblatt wird jedoch zur Ausgangslage Folgendes festgehalten:

„Medizinische und psychiatrische Behandlungen, die Abgabe von Medikamenten sowie Spital- oder Klinikaufenthalte erfolgen, soweit sie notwendig und unaufschiebbar sind. Die Gesundheitsversorgung im Rahmen der obligatorischen Grundversicherung gemäss dem Bundesgesetz über die Krankenversicherung [...] bildet Teil des absoluten Existenzminimums und ist in jedem Fall sicherzustellen.“<sup>6</sup>

Ungeachtet dieser Feststellung sieht aber dieses Merkblatt diverse Leistungseinschränkungen vor, die regelmässig zur Unterschreitung der KVG-Grundversorgung führen dürften.

Auch Aussagen des kantonalen Rechts zum konkreten Leistungsumfang sind häufig wenig präzise oder fehlen gar ganz. Das waadtländische Vollzugsrecht nimmt zwar Bezug auf den Leistungsumfang gemäss KVG, erklärt diesen aber nicht ausdrücklich als zwingend.<sup>7</sup> In Basel-Stadt

---

<sup>1</sup> Vgl. GÄCHTER/RENOLD-BURCH, BSK BV, Art. 118 N 2.

<sup>2</sup> BRÄGGER, Gefängnismedizin, S. 192.

<sup>3</sup> BRÄGGER, Gefängnismedizin, S. 192 f.; vgl. auch KELLER, Sozialversicherungen und Sozialhilfe im Freiheitsentzug II, S. 30.

<sup>4</sup> Vgl. Interpellation Mazzone, 18.3129, 12.03.2018, Stellungnahme des Bundesrats vom 16.05.2018; Interpellation Flückiger-Bäni, 18.3655, 15.06.2018, Stellungnahme des Bundesrats vom 22.08.2018.

<sup>5</sup> Art. 18 f. NIS-K; Art. 24 f. LS-K.

<sup>6</sup> Ostschweizer Strafvollzugskonkordat, Gesundheitskosten im Straf- und Massnahmenvollzug, Merkblatt vom 24.10.2008, S. 1.

<sup>7</sup> Art. 33a Abs. 3 LEP/VD: „Si le service médical mandaté par le Service pénitentiaire n'est pas à même de fournir les prestations nécessaires au sens de la LAMal ou de la convention, il peut mandater un praticien externe.“

„gewährleistet [die Vollzugseinrichtung] die medizinische Betreuung“, wobei die Durchführung medizinischer Untersuchungen im Ermessen des medizinischen Diensts liegt.<sup>8</sup> Vergleichbar sehen etwa die Genfer Bestimmungen vor, dass ein medizinischer Dienst zur Verfügung steht und eine ärztliche Untersuchung auf Begehren oder im Interesse der betroffenen Person stattfindet, wobei eine Verlegung in ein Spital erfolgt, sofern dies erforderlich ist.<sup>9</sup> Ähnlich hält das bernische Recht derzeit noch ausdrücklich den Anspruch auf notwendige medizinische Behandlungen fest.<sup>10</sup> Deutlicher regelt diese Frage aber das revidierte, noch nicht in Kraft stehende bernische Justizvollzugsrecht: Die Justizvollzugsverordnung<sup>11</sup> hält nicht nur fest, dass die Vollzugseinrichtungen „mit einer ausreichenden medizinischen Versorgung für die körperliche und geistige Gesundheit der Eingewiesenen“ zu sorgen haben, sondern sie verankert auch das Äquivalenzprinzip, wonach „[d]er Standard der medizinischen Versorgung [...] dem Standard ausserhalb der Vollzugseinrichtung zu entsprechen“ hat.<sup>12</sup>

Das Straf- und Massnahmenvollzugsrecht nimmt somit nur vereinzelt und in sehr unterschiedlicher Weise zum allgemein geltenden Standard der Gesundheitsversorgung im Justizvollzug Stellung. Tut es dies hingegen, scheint teilweise der vom KVG gesetzte Standard Referenzpunkt zu sein, allerdings meist ohne dass dieser als verbindlich eingestuft wird.

Dieser Befund überrascht kaum. Vielmehr lässt sich die nur rudimentäre Regelung dieser Frage damit erklären, dass die Mehrheit der Personen in Freiheitsentzug dem KVG-Obligatorium untersteht und tatsächlich einen entsprechenden Versicherungsschutz genießt. Damit bestimmen die Regelungen des KVG den Leistungsumfang (Art. 24 ff.).<sup>13</sup> Mit anderen Worten umschreibt das KVG den Leistungsanspruch auch für inhaftierte Personen, sodass eine konkordatische oder kantonale Regelung als obsolet betrachtet werden könnte.

Hinsichtlich jener Personen, die über keine Krankenversicherung verfügen, besteht damit wohl in den meisten Kantonen eine Regelungslücke. Während nämlich im Anwendungsbereich des KVG grundsätzlich klar ist, welche Leistungen zu erbringen sind, lassen sich solche Vorgaben aus dem Justizvollzugsrecht des Bundes und der Kantone wie ausgeführt oft kaum entnehmen. So bleibt meist unklar, nach welchen Kriterien die Notwendigkeit einer Leistung der Gesundheitsversorgung beurteilt wird bzw. ob hierfür ausschliesslich die medizinische Betrachtung einschlägig ist. Im Kanton Tessin muss etwa der Leistungsumfang mit der Anstaltsleitung abgesprochen werden, sodass möglicherweise nicht nur fachliche Kriterien herangezogen werden.<sup>14</sup> Im Zuge der Anordnung einer Verlegung in eine Klinik oder ein Spital muss auch der medizinische Dienst im Kanton Waadt mit der Direktion Rücksprache nehmen, während eine solche Einweisung in Zürich durch die Anstaltsleitung nach Zustimmung der einweisenden Stelle erfolgt.<sup>15</sup> Demgegenüber sieht das Waadtländer Recht, wenn auch erst auf Anstaltsebene, die Autonomie in der Ausübung der ärztlichen Tätigkeit ausdrücklich vor.<sup>16</sup>

---

<sup>8</sup> §19 Abs. 1 und 3 f. JVV/BS.

<sup>9</sup> Art. 29 f. RRIP/GE; Art. 24 Abs. 1 und 3 REPSD/GE.

<sup>10</sup> Art. 42 Abs. 1 SMVG/BE.

<sup>11</sup> Eine mit Art. 42 Abs. 1 SMVG/BE vergleichbare Bestimmung ist hingegen auf Gesetzesstufe nicht mehr vorgesehen.

<sup>12</sup> Art. 61 nJVV/BE.

<sup>13</sup> KELLER, Krankenversicherung, S. 269.

<sup>14</sup> Art. 37 Abs. 2 REPM/TI: „Il carcerato ha diritto all'assistenza medica. I medici possono sottoporlo a visite di controllo e, d'intesa con la Direzione, prendere le misure che si impongono.“

<sup>15</sup> Art. 116 Abs. 1 RSPC/VD, wobei Abs. 2 den Notfall vorbehält; § 110 Abs. 1 JVV/ZH, ebenfalls mit Vorbehalt.

<sup>16</sup> Vgl. z. B. Art. 147 Abs. 2 R-EPO/VD.

Beschränkungen des Leistungsumfangs im Bereich der Gesundheitsversorgung sind nicht ausdrücklich vorgesehen,<sup>17</sup> können sich aber indirekt aus der Regelung der Kostentragung ergeben, wenn die Leistungserbringung von der Finanzierung abhängig gemacht wird. Dies ist etwa in den Kantonen des Ostschweizer Strafvollzugskonkordats der Fall, wo das erwähnte Merkblatt zu versicherungspflichtigen Personen festhält: „Notfallbehandlungen ausgenommen, klärt die Vollzugseinrichtung die Finanzierung von medizinischen Leistungen vorgängig ab. [...] Die Behandlung darf nur und erst erfolgen, wenn die Finanzierung geklärt ist.“<sup>18</sup> Mit anderen Worten wird derjenige Leistungsumfang gewährt, dessen Kosten getragen werden. Entsprechend erhalten Personen, die über keinen Versicherungsschutz nach KVG verfügen, potenziell andere Leistungen – sei dies in qualitativer oder zeitlicher Hinsicht – als Inhaftierte, die krankenversichert sind. Wird für jene kein anderer Kostenträger gefunden, droht – gemäss Merkblatt – eine Behandlungsverweigerung bis die medizinische Beeinträchtigung notfallmässig behandelt werden muss. In den anderen Konkordaten sind keine vergleichbaren Bestimmungen auszumachen.

Somit ergibt sich für inhaftierte Personen ohne Krankenversicherung folgender Befund:

- Umfang und Qualität der Gesundheitsleistungen werden nur vereinzelt und meist rudimentär geregelt. Eine Angleichung an den vom KVG festgelegten Standard wird teilweise angestrebt.
- Über die konkret anzuordnenden Gesundheitsleistungen entscheiden teilweise nicht nur Personen mit medizinischer Fachkompetenz, sondern auch etwa die Anstaltsleitung. Aus dieser Kompetenzverteilung kann eine Abschwächung des medizinischen Standards resultieren.
- In zeitlicher, aber auch in qualitativer Hinsicht kann es zu einer Schmälerung der Gesundheitsversorgung kommen.

## 2. Kostentragung

Auf bundesrechtlicher Ebene sieht Art. 380 StGB die Tragung der Vollzugskosten durch die Kantone und eine angemessene Beteiligung der Verurteilten vor. Dabei trägt derjenige Kanton die Kosten, der für den Vollzug zuständig ist, mithin der Urteilskanton.<sup>19</sup> Die Beteiligung der Betroffenen erfolgt über einen Abzug vom Arbeitsentgelt, wobei dieser nur im lateinischen Konkordat ausdrücklich ausgewiesen wird.<sup>20</sup> Strafprozessual inhaftierte Personen müssen sich nicht an den Haftkosten beteiligen.<sup>21</sup> Von den Vollzugskosten abgegrenzt werden praxismässig die persönlichen Auslagen oder die nicht vollzugsbedingten Nebenkosten. Als solche werden Kosten umschrieben, die unabhängig vom Justizvollzug anfallen.<sup>22</sup> Hierzu werden namentlich die Gesundheitskosten, d. h. Krankenversicherungsprämien sowie Selbstbehalt und Franchise, gezählt.

<sup>17</sup> Krankenversicherte inhaftierte Personen müssen indes zumindest eine Sistierung von Geldleistungen mit Erwerbsersatzcharakter, mithin Krankentaggeldern, hinnehmen (Art. 21 Abs. 5 ATSG).

<sup>18</sup> Ostschweizer Strafvollzugskonkordat, Merkblatt, Fn. 6, S. 2. Obschon bezüglich Personen ohne Versicherungspflicht eine entsprechende Ausführung fehlt, ist davon auszugehen, dass dieselbe Praxis zur Anwendung gelangt. Vgl. in diesem Sinne auch § 111 Abs. 4 JVV/ZH; Art. 34 Abs. 3 JVG/GR.

<sup>19</sup> Art. 372 StGB; SCHÄRER, S. 259.

<sup>20</sup> MAURER, BSK-StGB II, Art. 380 N 6; Art. 2 LS-VK i. V. m. Art. 29 Abs. 2 LS-K.

<sup>21</sup> BGE 141 IV 465 E. 9.5.2; DOMEISEN, BSK-StPO, Art. 422 N 19.

<sup>22</sup> KOLLER, S. 264; NOLL, BSK-StGB I, Art. 83 N 22; Ostschweizer Strafvollzugskonkordat, Merkblatt, Fn. 6, S. 1 f.; KKJPD/SODK/SKOS, S. 34 ff., insb. S. 37 f.; vgl. auch Art. 55 nJVG/BE; BGE 141 IV 465 E. 9.5.4.

Daher sind die Gesundheitskosten in erster Linie von der betroffenen Person zu tragen. So sieht das Nordwest- und Innerschweizer Konkordat vor, dass Sozialversicherungsbeiträge und durch die Krankenkasse nicht gedeckte Gesundheitskosten „soweit dies möglich und zumutbar ist, [...] zu Lasten der eingewiesenen Person [gehen]“ (Art. 19 Abs. 1 lit. d und e NIS-K). Auch das Ostschweizer Konkordat auferlegt die Kosten für Sozialversicherungsbeiträge der eingewiesenen Person, „soweit es ihr möglich und zumutbar ist“ (Art. 14 lit. c OS-K). Schliesslich weist das lateinische Konkordat die Behandlungskosten ebenso der inhaftierten Person zu, „wenn sie aufgrund ihrer Vermögenslage oder ihres Arbeitseinkommens dazu in der Lage ist“ (Art. 24 Abs. 4 LS-K).<sup>23</sup> Dabei trägt die betroffene Person entweder die Gesundheitskosten direkt oder indirekt über die Finanzierung der Krankenversicherung.

Dem Obligatorium des KVG unterstehen Personen mit zivilrechtlichem Wohnsitz in der Schweiz (Art. 3 Abs. 1 KVG; Art. 1 Abs. 1 KVV). Keine Rolle spielt dabei die Frage des migrationsrechtlichen Status, sodass gerade keine entsprechende Bewilligung verlangt wird.<sup>24</sup> Als Wohnsitz gilt auch der Aufenthaltsort, wenn der Wohnsitz im Ausland aufgegeben und in der Schweiz kein neuer begründet wurde (Art. 24 Abs. 2 ZGB). Der Wohnsitz wird durch den Freiheitsentzug nicht tangiert (Art. 23 Abs. 1 ZGB).<sup>25</sup> Gestützt auf Art. 1 Abs. 2 KVV i. V. m. Art. 3 Abs. 3 KVG sind zudem ungeachtet des Wohnsitzes diverse ausländer-, asyl- und freizügigkeitsrechtliche Kategorien von Personen vom Obligatorium erfasst. Dennoch kommt ein beträchtlicher Teil der inhaftierten Personen ausländischer Staatsangehörigkeit nicht in den Genuss des Versicherungsschutzes des KVG.<sup>26</sup> Eine Kostenübernahme über das Sozialversicherungssystem des Herkunftslandes findet in der Praxis zudem kaum statt.<sup>27</sup>

Freilich dürften inhaftierte Personen nur in seltenen Fällen tatsächlich in der Lage sein, die Kosten selbst zu tragen, weshalb die subsidiären Kostenträger in den Blick zu nehmen sind. Diese Feststellung trifft auf inhaftierte Personen ohne Krankenversicherung ebenso zu wie auf jene mit Versicherungsschutz. Das Angewiesensein auf andere Kostenträger wirkt sich indes sehr unterschiedlich aus. Die Krankenversicherungsprämien werden üblicherweise vom Staat finanziert, wobei sich die Betroffenen, entsprechend den vorne angeführten Bestimmungen, im Rahmen ihrer finanziellen Leistungsfähigkeit beteiligen.<sup>28</sup> Grundsätzlich führt der Freiheitsentzug nicht zu einer Änderung der Unterstützung durch die öffentliche Hand, sodass die Prämien, welche trotz Verbilligung im Sinne von Art. 65 ff. KVG die persönlichen Mittel übersteigen, sowie weitere Kostenbeteiligungen weiterhin durch die Sozialhilfe zu übernehmen sind.<sup>29</sup> Somit dürfte in aller Regel verhindert werden, dass inhaftierte Personen auf die sogenannten schwarzen Listen gemäss

---

<sup>23</sup> Diese Bestimmung gilt für Personen, die nicht dem KVG unterstehen, während sonst auf das kantonale Recht verwiesen wird (Art. 24 Abs. 2 LS-K). Vgl. auch LKJPD, Kommentar zum Konkordat über den strafrechtlichen Freiheitsentzug an Erwachsenen, Art. 24, S. 23.

<sup>24</sup> BGE 129 V 77 E. 5.2; 125 V 76 E. 2a.

<sup>25</sup> Dieser Grundsatz gilt auch in internationalen Verhältnissen (STAEHELIN, BSK-ZGB I, Art. 23 N 19e).

<sup>26</sup> Vgl. zum Ganzen KELLER, Sozialversicherungen und Sozialhilfe im Freiheitsentzug I, S. 79 f. Denkbar wäre indes, dass eine Person in Haft ein Asylgesuch stellt und dadurch in den Geltungsbereich des KVG gelangt.

<sup>27</sup> KELLER, Sozialversicherungen und Sozialhilfe im Freiheitsentzug I, S. 81. Vgl. dazu auch Art. 24 ZUG.

<sup>28</sup> KELLER, Krankenversicherung, S. 269.

<sup>29</sup> KELLER, Sozialversicherung und Sozialhilfe im Freiheitsentzug II, S. 30. Vgl. zur Prämienübernahme z. B. § 18 EG KVG/ZH. Die Prämien für die obligatorische Krankenversicherung gelten an sich nicht als Sozialhilfe, sondern als Teil des Sozialversicherungsrechts (Art. 3 Abs. 2 lit. b ZUG; SKOS-RL, Kap. B.5–1; HÄNZI, S. 125 f.). Die Gesundheitskosten sind aber gegebenenfalls als Aufwandposition im Unterstützungsbudget zu berücksichtigen, wobei die Kostenbeteiligung nach Art. 64 KVG ohnehin als Sozialhilfeleistung gilt, die nicht unter Art. 3 Abs. 2 lit. b ZUG fällt (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich, VB.2017.00021, 25.01.2018, E. 3.2; zum Ganzen auch WIZENT, S. 316 f.).

Art. 64a Abs. 7 KVG gesetzt werden und die Verweigerung der Kostenübernahme durch Krankenversicherungen hinnehmen müssen. Die Prämien sind regelmässig zu entrichten und fallen ungeachtet des effektiven Leistungsbedarfs an. Demgegenüber entstehen bei nicht versicherten inhaftierten Personen nur Kosten, wenn Leistungen der Gesundheitsversorgung bezogen werden. Hier wird also die Kostenhöhe unmittelbar und ausschliesslich durch den Leistungsumfang beeinflusst, was zumindest geeignet ist, Anreize für Leistungsbeschränkungen zu setzen. Dies gerade auch deshalb, weil die Behandlung teilweise von einer vorgängigen Kostengutsprache abhängig gemacht wird.<sup>30</sup> Als Kostenträgerin kommt auch hier die Sozialhilfe in Betracht (Art. 115 BV).<sup>31</sup> Die Kantone sind verpflichtet, bedürftige Personen entsprechend der Zuständigkeitsordnung des ZUG zu unterstützen.<sup>32</sup> Auch der sogenannte Unterstützungswohnsitz wird durch den Anstaltsaufenthalt nicht tangiert (Art. 5 und Art. 9 Abs. 3 ZUG). Der sachliche Vorbehalt von Art. 3 Abs. 2 lit. b ZUG hinsichtlich der Mindestbeiträge an obligatorische Versicherungen greift bei Personen, die mangels zivilrechtlichen Wohnsitzes in der Schweiz nicht dem KVG-Obligatorium unterstehen, dem Wortlaut nach gerade nicht. Allerdings sind unter dem ZUG Konstellationen denkbar, in denen kein Unterstützungswohnsitz besteht.<sup>33</sup> Nach Art. 21 ZUG sind für Personen ohne Wohnsitz in der Schweiz zwar die Aufenthaltskantone zuständig, hierunter wird indes lediglich die Zuständigkeit zur Gewährung einer Art Nothilfe verstanden.<sup>34</sup> Dieselbe Stossrichtung liegt dem kantonalen Recht zugrunde: Personen mit Wohnsitz oder Aufenthalt im Ausland werden grundsätzlich von der ordentlichen Sozialhilfe ausgeschlossen und lediglich reduziert – etwa im Rahmen von Art. 12 BV – unterstützt.<sup>35</sup> Allerdings bestehen im Justizvollzug noch weitere Kostenträger. So ist etwa im Nordwest- und Innerschweizer Konkordat die Vollzugseinrichtung als subsidiäre Kostenträgerin vorgesehen, falls keine andere Finanzierung gefunden werden kann (Art. 18 Abs. 3 NIS-K).<sup>36</sup> Demgegenüber beschränkt sich das lateinische Konkordat darauf, den zuständigen Kanton festzulegen. So werden die Behandlungskosten für inhaftierte Personen, die nicht dem KVG unterstehen, vom Urteilkanton getragen (Art. 24 Abs. 3 LS-K).<sup>37</sup> Auf kantonalen Ebene ist in Genf die einweisende Behörde als Kostenträgerin vorgesehen, während das waadtländische Recht unklar von der „zuständigen Behörde“ spricht.<sup>38</sup> Im Geltungsbereich des Ostschweizer Konkordats wird bei fehlender Zusicherung durch die Sozialhilfebehörde die einweisende Stelle um Kostengutsprache ersucht, während die Vollzugseinrichtung nur vorsorglich für die unaufschiebbaren Leistungen aufkommt.<sup>39</sup> Diese einstweilige Kostenübernahme, die auch in den beiden anderen Konkordaten zur Anwendung kommen dürfte, kann freilich auch eine endgül-

<sup>30</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. II.1.

<sup>31</sup> Vgl. KKJPD/SODK/SKOS, S. 42 f.; OS-Kostgeldliste, S. 4; WIZENT, S. 317, allgemein betreffend nicht versicherte Personen.

<sup>32</sup> Vgl. zur sozialhilferechtlichen Zuständigkeit KKJPD/SODK/SKOS, S. 32 f.

<sup>33</sup> Botschaft ZUG, BBI 1990 I 49, S. 58. Die Zuständigkeitsordnung an sich ist indes lückenlos (Botschaft ZUG, BBI 1976 III 1193, S. 1200). Unbeachtlich ist in diesem Zusammenhang der fiktive Wohnsitz nach Art. 24 Abs. 2 ZGB (BGE 140 V 499 E. 4.2.2).

<sup>34</sup> Botschaft ZUG, BBI 1976 III 1193, S. 1194 und 1210. Gestützt auf Art. 11 Abs. 2 ZUG dürfte – ungeachtet des Vollzugsorts – der Urteilkanton als Aufenthaltskanton zu betrachten sein.

<sup>35</sup> Vgl. z. B. § 5e SHG/ZH; Art. 8I SHV/BE; Art. 11 Abs. 4 LIASI/GE; Unterstützungsrichtlinien des Departements für Wirtschaft, Soziales und Umwelt des Kantons Basel-Stadt, gültig ab 1. Januar 2018, S. 6.

<sup>36</sup> Vgl. aber die NIS-Kostgeldliste, S. 6, wonach die Kosten „notfalls“ zu Lasten der zuständigen Vollzugsbehörde gehen, mithin gerade nicht bei der Anstalt verbleiben.

<sup>37</sup> Unklar ist sodann, ob Art. 24 Abs. 6 LS-K, wonach die nicht vom Bundesrecht erfassten Kosten als Vollzugskosten gelten, bei Personen ausserhalb des KVG-Obligatoriums für sämtliche Gesundheitskosten gilt.

<sup>38</sup> Art. 25 Abs. 2 REPSD/GE; Art. 73 Abs. 3 RSPC/VD. Art. 11 Abs. 4 REPM/TI verweist lediglich auf das Konkordatsrecht.

<sup>39</sup> OS-Kostgeldliste, S. 4.

tige sein, wenn sich keine andere Kostenträgerin finden lässt.<sup>40</sup> Zumindest für die Notfallversorgung dürfte indes auch die Zuständigkeit einer Sozialhilfebehörde vorliegen.<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> KKJPD/SODK/SKOS, S. 43.

<sup>41</sup> Vgl. z. B. Art. 46 Abs. 2 SHG/BE; § 23 Abs. 2 SHG/BS; § 33 SHG/ZH.

### III. VÖLKER- UND VERFASSUNGSRECHTLICHE VORGABEN ZUM ANSPRUCH AUF GESUNDHEITSDIENSTLEISTUNGEN

Die Freiheitsentziehung schmälert die grund- und menschenrechtliche Stellung der davon betroffenen Personen grundsätzlich nicht. Sie bleiben Trägerinnen dieser fundamentalen Rechte und Einschränkungen sind nur insofern zulässig, als sich diese zwingend aus dem Umstand der Haft ergeben.<sup>42</sup> So hält denn auch das Bundesgericht zum Grundsatz der Verhältnismässigkeit fest, „dass die Beschränkung der Freiheitsrechte nicht über das hinausgehen darf, was zur Gewährleistung des Haftzwecks und zur Aufrechterhaltung eines ordnungsgemässen Anstaltsbetriebs erforderlich ist.“<sup>43</sup> Diese Rechtslage ist auch auf Gesetzesstufe in Art. 74 StGB und Art. 235 Abs. 1 StPO ausdrücklich normiert. Die Rechtsstellung – beispielsweise hinsichtlich der für die Gesundheit relevanten Ansprüche – wird aber nicht nur grundsätzlich beibehalten in einer Haftsituation, sondern kann gar eine Verstärkung erfahren.

Dieses zentrale Kapitel untersucht die Minimalvorgaben des Völker- und Verfassungsrechts zum Umfang von Gesundheitsleistungen in Haft, indem es zunächst der komplexen Normierung dieser Fragestellung nachgeht (Ziff. 1) und gestützt darauf den geforderten Leistungsstandard analysiert (Ziff. 2). Anschliessend ist zu untersuchen, ob in bestimmten Situationen oder gegenüber bestimmten Personengruppen von diesem Anspruch abgewichen, d. h. die Gesundheitsleistungen geschmälert werden dürfen (Ziff. 3).

#### 1. Normative Grundlagen des Rechts auf Gesundheit

##### 1.1. Völkerrecht

Die Gesundheitsversorgung im Haftkontext wird durch verschiedene menschenrechtliche Vorgaben normiert. Im Zentrum steht dabei Art. 12 UN-Pakt I, der das Recht auf das für jeden Menschen erreichbare Höchstmass an körperlicher und geistiger Gesundheit statuiert.<sup>44</sup> Dies mag überraschen, wird doch in der Schweiz diese Vorgabe selten explizit berücksichtigt. Dies dürfte daher rühren, dass das Bundesgericht dem Recht auf Gesundheit, u. E. nicht sachgerecht, die Justiziabilität integral abspricht und die Schweiz das Beschwerdeverfahren des UN-Pakts I nicht anerkennt. Daher kann diese Garantie in der schweizerischen Gerichtspraxis keine Rolle spielen. Aus diesem Umstand darf aber keinesfalls geschlossen werden, dass der durch diese Garantie gesetzte Standard nicht normativ gelten würde. Vielmehr erscheint unbestritten, dass er etwa den (kantonalen) Gesetzgeber verbindlich in die Pflicht nimmt, auch das Justizvollzugsrecht diesen Vorgaben entsprechend auszugestalten.

---

<sup>42</sup> Regel 3 NMR; Ziff. 5 BPT; MRA, General comment No. 21, Article 10 (Humane treatment of persons deprived of their liberty), 1992, Ziff. 3; Communication No. 1813/2000, Mbongo Akwanga v. Cameroon, 22.3.2011, CCPR/C/101/D/1813/2008, Ziff. 7.3; Communication No. 1173/2003, Benhadj v. Algeria, 20.7.2007, CCPR/C/90/D/1173/2003, Ziff. 8.5; EPR Ziff. 2; statt vieler EGMR, Kudła v. Poland (GK), Nr. 30210/96, 26.10.2000, Ziff. 94; vgl. auch KÜNZLI/ACHERMANN, Infektionskrankheiten, S. 9; UNODC/WHO, S. 3 f.

<sup>43</sup> BGE 139 I 180 E. 2.6.1; ferner BGE 124 I 336 E. 4c; 123 I 221 E. I/4c.

<sup>44</sup> Vgl. zu dieser Bestimmung und allgemein zum Recht auf Gesundheit KÜNZLI/ACHERMANN, Infektionskrankheiten, S. 10 f.; KÄLIN/KÜNZLI, Rz. 913 ff.

Das Recht auf Gesundheit verlangt die Verfügbarkeit einer qualitativ und quantitativ genügenden Gesundheitsversorgung und ein diskriminierungsfreier Zugang zu dieser.<sup>45</sup> Es handelt sich also gerade nicht um ein Recht, gesund zu sein.<sup>46</sup> Dabei erlaubt der Begriff der Erreichbarkeit, persönliche Prädispositionen und Lebensgewohnheiten einerseits sowie den staatlichen Ressourcenumfang andererseits zu berücksichtigen.<sup>47</sup> Das Recht auf Gesundheit ist überdies in weiteren Menschenrechtsverträgen ausdrücklich verankert.<sup>48</sup> So untersagt beispielsweise Art. 5 lit. e (iv) RDK Diskriminierungen hinsichtlich des Rechts auf öffentliche Gesundheitsfürsorge, ärztliche Betreuung, soziale Sicherheit und soziale Dienstleistungen, während Art. 12 CEDAW einen diskriminierungsfreien Zugang für Frauen zum Gesundheitswesen verlangt. Auf europäischer Ebene fordert Art. 3 BiomedizinK von den Vertragsparteien „geeignete Massnahmen, um in ihrem Zuständigkeitsbereich gleichen Zugang zu einer Gesundheitsversorgung von angemessener Qualität zu schaffen.“<sup>49</sup>

Das Recht auf Gesundheit überschneidet sich teilweise mit anderen Menschenrechtsgarantien, wobei im vorliegenden Kontext insbesondere das Recht auf Leben, das Folterverbot, das Recht auf Privatleben sowie das Recht auf angemessene Haftbedingungen relevant sind.<sup>50</sup>

Im UN-Pakt II sind entsprechend das Recht auf Leben nach Art. 6 Abs. 1,<sup>51</sup> das Verbot der Folter und der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung gemäss Art. 7 sowie Art. 10 Abs. 1 einschlägig. Nach letzterer Bestimmung sind Personen im Freiheitsentzug menschlich zu behandeln und ihre Würde ist zu achten.<sup>52</sup> Fehlt eine angemessene medizinische Betreuung, kann dies gegen Art. 10 UN-Pakt II verstossen.<sup>53</sup>

Aufgrund der genannten Überschneidung besteht sodann eine reichhaltige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zur Gesundheitsversorgung im Freiheitsentzug, ungeachtet des Umstandes, dass das Recht auf Gesundheit in der EMRK nicht ausdrücklich enthalten ist. Die Praxis des EGMR stützt sich insbesondere auf das Verbot von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung gemäss Art. 3 EMRK.<sup>54</sup> So hielt bereits die Europäische Kommission für Menschenrechte in der Sache *Hurtado* gegen die Schweiz Folgendes fest: „Une obligation positive spécifique pèse sur l'Etat aux termes de l'article 3 (art. 3) de la Convention afin de protéger l'intégrité physique des personnes privées de liberté. Le

---

<sup>45</sup> WSKA, General Comment No. 14 (2000), The right to the highest attainable standard of health (article 12 ICESCR), 11.8.2000, E/C.12/2000/4, Ziff. 12; KÄLIN/KÜNZLI, Rz. 916, m. w. H.

<sup>46</sup> WSKA, General Comment No. 14 (2000), Fn. 45, Ziff. 8.

<sup>47</sup> WSKA, General Comment No. 14 (2000), Fn. 45, Ziff. 9.

<sup>48</sup> Vgl. für eine Auflistung etwa EGMR, *Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal* (GK), Nr. 56080/13, 19.12.2017, partly concurring, partly dissenting opinion of judge Pinto de Albuquerque, Ziff. 3 ff.

<sup>49</sup> Von der Schweiz nicht ratifiziert ist die (revidierte) Europäische Sozialcharta vom 03.05.1996 (ETS No. 163), deren Art. 11 das Recht auf Schutz der Gesundheit enthält.

<sup>50</sup> WSKA, General Comment No. 14 (2000), Fn. 45, Ziff. 3; KÜNZLI/ACHERMANN, Infektionskrankheiten, S. 12 ff.; KÄLIN/KÜNZLI, Rz. 914; TOEBES, S. 103 ff.; HENDRIKS, S. 30 ff.

<sup>51</sup> Vgl. hierzu etwa MRA, General comment No. 36 (2018) on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life, 30.10.2018, CCPR/C/GC/36, Ziff. 25; Communication No. 763/1997, *Yekaterina Pavlovna Lantsova v. The Russian Federation*, 26.03.2002, CCPR/C/74/D/763/1997, Ziff. 9.2.

<sup>52</sup> Vgl. hierzu etwa MRA, Communication No. 1813/2000, *Mbongo Akwanga v. Cameroon*, 22.3.2011, CCPR/C/101/D/1813/2008, Ziff. 7.3.

<sup>53</sup> SCALIA, Rz. 329, m. w. H.

<sup>54</sup> RAINEY ET AL., S. 204; BIGLER/GONIN, CS-CEDH, Art. 3 N 141; SCALIA, Rz. 330; vgl. auch KÜNZLI/ACHERMANN, Infektionskrankheiten, S. 12 f. Das Europäische Komitee zur Verhütung von Folter und unmenschlicher und erniedrigender Behandlung oder Strafe (CPT) überwacht die Einhaltung des Art. 3 EMRK in den Konventionsstaaten und konkretisiert diese Norm in seinen Berichten. Vgl. zu den allgemeinen Prinzipien des Art. 3 EMRK etwa EGMR, *Muršić v. Croatia* (GK), Nr. 7334/13, 20.10.2016, Ziff. 96 ff.

manque de soins médicaux adéquats dans une telle situation doit être qualifié de traitement inhumain.<sup>55</sup> Im Anschluss daran betonte die Große Kammer des EGMR im Urteil Kudła gegen Polen, dass „the State must ensure that a person is detained in conditions which are compatible with respect for his human dignity, [...] and that, given the practical demands of imprisonment, his health and well-being are adequately secured by, among other things, providing him with the requisite medical assistance.“<sup>56</sup> Seither wurde die staatliche Verpflichtung „to protect the health of persons deprived of liberty“<sup>57</sup> mehrfach bestätigt.<sup>58</sup> Eine ungenügende medizinische Versorgung kann mit anderen Worten eine unmenschliche oder erniedrigende Behandlung darstellen.<sup>59</sup> Dieser Auslegung von Art. 3 EMRK folgt auch das Bundesgericht.<sup>60</sup> Von Bedeutung ist für das von der EMRK implizit garantierte Recht auf Gesundheit überdies Art. 2 zum Recht auf Leben.<sup>61</sup> So anerkennt der EGMR gestützt darauf „une obligation de protection de la santé impliquant de dispenser avec diligence des soins médicaux lorsque l'état de santé de la personne le nécessite afin de prévenir une issue fatale.“<sup>62</sup> Relevant ist ferner Art. 8 EMRK, denn das Recht auf Privatsphäre umfasst den Schutz der körperlichen und geistigen Unversehrtheit.<sup>63</sup>

Überdies bestehen zahlreiche soft law-Bestimmungen mit Bezug zum Recht auf Gesundheit und zur Gesundheitsversorgung im Freiheitsentzug. Diese sind zwar an sich nicht direkt verbindlich, können aber zur Konkretisierung verbindlicher Standards herangezogen werden und ihnen wird vom Bundesgericht eine gewisse normative Wirkung zugesprochen.<sup>64</sup> Auf universeller Ebene sind insbesondere die Mindestgrundsätze der Vereinten Nationen für die Behandlung der Gefangenen (Nelson-Mandela-Regeln; NMR) von Bedeutung. Regel 24 Abs. 1 NMR hält unmissverständlich fest: „Die gesundheitliche Versorgung von Gefangenen ist Aufgabe des Staates. Ge-

<sup>55</sup> EKMR, H. contre Suisse, Nr. 17549/90, Bericht vom 08.07.1993, Ziff. 79.

<sup>56</sup> EGMR, Kudła v. Poland (GK), Nr. 30210/96, 26.10.2000, Ziff. 94; aus der jüngeren Rechtsprechung etwa EGMR, Mozer v. the Republic of Moldova and Russia (GK), Nr. 11138/10, 23.02.2016, Ziff. 178; Raffray Taddei v. France, Nr. 36435/07, 21.12.2010, Ziff. 50; Enea v. Italy (GK), Nr. 74912/01, 17.09.2009, Ziff. 57.

<sup>57</sup> EGMR, Keenan v. the United Kingdom, Nr. 27229/95, 03.04.2001, Ziff. 111.

<sup>58</sup> EGMR, Blokhin v. Russia (GK), Nr. 47152/06, 23.03.2016, Ziff. 136; Paladi v. Moldova (GK), Nr. 39806/05, 10.03.2009, Ziff. 71 f.; Peñaranda Soto v. Malta, Nr. 16680/14, 19.12.2017, Ziff. 78; Budanov v. Russia, Nr. 66583/11, 09.01.2014, Ziff. 65; A. and Others v. the United Kingdom, Nr. 3455/05, 19.02.2009, Ziff. 128; Dybeku v. Albania, Nr. 41153/06, 18.12.2007, Ziff. 41; Kucheruk v. Ukraine, Nr. 2570/04, 06.09.2007, Ziff. 148; Sarban v. Moldova, Nr. 3456/05, 04.10.2005, Ziff. 77; Farbtuhs c. Lettonie, Nr. 4672/02, 02.12.2004, Ziff. 51; Mouisel v. France, Nr. 67263/01, 14.11.2002, Ziff. 40; Keenan v. the United Kingdom, Nr. 27229/95, 03.04.2001, Ziff. 111; vgl. m. w. H. SCALIA, Rz. 330.

<sup>59</sup> EGMR, Blokhin v. Russia (GK), Nr. 47152/06, 23.3.2016, Ziff. 136, m. w. H.; Raffray Taddei c. France, Nr. 36435/07, 21.12.2010, Ziff. 51.

<sup>60</sup> BGer, 6B\_410/2017, 19.10.2017, E. 4.1; 6B\_154/2017, 25.10.2017, E. 3.1; 6B\_1293/2016, 23.10.2017, E. 4.1.

<sup>61</sup> Vgl. etwa EGMR, Dzieciak v. Poland, Nr. 77766/01, 09.12.2008, Ziff. 101 f.; Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal (GK), Nr. 56080/13, 19.12.2017, partly concurring, partly dissenting opinion of judge Pinto de Albuquerque, Ziff. 29.

<sup>62</sup> EGMR, Scavuzzo-Hager et autres c. Suisse, Nr. 41773/98, 07.02.2006, Ziff. 65, wobei zugleich festgehalten wurde, „qu'il faut interpréter l'étendue de l'obligation positive de manière à ne pas imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif. En d'autres termes, ne peut constituer une violation éventuelle d'une obligation positive de la part des autorités que le fait de ne pas avoir pris, dans le cadre de leurs pouvoirs, les mesures qui, d'un point de vue raisonnable, auraient sans doute pallié un risque réel et immédiat de perte de vie“ (Ziff. 66).

<sup>63</sup> EGMR, X and Y v. the Netherlands, Nr. 8978/80, 26.03.1985, Ziff. 22; Glass v. the United Kingdom, Nr. 61827/00, 9.03.2004, Ziff. 70; vgl. auch Shelley v. the United Kingdom, Nr. 23800/06, 04.01.2008; Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal (GK), Nr. 56080/13, 19.12.2017, partly concurring, partly dissenting opinion of judge Pinto de Albuquerque, Ziff. 29.

<sup>64</sup> BGE 141 I 141 E. 6.3.3, wo die Beschreibung der EPR als „relativement contraignante pour les autorités“ erwähnt wird, dies anschliessend an BGE 140 I 125 E. 3.2, wonach die EPR Vorgaben über die Infrastruktur enthielten, „dont doit bénéficier chaque détenu“; vgl. auch BGer, 1B\_17/2015, 18.03.2015, E. 3.3.

fangene sollen den gleichen Standard der Gesundheitsversorgung erhalten, der in der Gesellschaft verfügbar ist, und sollen kostenfrei und ohne Diskriminierung aufgrund ihrer Rechtsstellung Zugang zu den notwendigen Gesundheitsdiensten haben.“ Das Recht auf Gesundheit kommt zudem in weiteren Bestimmungen der NMR zum Ausdruck.<sup>65</sup> Überdies bestehen zahlreiche andere universelle soft law-Instrumente, so etwa die Basic Principles for the Treatment of Prisoners (BPT), die in Ziff. 9 vorschreiben, inhaftierte Personen „shall have access to the health services available in the country without discrimination on the grounds of their legal situation.“ Zentral sind sodann die Empfehlungen des Ministerkomitees des Europarats. Unter den zahlreichen einschlägigen Vorschriften sind insbesondere die Europäischen Strafvollzugsgrundsätze (European Prison Rules; EPR) hervorzuheben. Auch sie schreiben in Ziff. 39 den Vollzugsbehörden vor, „die Gesundheit der ihnen anvertrauten Gefangenen zu schützen.“<sup>66</sup> Relevante Vorgaben für die vorliegend zu beurteilenden Fragen ergeben sich weiter aus den Empfehlungen R (98) 7 über ethische und organisatorische Aspekte der gesundheitlichen Versorgung in Vollzugsanstalten, Rec(2001)12 über die Gesundheitsversorgung von Menschen in marginalisierten Situationen sowie CM/Rec(2012)12 über ausländische Gefangene.

## 1.2. Verfassungsrecht

Der Verfassungstext verbrieft, ähnlich wie die EMRK, kein ausdrückliches Recht auf Gesundheit.<sup>67</sup> Indes erscheint auch hier das Recht auf Gesundheit – insbesondere von inhaftierten Personen – als Teilgehalt verschiedener Garantien. Zentral ist dabei, zumal im Kontext des Freiheitsentzugs, die Garantie der persönlichen Freiheit gemäss Art. 10 BV. Diese verlangt einen Freiheitsentzug frei von menschenunwürdigen, schikanösen und sachlich nicht begründeten Eingriffen.<sup>68</sup> Aus der Garantie der persönlichen Freiheit fliesst gemäss Bundesgericht unmittelbar ein Anspruch auf „einwandfreie ärztliche Betreuung“. <sup>69</sup> Art. 10 Abs. 2 BV garantiert ausdrücklich die körperliche und geistige Unversehrtheit. In Situationen staatlichen Gewahrsams, mithin bei Vorliegen eines besonderen Rechtsverhältnisses, fliessen aus dieser Bestimmung Leistungsansprüche.<sup>70</sup>

Unter den Sozialzielen findet sich sodann die Bestrebung, „dass jede Person die für ihre Gesundheit notwendige Pflege erhält“ (Art. 41 Abs. 1 lit. b BV) und „gegen die wirtschaftlichen Folgen von Krankheit gesichert ist“ (Art. 41 Abs. 2 BV). Aus der Verfassung kann daher – genauer

---

<sup>65</sup> Vgl. allgemein Regeln 24–35 zu den Gesundheitsdiensten; ferner Regel 4 Abs. 2 zu Programmen gesundheitlicher und sportlicher Art; Regel 13 zur Unterbringung; Regel 18 zur Hygiene; Regel 19 zur Kleidung; Regel 22 zur Verpflegung; Regel 101 zur Arbeitssicherheit; Regel 105 zur Bildung und Erholung; Regel 109 zur Behandlung psychischer Beeinträchtigungen.

<sup>66</sup> Vgl. allgemein zur Gesundheit Ziff. 40–48; ferner Ziff. 18 zur Unterbringung; Ziff. 22 zur Ernährung; Ziff. 26.12 zur Arbeitssicherheit.

<sup>67</sup> Vgl. hingegen im kantonalen Verfassungsrecht: Art. 29 Abs. 1 KV/BE; Art. 34 Abs. 1 und Art. 65 Abs. 2 lit. b KV/VD; Art. 39 Abs. 2 KV/GE; Art. 13 Abs. 1 KV/TI.

<sup>68</sup> BGE 102 Ia 279 E. 2a; 102 Ia 302 E. 1a; KIENER ET AL., § 12 Rz. 46; vgl. auch MÜLLER M., S. 242.

<sup>69</sup> BGE 102 Ia 302 E. 2c sowie 4a; daran anschliessend BGE 106 Ia 277 E. 7b; 123 I 221 E. II.2b, wonach „Gefangenen, die krank sind oder die sich gesundheitlich beeinträchtigt fühlen, von Verfassung wegen das Recht zusteht, medizinische Hilfe zu bekommen bzw. ärztlich untersucht zu werden.“ Vgl. auch Interpellation Flückiger-Bäni, 18.3655, 15.06.2018, Stellungnahme des Bundesrats vom 22.08.2018, wonach „[a]lle inhaftierten Personen, ausländische Inhaftierte eingeschlossen (vgl. Empfehlung CM/Rec (2012)12 des Ministerkomitees des Europarates an die Mitgliedstaaten über ausländische Gefangene vom 12. Oktober 2012), [...] Anspruch auf eine einwandfreie medizinische Versorgung [haben], unabhängig davon, wie die entsprechenden Leistungen finanziert werden.“

<sup>70</sup> Vgl. Fn. 69; Botschaft BV, BBl 1997 I 1, S. 148; MÜLLER M., S. 142 f. und 241 f.

aus Art. 10 Abs. 2 i. V. m. Art. 41 Abs. 1 lit. b BV – ein soziales Individualrecht auf medizinische Versorgung abgeleitet werden, das auch ausserhalb des Freiheitsentzugs besteht.<sup>71</sup> Zwar lässt sich diese Ansicht – zumindest für die Allgemeinbevölkerung – mit Verweis auf Art. 41 Abs. 4 BV, wonach aus den Sozialzielen gerade keine unmittelbaren Ansprüche auf staatliche Leistungen abgeleitet werden können, bestreiten.<sup>72</sup> Dass die Sozialziele zur Interpretation von Normen herangezogen werden können, die selbst Leistungsansprüche statuieren, widerspricht dem genannten Absatz indes nicht<sup>73</sup> und entspricht überdies dem Gebot der systematischen Auslegung.<sup>74</sup>

Auch diesbezüglich ist schliesslich eine weitere Verfassungsgarantie hervorzuheben, die ebenso wie die persönliche Freiheit Leistungsansprüche begründet, nämlich das Recht auf Hilfe in Notlagen gemäss Art. 12 BV. Der persönliche Schutzbereich dieser Norm erfasst alle Menschen, die sich in der Schweiz befinden und differenziert weder nach Staatsbürgerschaft noch nach Aufenthalts- oder sonstigem Status.<sup>75</sup> Zu dem nach Art. 12 BV zu gewährenden Leistungsumfang bestehen freilich divergierende Ansichten. Auf der einen Seite wird postuliert, Art. 12 BV verankere lediglich einen Anspruch auf eine Art Notfallversorgung,<sup>76</sup> während die wohl überwiegende Lehre auf der anderen Seite davon ausgeht, Art. 12 BV verlange einen medizinischen Versorgungsumfang, der sich am Leistungskatalog des KVG orientiere.<sup>77</sup> Letztere Ansicht stützt sich einerseits darauf, dass es „mit einem menschenwürdigen Dasein nicht zu vereinbaren [wäre], eine medizinische Versorgung auf medizinische Notfälle zu beschränken und vermeidbares physisches Leiden zu dulden.“<sup>78</sup> Andererseits könne bezüglich der Gesundheit stets dann von einer Notlage im Sinne von Art. 12 BV ausgegangen werden, wenn eine gesundheitliche Beeinträchtigung einer gewissen Schwere besteht, die einen Untersuchungs- oder Behandlungsbedarf begründet, womit am sozialversicherungsrechtlichen Krankheitsbegriff anzuknüpfen sei.<sup>79</sup>

<sup>71</sup> BIGLER-EGGENBERGER/SCHWEIZER, SGK-BV, Art. 41 N 40; SCHWEIZER, SGK-BV, Art. 10 Rz. 27.

<sup>72</sup> GÄCHTER/WERDER, BSK-BV, Art. 41 N 35, m. w. H.

<sup>73</sup> Solches liesse sich denn auch nicht aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts ableiten (vgl. etwa BGer, 2P.73/2005, 17.06.2005, E. 2.2). Im Zusammenhang mit der Frage des öffentlichen Interesses an einer Zwangsmedikation hielt das Bundesgericht in BGE 130 I 16 E. 5.2 denn auch fest: „Die persönliche Freiheit, die die elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung sichern soll, kann für eine minimale Sorgspflicht ebenso herangezogen werden wie der Anspruch auf minimale Hilfe und Betreuung nach Art. 12 BV oder die Verpflichtung des Gemeinwesens zur Leistung der für die Gesundheit notwendigen Pflege gemäss Art. 41 Abs. 1 lit. b BV.“

<sup>74</sup> GÄCHTER/WERDER, BSK-BV, Art. 41 N 12 und 26, wonach die Sozialziele „im gesamten Verfassungskontext im Verbund mit anderen Zielsetzungen zu begreifen [sind]“ und „bei der Konkretisierung grundrechtlicher Leistungsansprüche zur Begründung beigezogen werden können.“; vgl. auch BIAGGINI, Art. 41 N 2 und 6. Zur systematischen Auslegung sind zusätzlich – im Sinne der völkerrechtskonformen Auslegung – menschenrechtliche Normen beizuziehen, denen die hier vertretene Stossrichtung zugrunde liegt.

<sup>75</sup> GÄCHTER/WERDER, BSK-BV, Art. 12 N 15; MÜLLER J. P./SCHEFER, S. 766.

<sup>76</sup> AMSTUTZ, S. 237 und 244 f., die indes aus Art. 12 i. V. m. Art. 8 BV einen breiteren Leistungsumfang abzuleiten scheint (vgl. *ibid.*, S. 245, 350 und 354); vgl. ohne Begründung ferner KELLER, Sozialversicherungen und Sozialhilfe im Freiheitsentzug II, S. 30; KKJPD/SODK/SKOS, S. 21; zurückhaltend auch KÜNZLI ET AL., S. 48. Dem etwa bei GÄCHTER/WERDER, BSK-BV, Art. 12 N 34, erwähnten BGE 136 I 254 kann diese Position nicht direkt entnommen werden. Das Bundesgericht hat sich darin nicht spezifisch mit der Frage der Gesundheitsversorgung, sondern lediglich mit der allgemeinen Zulässigkeit der Beschränkung auf Nothilfe auseinandergesetzt (E. 4) und in diesem Zusammenhang den kantonalen sowie verfassungsrechtlichen Leistungsumfang erwähnt (E. 2.2.1 bzw. 4.2), ohne sich zu diesem eingehend zu äussern. Zudem erging das Urteil vor Inkrafttreten des Art. 92d KVV, der nunmehr im Bereich der Gesundheitsversorgung gerade keine Leistungsbeschränkung mehr vorsieht.

<sup>77</sup> COULLERY, Leistungskatalog, S. 384 ff.; GÄCHTER, S. 483 und 485 f.; BELSER/WALDMANN, S. 56; MÜLLER L., SGK-BV, Art. 12 N 29.

<sup>78</sup> BELSER/WALDMANN, S. 56.

<sup>79</sup> COULLERY, Grundrechtsanspruch, S. 633; DERSELBE, Leistungskatalog, S. 384 f.; GÄCHTER, S. 483. Die Orientierung an den Leistungen der obligatorischen Krankenversicherung dürfte sich zweifelsfrei für jene kantona-

Für den vorliegenden Zusammenhang kann daher zusammenfassend festgestellt werden, dass von Verfassung wegen ein subjektives Recht auf Gesundheitsversorgung besteht und dieses im Kontext des Freiheitsentzugs besonders stark verankert ist. Zumindest im Bereich des Freiheitsentzugs muss sich der dabei zu beachtende Standard am Leistungskatalog des KVG orientieren, kann doch sonst kaum, wie vom Bundesgericht ausdrücklich gefordert, von einer „einwandfreien“ medizinischen Versorgung die Rede sein.

### 1.3. Besondere Fürsorgepflicht des Staates gegenüber inhaftierten Personen

In Situationen umfassender staatlicher Kontrolle sind regelmässig über Minimalansprüche hinausgehende justiziable Leistungsgehalte zu beachten.<sup>80</sup> Durch den Freiheitsentzug wird die Inanspruchnahme der allgemeinen Gesundheitsversorgung weitgehend verunmöglicht und die Eigenversorgung sowie die gesellschaftliche Solidarität stark erschwert.<sup>81</sup> Zudem befinden sich inhaftierte Personen in einer besonders verletzbaren Position.<sup>82</sup> Durch die Inhaftierung übernimmt der Staat daher die volle Verantwortung und die Pflicht, für das Leben und die Gesundheit der betroffenen Person zu sorgen.<sup>83</sup> Es besteht mit anderen Worten eine Fürsorgepflicht oder eine „duty of care“<sup>84</sup> des Staates, sodass eine ausreichende medizinische Versorgung sicherzustellen ist.<sup>85</sup> Dies anerkennt auch das Bundesgericht<sup>86</sup> und ist überdies auf gesetzlicher Ebene in Art. 75 StGB vorgesehen<sup>87</sup>. Von dieser Pflicht gehen ebenso die KKJPD und die GDK aus.<sup>88</sup>

---

len Grundrechtsbestimmungen aufdrängen, die einen entsprechenden Anspruch auf medizinische Grundversorgung ausdrücklich vorsehen. Vgl. etwa Art. 34 Abs. 1 KV/VD: „Jede Person, die in Not ist, hat Anspruch auf medizinische Grundversorgung und auf den notwendigen Beistand.“; Art. 29 Abs. 1 KV/BE: „Jede Person hat bei Notlagen Anspruch [...] auf grundlegende medizinische Versorgung.“; Art. 39 Abs. 2 KV/GE: „Jede Person hat Anspruch auf die persönliche Pflege und Unterstützung, die sie wegen ihrer Gesundheit, ihres Alters oder einer Behinderung benötigt.“; Art. 13 Abs. 1 KV/TI: „Jede bedürftige Person hat Anspruch [...] auf die medizinische Grundversorgung.“

<sup>80</sup> KÄLIN/KÜNZLI, Rz. 319, 327 und 929; KÜNZLI/ACHERMANN, Infektionskrankheiten, S. 10 f.; KÜNZLI ET AL., S. 11 f. und 42; WSKA, General Comment No. 14 (2000), Fn. 45, Ziff. 43 f.; vgl. auch GRABENWARTER/PABEL, § 20 Rz. 54; sowie MÜLLER M., S. 142 f. und S. 241 f.

<sup>81</sup> Vgl. BAECHTOLD ET AL., S. 32 und 115; KÜNZLI ET AL., S. 11 f. und 42.

<sup>82</sup> MRA, General comment No. 21, Fn. 42, Ziff. 3; EGMR, *Salman v. Turkey* (GK), Nr. 21986/93, 27.06.2000, Ziff. 99; *Metin Gültekin and Others v. Turkey*, Nr. 17081/06, 06.10.2015, Ziff. 32; *Makharadze and Sikharulidze v. Georgia*, Nr. 35254/07, 22.11.2011, Ziff. 71; *Rupa c. Roumanie* (N<sup>o</sup> 1), Nr. 58478/00, 16.12.2008, Ziff. 97; *Vladimir Romanov v. Russia*, Nr. 41461/02, 24.07.2008, Ziff. 57; *Keenan v. the United Kingdom*, Nr. 27229/95, 03.04.2001, Ziff. 91.

<sup>83</sup> MRA, General comment No. 36 (2018), Fn. 51, Ziff. 25; Communication No. 763/1997, *Yekaterina Pavlovna Lantsova v. The Russian Federation*, 26.03.2002, CCPR/C/74/D/763/1997, Ziff. 9.2, zum Recht auf Leben (Art. 6 Abs. 1 UN-Pakt II); EGMR, *Metin Gültekin and Others v. Turkey*, Nr. 17081/06, 06.10.2015, Ziff. 32; *Keenan v. the United Kingdom*, Nr. 27229/95, 03.04.2001, Ziff. 91; *Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal* (GK), Nr. 56080/13, 19.12.2017, partly concurring, partly dissenting opinion of judge Pinto de Albuquerque, Ziff. 30 m. w. H.; CoE, EPR-Commentary, Rule 39, S. 63; KÜNZLI/ACHERMANN, Infektionskrankheiten, S. 16; KÜNZLI/ACHERMANN, Sprachbarrieren, S. 20 ff.; MÜLLER J. P./SCHEFER, S. 120; KÄLIN/KÜNZLI, Rz. 929; BAECHTOLD ET AL., S. 204 ff.; KIENER ET AL., § 12 Rz. 46, wonach dem Staat eine Garantenstellung zukomme; vgl. auch MÜLLER M., S. 241 f.

<sup>84</sup> MRA, General comment No. 36 (2018), Fn. 51, Ziff. 25; EGMR, *Jirsák v. the Czech Republic*, Nr. 8968/08, 05.04.2012, Ziff. 80: „The reasons that were advanced [...] are wholly unacceptable since the applicant was in the custody of the respondent State and it owed him a duty of care.“; *Peñaranda Soto v. Malta*, Nr. 16680/14, 19.12.2017, Ziff. 81; vgl. auch WHO, S. 1.

<sup>85</sup> GRABENWARTER/PABEL, § 20 Rz. 68; sowie bereits vorne Ziff. III.1.1 (insb. Fn. 55–62); vgl. auch BAECHTOLD ET AL., S. 32 und 115; UNODC/WHO, S. 5 f.; LINES, S. 274 ff.

<sup>86</sup> BGE 102 Ia 279 E. 2a; 102 Ia 302 E. 1a; vgl. dazu bereits vorne Ziff. III.1.2.

<sup>87</sup> BAECHTOLD ET AL., S. 115 und 232; BRÄGGER/KOLLER, BSK StGB I, Art. 75 N 10; vgl. auch KÜNZLI/ACHERMANN, Sprachbarrieren, S. 22.

Ausdruck der Fürsorgepflicht sind zudem die zahlreichen Bestimmungen in den vorne erwähnten soft law-Instrumenten, die relativ detailliert umschreiben, welche Mittel im Interesse der Gesundheit der inhaftierten Personen zu ergreifen sind. Dieser Gewährleistungspflicht entsprechen umfassende, über das Minimum hinausgehende Leistungsansprüche der inhaftierten Personen.<sup>89</sup> Der menschenrechtliche Schutz der Gesundheit von inhaftierten Personen ist mit anderen Worten stärker ausgeprägt als jener der allgemeinen Bevölkerung.<sup>90</sup> Dabei bemisst sich das Ausmass staatlicher Leistungspflichten nach dem Grad der Unmöglichkeit einer Person, selbstständig für die Befriedigung ihrer Grundbedürfnisse zu sorgen.<sup>91</sup>

Der staatlichen Fürsorgepflicht steht eine beschränkte Mitwirkungspflicht der inhaftierten Person gegenüber. Von ihr kann erwartet werden, dass sie bei geringfügigeren gesundheitlichen Beschwerden selbst um Unterstützung des Personals ersucht.<sup>92</sup> Die Annahme einer Mitwirkungspflicht setzt freilich eine hinreichende und verständliche Information über die bestehende Gesundheitsversorgung voraus. Schwerwiegende Krankheiten müssen indes im Rahmen der Fürsorgepflicht vom Staat selbst erkannt – und adäquat behandelt – werden. Hier obliegt es nicht den betroffenen oder mitinhaftierten Personen, um Unterstützung zu ersuchen. Vielmehr muss eine Gesundheitsinfrastruktur bestehen, die geeignet ist, entsprechende gesundheitliche Beschwerden zu erkennen.<sup>93</sup> Eintrittsuntersuchungen sind daher von besonderer Relevanz.<sup>94</sup> Sind gesundheitliche Beschwerden bekannt, sind die Behörden ebenfalls verpflichtet, den Zustand der betroffenen Person unabhängig ihrer Eigeninitiative zu überwachen.<sup>95</sup> Verweigert die inhaftierte Person die zur Verfügung gestellte Untersuchung oder Behandlung freiwillig, trägt der Staat keine Verantwortung für die mangelhafte Versorgung.<sup>96</sup>

## 2. Leistungsumfang

Wie im vorherigen Kapitel aufgezeigt, normiert ein ganzes Bündel menschenrechtlicher Bestimmungen teilweise, wie namentlich das Recht auf Gesundheit, explizit, teilweise aber auch, wie etwa das Verbot unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung, durch ihre Konkretisierung in der Gerichtspraxis den Anspruch auf Gesundheitsversorgung im Freiheitsentzug. Dabei sind indes die verwendeten Umschreibungen oft vage und die Konturen dessen, was inhaftierten Personen zu gewähren ist, bleiben trotz dieser breiten Verankerung teilweise im Ungefähren. So spricht etwa das Recht auf Gesundheit des Art. 12 UN-Pakt I vom „Recht eines jeden auf das für

<sup>88</sup> KKJPD/GDK, S. 1 f. Vgl. auch Ostschweizer Strafvollzugskonkordat, Merkblatt, Fn. 6, S. 1, wonach „die Vollzugseinrichtungen [...] die medizinische Versorgung der eingewiesenen Personen zu gewährleisten sowie für die Erhaltung und nach Möglichkeit für die Verbesserung ihrer physischen und psychischen Gesundheit zu sorgen [haben].“

<sup>89</sup> KÄLIN/KÜNZLI, Rz. 319.

<sup>90</sup> EGMR, Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal (GK), Nr. 56080/13, 19.12.2017, partly concurring, partly dissenting opinion of judge Pinto de Albuquerque, Ziff. 54; vgl. auch CoE, EPR-Commentary, Rule 39, S. 63. In EGMR, Makharadze and Sikharulidze v. Georgia, Nr. 35254/07, 22.11.2011, Ziff. 80 und 90, wurde die verzögerte Behandlung dem Staat angelastet, obschon in Georgien ein allgemeiner Versorgungsengpass bestand.

<sup>91</sup> KÄLIN/KÜNZLI, Rz. 328; KÜNZLI ET AL., S. 11 f.

<sup>92</sup> EGMR, Slyusarev v. Russia, Nr. 60333/00, 20.04.2010, Ziff. 37; Valašinas v. Lithuania, Nr. 44558/98, 24.07.2001, Ziff. 16 und 105, bei Vorliegen einer Erkältung.

<sup>93</sup> MRA, Communication No. 763/1997, Lantsova v. The Russian Federation, 26.03.2002, CCPR/C/74/D/763/1997, Ziff. 9.2, zum Recht auf Leben (Art. 6 Abs. 1 UN-Pakt II); vgl. auch Ziff. 33 R (98) 7.

<sup>94</sup> Vgl. dazu etwa Regel 30 NMR; Ziff. 42.1 EPR; Ziff. 1 R (98) 7; CPT, Ziff. 34 f.

<sup>95</sup> EGMR, Tarariyeva v. Russia, Nr. 4353/03, 14.12.2006, Ziff. 80; CPT, Ziff. 35.

<sup>96</sup> EGMR, Knyazev v. Russia, Nr. 25948/05, 08.11.2007, Ziff. 103.

ihn erreichbare Höchstmass an körperlicher und geistiger Gesundheit“. Gleichzeitig ist aber zu berücksichtigen, dass diese Bestimmung als WSK-Recht dem Grundsatz der progressiven Verwirklichung unter Berücksichtigung der verfügbaren Ressourcen unterliegt (Art. 2 Abs. 1 UN-Pakt I).<sup>97</sup> Entsprechend sind die Staaten verpflichtet, laufend auf die vollständige Verwirklichung des Rechts auf Gesundheit hinzuwirken.<sup>98</sup> Dessen ungeachtet bestehen aber auch unmittelbare Verpflichtungen, die sogenannten core obligations,<sup>99</sup> deren Umfang in Haftkonstellationen indes nicht vollständig geklärt ist.

Auch im Rahmen der Konkretisierung der weiteren einschlägigen menschen- und verfassungsrechtlichen Vorgaben finden sich wenige Aussagen von Gerichten und gerichtsähnlichen Organen, welche diese Frage mit einer für die Bedürfnisse der Praxis genügenden Präzision festlegen würden. So wird eine ganze Palette von Adjektiven, die von „einwandfrei“ über „angemessen“, „adäquat“ bis zu „genügend“ oder „grundlegend“ reicht, verwendet.

Diese Problematik anerkennt der EGMR, der regelmässig darauf hinweist, die Adäquanz der Gesundheitsversorgung sei das am schwierigsten zu bestimmende Element.<sup>100</sup> Diesen Umstand hebt auch die verfassungsrechtliche Literatur hervor.<sup>101</sup>

Das vorliegende Gutachten nähert sich daher der Beantwortung dieser Frage auf doppelte Weise. So wird erstens untersucht, ob und wieweit sich der geforderte Standard mit Blick auf das vorne identifizierte Normmaterial und die dazu ergangene Rechtsprechung in abstrakter Weise festlegen lässt (Ziff. 2.1). Daran anschliessend soll dieser Frage zweitens gestützt auf relative Anhaltspunkte, d. h. den Vergleich mit dem allgemeinen Gesundheitswesen, nachgegangen werden (Ziff. 2.2).

## 2.1. Abstrakte Bestimmung: Mindestversorgung aus menschenrechtlicher Sicht

Insbesondere der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 3 EMRK lassen sich verbindliche abstrakte Mindeststandards zur Gesundheitsversorgung entnehmen. Zudem trägt die nachfolgende Übersicht – wenn auch mit Zurückhaltung – weiteren Rechtsquellen und der Literatur Rechnung.

### 2.1.1. Primat des Fachwissens

Unter dem Primat des Fachwissens ist die Pflicht zu verstehen, dass inhaftierten Personen jene Behandlung zu gewähren ist, die vom medizinischen Personal als erforderlich betrachtet wird. So verlangt der EGMR, „que les autorités pénitentiaires offrent au détenu les soins médicaux prescrits par des médecins compétents.“<sup>102</sup> In dieser Passage kommt zugleich zum Ausdruck, dass

---

<sup>97</sup> Vgl. dazu KÄLIN/KÜNZLI, Rz. 320; WSKA, General Comment No. 14 (2000), Fn. 45, Ziff. 30; WSKA, An evaluation of the Obligation to Take Steps to the “Maximum of Available Resources” under an Optional Protocol to the Covenant, 10.05.2007, E/C.12/2007/1.

<sup>98</sup> WSKA, General Comment No. 14 (2000), Fn. 45, Ziff. 31.

<sup>99</sup> WSKA, General Comment No. 3 (1990), The Nature of States Parties’ Obligations (Art. 2, Para. 1, of the Covenant), 14.12.1990, E/1991/23, Ziff. 10; WSKA, General Comment No. 14 (2000), Fn. 45, Ziff. 43 ff.; vgl. zur Debatte um die core obligations etwa FORMAN ET AL., S. 531 ff.

<sup>100</sup> EGMR, Blokhin v. Russia (GK), Nr. 47152/06, 23.3.2016, Ziff. 137; Topekhin v. Russia, Nr. 78774/13, 10.05.2016, Ziff. 69; Wenner v. Germany, Nr. 62303/13, 01.09.2016, Ziff. 55; vgl. auch TASIOLAS, S. 7 f. zur Unbestimmtheit der inhaltlichen Mindeststandards im General Comment No. 14 des WSKA (Fn. 45).

<sup>101</sup> Vgl. etwa AMSTUTZ, S. 238 f. und S. 243; MÜLLER J. P./SCHEFER, S. 770.

<sup>102</sup> EGMR, Raffray Taddei v. France, Nr. 36435/07, 21.12.2010, Ziff. 51; Wenner v. Germany, Nr. 62303/13, 01.09.2016, Ziff. 57 und 75; Xiros c. Grèce, Nr. 1033/07, 09.09.2010, Ziff. 75; Paladi v. Moldova (K),

die medizinische Versorgung von fachlich qualifizierten Ärztinnen und Ärzten vorzunehmen oder zumindest zu überwachen und zu verantworten ist.<sup>103</sup> Die Gesundheitsversorgung an sich ist überdies durch qualifiziertes Personal sicherzustellen.<sup>104</sup> Diese Qualifikation ist denn auch die Grundlage für das Primat der Einschätzung der Fachpersonen.

Vor diesem Hintergrund ist es entscheidend, dass inhaftierte Personen nicht nur von fachlich qualifiziertem Personal untersucht werden, sondern auch eine dieser Diagnose entsprechende Behandlung tatsächlich erhalten.<sup>105</sup> Der EGMR hielt fest, „que l'obligation d'assurer des soins médicaux appropriés à un détenu garantie par la Convention et confirmée par la jurisprudence serait vidée de tout sens si elle ne devait se limiter qu'à la prescription d'un traitement adéquat, sans s'assurer s'il a été correctement administré et suivi.“<sup>106</sup> Die Nelson-Mandela-Regeln schreiben hinsichtlich des Primats des Fachwissens vor, dass „[m]edizinische Entscheidungen [...] nur von den zuständigen Gesundheitsfachkräften getroffen und von nicht-medizinischen Vollzugsbediensteten weder aufgehoben noch ausser Acht gelassen werden [dürfen].“<sup>107</sup> Sofern verschiedene Behandlungen gleichermaßen geeignet sind, besteht nach der Rechtsprechung des EGMR ein Ermessensspielraum.<sup>108</sup> Belastungen, die mit alternativen Behandlungsmethoden vermieden oder reduziert werden könnten, stellen indes unnötige Leiden dar, deren Vermeidung gerade Zweck des Art. 3 EMRK ist.<sup>109</sup> Der verbindliche Rekurs auf das Fachwissen ist letztlich der geeignetste Ansatz, um den Umfang der Mindestversorgung zu umschreiben. Wollte man diese indirekte Definition umgehen, müsste eine positive Liste der für eine angemessene Versorgung notwendigen Leistungen aufgestellt werden, was kaum praktikabel ist.<sup>110</sup>

---

Nr. 39806/05, 10.07.2007, Ziff. 80 und 84, bestätigt in *Paladi v. Moldova* (GK), Nr. 39806/05, 10.03.2009, Ziff. 71 f. Aus verfassungsrechtlicher Sicht bringt *COULLERY*, Grundrechtsanspruch, S. 633, dieses Primat wie folgt auf den Punkt: „Wird einer gesundheitlichen Beeinträchtigung Krankheitswert zugemessen, so gehört die medizinisch indizierte Behandlung der Krankheit eo ipso zum Schutzbereich der grundlegenden medizinischen Versorgung [im Sinne von Art. 12 BV].“

<sup>103</sup> Vgl. auch Ziff. 21 R (98) 7. Dies impliziert unter Umständen die Betreuung durch spezialisierte Fachpersonen (vgl. hinten Ziff. III.2.1.7, Fn. 158).

<sup>104</sup> EGMR, *Farbtuhs c. Lettonie*, Nr. 4672/02, 02.12.2004, Ziff. 60; *Semikhvostov v. Russia*, Nr. 2689/12, 06.02.2014, Ziff. 84; vgl. auch *WSKA*, General Comment No. 14 (2000), Fn. 45, Ziff. 44 lit. e; Regel 25 Abs. 2 NMR; Ziff. 34 f. R (98) 7; CPT, Gesundheitsfürsorge, Ziff. 75 ff.

<sup>105</sup> EGMR, *Wenner v. Germany*, Nr. 62303/13, 01.09.2016, Ziff. 57: „The prison authorities must offer the prisoner the treatment corresponding to the disease(s) the prisoner was diagnosed with [...], as prescribed by the competent doctors“, sowie Ziff. 75; *Blokhin v. Russia* (GK), Nr. 47152/06, 23.3.2016, Ziff. 137: „The authorities must also show that the necessary conditions were created for the prescribed treatment to be actually followed through“; *Botnari v. The Republic of Moldova*, Nr. 74441/14, 05.06.2018, Ziff. 38 ff.; *Yankovskiy v. Russia*, Nr. 24051/11, 25.07.2017, Ziff. 63 ff.; *Sakir c. Grèce*, Nr. 48475/09, 24.03.2016, Ziff. 57; *Khayletdinov v. Russia*, Nr. 2763/13, 12.01.2016, Ziff. 76; *Kushnir v. Ukraine*, Nr. 42184/09, 11.12.2014, Ziff. 135 und 145; *Budanov v. Russia*, Nr. 66583/11, 09.01.2014, Ziff. 74; *Makharadze and Sikharulidze v. Georgia*, Nr. 35254/07, 22.11.2011, Ziff. 77 und 84; *Raffray Taddei v. France*, Nr. 36435/07, 21.12.2010, Ziff. 59; *Poghossian c. Géorgie*, Nr. 9870/07, 24.02.2009, Ziff. 59; *Hummatov v. Azerbaijan*, Nr. 9852/03 und 13413/04, 29.11.2007, Ziff. 109 und 114 ff.; *Holomiov v. Moldova*, Nr. 30649/05, 07.11.2006, Ziff. 117; *Popov v. Russia*, Nr. 26853/04, 13.07.2006, Ziff. 211; *Sarban v. Moldova*, Nr. 3456/05, 04.10.2005, Ziff. 84 f.

<sup>106</sup> EGMR, *Jasińska c. Pologne*, Nr. 28326/05, 01.06.2010, Ziff. 78, mit Bezug zu Art. 2 EMRK.

<sup>107</sup> Regel 27 Abs. 2 NMR; vgl. auch *SAMW-RL*, S. 18: „Die Wahl der geeigneten Therapie basiert ausschliesslich auf medizinischen Erwägungen, es handelt sich also um eine rein ärztliche Entscheidung.“

<sup>108</sup> EGMR, *Wenner v. Germany*, Nr. 62303/13, 01.09.2016, Ziff. 61 f., betreffend die Wahl zwischen abstinenzorientierter und substituionsgestützter Suchttherapie, wobei der Gerichtshof in der Verweigerung Letzterer eine Verletzung von Art. 3 EMRK erkannte.

<sup>109</sup> Vgl. EGMR, *Wenner v. Germany*, Nr. 62303/13, 01.09.2016, Ziff. 79; zum Grundsatz etwa auch *Kudła v. Poland* (GK), Nr. 30210/96, 26.10.2000, Ziff. 94.

<sup>110</sup> Vgl. im Zusammenhang mit dem KVG *COULLERY*, Leistungskatalog, S. 376 f.

### 2.1.2. Berufsethische Vorgaben

Das Verhältnis zwischen inhaftierter Person und Gesundheitspersonal ist durch dieselben Grundsätze geprägt, wie dies allgemein der Fall ist.<sup>111</sup> Namentlich relevant sind die Unabhängigkeit, die Vertraulichkeit sowie das Erfordernis der Einwilligung. Die ärztliche Unabhängigkeit steht in engem Zusammenhang zum zuvor erläuterten Primat des Fachwissens. Medizinischen Indikatoren ist gegenüber Erwägungen betreffend Verwaltung oder Sicherheit der Vorrang einzuräumen.<sup>112</sup> Im Interesse einer fachlich einwandfreien medizinischen Versorgung ist daher die Unabhängigkeit des Gesundheitspersonals sicherzustellen.<sup>113</sup> Nur so ist gewährleistet, dass die Behandlung der Diagnose entspricht. Eine Einordnung möglichst nahe am allgemeinen Gesundheitswesen und ausserhalb der institutionellen Hierarchie der jeweiligen Vollzugsinstitution sowie die gleichzeitige Vermeidung einer persönlichen finanziellen Abhängigkeit von der Aufgabe innerhalb der Anstalt begünstigen eine unabhängige Versorgung.<sup>114</sup> Der EGMR anerkennt in diesem Zusammenhang den Anspruch, auf Verlangen unabhängige spezialisierte medizinische Hilfe zuzulassen.<sup>115</sup> Die Unabhängigkeit ist sodann unabdingbar für die Vertraulichkeit des Behandlungsverhältnisses.<sup>116</sup> Ist das Vertrauensverhältnis zur Anstaltsärztin oder zum Anstaltsarzt gestört, ist den Inhaftierten Zugang zu einer anderen Ärztin oder einem anderen Arzt zu gewähren.<sup>117</sup> Ferner sind – vorbehaltlich gesetzlich vorgesehener, verhältnismässiger Ausnahmen – Untersuchungen und Behandlungen nur nach vorgängiger Aufklärung und Einwilligung vorzunehmen.<sup>118</sup>

### 2.1.3. Zeitnahe Versorgung

Auch in zeitlicher Hinsicht bestehen Mindestvorgaben an die Gesundheitsversorgung. Diese muss nämlich zeitnah erfolgen. So unterstreicht der EGMR regelmässig, „that authorities must ensure that diagnosis and care are prompt and accurate.“<sup>119</sup> Das Kriterium der Angemessenheit

---

<sup>111</sup> Vgl. etwa Grundsatz 1 PME; Ziff. 1 SAMW-RL. Die SAMW-RL gilt i. V. m. Art. 18 und Anhang 1 Standesordnung FMH als Standesrecht, das zur Auslegung von gesetzlichen Bestimmungen, so insb. von Berufspflichten gemäss MedBG, herangezogen werden kann, sofern es die Wahrung öffentlicher Interessen bezweckt (vgl. etwa BGer, 2C\_901/2012, 30.01.2013, E. 3.4).

<sup>112</sup> Ziff. 19 f. R (98) 7; CPT, Gesundheitsfürsorge, Ziff. 71; SAMW-RL, S. 18.

<sup>113</sup> Vgl. auch Regel 25 Abs. 2 NMR; so auch KKJPD/GDK, S. 2; Ziff. 12 SAMW-RL; vgl. mit weiteren Hinweisen KÜNZLI/ACHERMANN, Sprachbarrieren, S. 37 und 47; ferner PONT ET AL., 472 ff.

<sup>114</sup> CPT, Gesundheitsfürsorge, Ziff. 71; Ziff. 40.2 EPR; OSCE/PRI, S. 144; UNODC/WHO, S. 9 f.; vgl. auch KKJPD/GDK, S. 2, wonach die Aufsicht über die Gesundheitsdienste durch die für die öffentliche Gesundheit verantwortlichen Instanzen sicherzustellen sei; vgl. ausführlich zur rechtlichen Stellung des medizinischen Personals KÜNZLI/ACHERMANN, Sprachbarrieren, S. 36 ff., insb. S. 47 f.; ferner ELGER, Public Health, S. 199 ff. Auch der EGMR unterstreicht die Bedeutung der Unabhängigkeit von der für den Freiheitsentzug zuständigen Behörde (Mathew v. the Netherlands, Nr. 24919/03, 29.09.2005, Ziff. 187). Vgl. hierzu auch Ziff. III.2.2.1.C.

<sup>115</sup> EGMR, Wenner v. Germany, Nr. 62303/13, 01.09.2016, Ziff. 57; Sarban v. Moldova, Nr. 3456/05, 04.10.2005, Ziff. 90.

<sup>116</sup> Vgl. zum Erfordernis der Vertraulichkeit etwa Ziff. 18 R (98) 7; WSKA, General Comment No. 14 (2000), Fn. 45, Ziff. 12 lit. c; CPT, Gesundheitsfürsorge, Ziff. 45 und 50 f.; CPT, Bulgarien, Ziff. 94; UNODC/WHO, S. 7; Ziff. 10 SAMW-RL.

<sup>117</sup> BGE 102 Ia 302 E. 2c.

<sup>118</sup> Ziff. 14 ff. R (98) 7; UNODC/WHO, S. 7; Ziff. 7 SAMW-RL.

<sup>119</sup> EGMR, Topekhin v. Russia, Nr. 78774/13, 10.05.2016, Ziff. 69; vgl. auch Blokhin v. Russia (GK), Nr. 47152/06, 23.3.2016, Ziff. 137; Vasilyadi v. Russia, Nr. 49106/09, 22.11.2016, Ziff. 56; Sakir c. Grèce, Nr. 48475/09, 24.03.2016, Ziff. 52; Sergey Antonov v. Ukraine, Nr. 40512/13, 22.10.2015, Ziff. 73 und 90; Kushnir v. Ukraine, Nr. 42184/09, 11.12.2014, Ziff. 135 und 144; Budanvo v. Russia, Nr. 66583/11, 09.01.2014, Ziff. 66; Goginashvili v. Georgia, Nr. 47729/08, 04.10.2011, Ziff. 71; Vasyukov v. Russia, Nr. 2974/05, 05.04.2011, Ziff. 75 f.; Yevgeniy Alekseyenko v. Russia, Nr. 41833/04, 27.01.2011, Ziff. 100;

der Gesundheitsversorgung ist nur erfüllt, wenn Untersuchung und Behandlung zeitnah erfolgen.<sup>120</sup> Nach dem Massstab des EGMR ist aber – auch hier – ausschlaggebend, ob das Leiden infolge der verspäteten medizinischen Versorgung eine minimale Schwere erreicht hat.<sup>121</sup> Dabei sind nicht nur rein physische Leiden, mithin körperliche Schmerzen, zu berücksichtigen. Vielmehr können auch psychische Leiden – hervorgerufen etwa durch das Wissen um das infolge einer trotz Indikation nicht erfolgten medizinischen Intervention erhöhte Risiko eines jederzeit möglichen Notfalles oder durch das Bewusstsein der mangelhaften und daher riskanten Gesundheitsversorgung – die Schwelle von Art. 3 EMRK erreichen und eine erniedrigende Behandlung darstellen.<sup>122</sup> Auch hier ist folglich den Umständen des Einzelfalls Rechnung zu tragen. Beispielsweise kritisierte der EGMR zwar eine eintägige Verzögerung der Behandlung einer Fraktur am Fussgelenk, erachtete indes die Anwendungsschwelle von Art. 3 EMRK als nicht erreicht, zumal der Inhaftierte anschliessend angemessen behandelt wurde.<sup>123</sup> Ebenso wenig problematisch schien dem Gerichtshof, dass eine inhaftierte Person 27 Tage für eine Sitzung mit einem Psychologen warten musste.<sup>124</sup> Ungenügend war hingegen die verspätete Behandlung einer Tuberkuloseerkrankung, die zu Nebenwirkungen wie Sehbeeinträchtigungen und Schwindel führte.<sup>125</sup> Sodann stellte die Wartezeit von 36 Stunden bis zur Verlegung eines verletzten Inhaftierten in ein Spital zusammen mit weiteren Umständen gar Folter dar.<sup>126</sup> Gegen Art. 3 EMRK versties auch die sechstägige Verzögerung bei der Behandlung einer gebrochenen Rippe.<sup>127</sup> Aus dem Erfordernis der zeitnahen Versorgung folgt, dass bei Notfällen rasch gehandelt werden muss. Bereits eine zweistündige Verzögerung stellte etwa im Falle einer Schädelfraktur eine Verletzung von Art. 2 EMRK dar.<sup>128</sup>

Die Dauer des Freiheitsentzugs kann einen Einfluss auf die zeitliche Angemessenheit der Gesundheitsversorgung haben. Behandlungen sollten während des Freiheitsentzugs erfolgen, sofern solche innert der absehbaren Haftdauer nach medizinischen Kriterien vorzunehmen sind. So kann es zulässig sein, eine Behandlung etwa bis zur ohnehin vorhersehbaren Entlassung aufzu-

---

Khatayev v. Russia, Nr. 56994/09, 11.10.2011, Ziff. 85; Slyusarev v. Russia, Nr. 60333/00, 20.04.2010, Ziff. 43 f.; Dzieciak v. Poland, Nr. 77766/01, 09.12.2008, Ziff. 101; Hummatov v. Azerbaijan, Nr. 9852/03 und 13413/04, 29.11.2007, Ziff. 115; Paladi v. Moldova (K), Nr. 39806/05, 10.07.2007, Ziff. 79 ff.; bestätigt in Paladi v. Moldova (GK), Nr. 39806/05, 10.03.2009, Ziff. 71 f.; Popov v. Russia, Nr. 26853/04, 13.07.2006, Ziff. 211; sowie bzgl. Art. 2 EMRK EGMR, Mustafayev v. Azerbaijan, Nr. 47095/09, 04.05.2017, Ziff. 62; Tarariyeva v. Russia, Nr. 4353/03, 14.12.2006, Ziff. 88 f.; vergleichbar WSKA, General Comment No. 14 (2000), Fn. 45, Ziff. 11.

<sup>120</sup> EGMR, Peñaranda Soto v. Malta, Nr. 16680/14, 19.12.2017, Ziff. 78: „Part of the appropriateness of the treatment is also its promptness.“; Makharadze and Sikharulidze v. Georgia, Nr. 35254/07, 22.11.2011, Ziff. 90; GRABENWARTER/PABEL, § 20 Rz. 68.

<sup>121</sup> EGMR, Peñaranda Soto v. Malta, Nr. 16680/14, 19.12.2017, Ziff. 79.

<sup>122</sup> Vgl. EGMR, Hummatov v. Azerbaijan, Nr. 9852/03 und 13413/04, 29.11.2007, Ziff. 121; Sarban v. Moldova, Nr. 3456/05, 04.10.2005, Ziff. 84 ff.; auch in Paladi v. Moldova (K), Nr. 39806/05, 10.07.2007, Ziff. 81 und 84, betont der Gerichtshof die durch die Mangelhaftigkeit der Gesundheitsversorgung verursachten psychischen Leiden, mithin Stress und Angst (bestätigt in Paladi v. Moldova [GK], Nr. 39806/05, 10.03.2009, Ziff. 71 f.); nicht erfüllt bzw. nicht hinreichend erstellt war diese Voraussetzung im Urteil Peñaranda Soto v. Malta, Nr. 16680/14, 19.12.2017, Ziff. 91 f.

<sup>123</sup> EGMR, Jirsák v. the Czech Republic, Nr. 8968/08, 05.04.2012, Ziff. 79 ff.

<sup>124</sup> EGMR, Peñaranda Soto v. Malta, Nr. 16680/14, 19.12.2017, Ziff. 90.

<sup>125</sup> EGMR, Melnik v. Ukraine, Nr. 72286/01, 28.03.2006, Ziff. 104 ff.; vgl. demgegenüber EGMR, Gavriiliță c. Roumanie, Nr. 10921/03, 22.06.2010, Ziff. 35, wo eine zweiwöchige Verzögerung der Tuberkulosebehandlung nicht als konventionswidrig qualifiziert wurde, zumal das Fieber der betroffenen Person behandelt wurde.

<sup>126</sup> EGMR, İlhan v. Turkey, Nr. 22277/93, 27.06.2000, Ziff. 86 f.

<sup>127</sup> EKMR, H. contre Suisse, Nr. 17549/90, Bericht vom 08.07.1993, Ziff. 80.

<sup>128</sup> EGMR, Anguelova v. Bulgaria, Nr. 38361/97, 13.06.2002, Ziff. 130.

schieben, sofern dieser Aufschub keine unnötigen Leiden verursacht.<sup>129</sup> Dies ist etwa dann der Fall, wenn ein Aufschub der erforderlichen Behandlung auch ausserhalb des Freiheitsentzugs beispielsweise aus rein terminlichen Gründen üblich ist. Mit anderen Worten stützt sich die Antwort auf die Frage der zeitlichen Angemessenheit mitunter auf das Äquivalenzprinzip.<sup>130</sup>

#### 2.1.4. Zugang und Verfügbarkeit medizinischer Versorgung

Eine angemessene Gesundheitsversorgung setzt voraus, dass die inhaftierten Personen jederzeit einen niederschweligen Zugang zum Gesundheitsdienst haben und innert kurzer Fristen eine Ärztin oder einen Arzt konsultieren können.<sup>131</sup> Überdies ist eine ärztliche Notfallversorgung sicherzustellen.<sup>132</sup> Nebst ambulanter Gesundheitsversorgung müssen stationäre Behandlungen in einem Spital oder bei Bedarf in anderen spezialisierten Einrichtungen möglich sein.<sup>133</sup> In diesem Zusammenhang sei erneut auf die Bedeutung der Eintrittsuntersuchung verwiesen.<sup>134</sup>

Dem Gebot der Zugänglichkeit können drei Aspekte zugeordnet werden. Die Gesundheitsversorgung soll diskriminierungsfrei zugänglich, physisch erreichbar und wirtschaftlich tragbar sein.<sup>135</sup> Von besonderer Bedeutung für den vorliegenden Zusammenhang ist sowohl das Diskriminierungsverbot, das im Zusammenhang mit der Rechtsgleichheit betrachtet wird (vgl. Ziff. III.2.2), sowie das Gebot der wirtschaftlichen oder finanziellen Zugänglichkeit. Letzterer Aspekt steht im Zentrum der Frage, wer die Kosten der medizinischen Versorgung zu tragen hat (vgl. Ziff. IV). Die Gesundheitsversorgung ist nur dann ausreichend zugänglich, wenn sie für alle Menschen bezahlbar ist, sodass die finanzielle Belastung massvoll sein muss.<sup>136</sup>

#### 2.1.5. Kontinuität und Koordination

Da sowohl Beginn und Ende des Freiheitsentzugs als auch Verlegungen die Behandlungssituation verändern, ist auf die Kontinuität und Koordination der Gesundheitsversorgung ein besonderes Augenmerk zu legen.<sup>137</sup> So unterstreicht auch der Strassburger Gerichtshof, „that ensuring continuity of care between the community and prison, as well as within the prison system, is a fundamental component of successful treatment.“<sup>138</sup> Behandlungen, die noch vor dem Freiheits-

---

<sup>129</sup> Vgl. etwa EGMR, *Kavkazskiy v. Russia*, Nr. 19327/13, 28.11.2017, Ziff. 55, wo der Umstand der Entlassung sowie die nachfolgende Verbesserung des Gesundheitszustands massgeblich dazu beitrugen, dass durch die Verweigerung der angeordneten Behandlung die Schwelle von Art. 3 EMRK nicht erreicht wurde.

<sup>130</sup> Vgl. etwa EGMR, *Peñaranda Soto v. Malta*, Nr. 16680/14, 19.12.2017, Ziff. 90; zum Äquivalenzprinzip hinten Ziff. III.2.2.1.

<sup>131</sup> CPT, Gesundheitsfürsorge, Ziff. 34 f.; Ziff. 1 und 4 R (98) 7.

<sup>132</sup> Ziff. 41.2 EPR; Ziff. 3 f. R (98) 7; CPT, Gesundheitsfürsorge, Ziff. 35; Regel 27 Abs. 1 NMR.

<sup>133</sup> Vgl. etwa EGMR, *Mozer v. the Republic of Moldova and Russia (GK)*, Nr. 11138/10, 23.02.2016, Ziff. 179; *Enea v. Italy (GK)*, Nr. 74912/01, 17.09.2009, Ziff. 62; *Xiros c. Grèce*, Nr. 1033/07, 09.09.2010, Ziff. 89; *Aleksanyan v. Russia*, Nr. 46468/06, 22.12.2008, Ziff. 158; sowie weitere Hinweise in Fn. 158; Ziff. 40.5 und 46.1 EPR; CPT, Gesundheitsfürsorge, Ziff. 36; Regel 27 Abs. 1 NMR.

<sup>134</sup> Vgl. auch vorne Ziff. III.1.2.; insb. die Hinweise in Fn. 94.

<sup>135</sup> WSKA, General Comment No. 14 (2000), Fn. 45, Ziff. 12 lit b; SAN GIORGI, S. 54 ff.

<sup>136</sup> Vgl. SAN GIORGI, S. 57 f.

<sup>137</sup> Vgl. etwa Regel 24 Abs. 2 NMR; EGMR, *Dziecek v. Poland*, Nr. 77766/01, 09.12.2008, Ziff. 101; GRABENWARTER/PABEL, § 20 Rz. 68; OSCE/PRI, S. 145.

<sup>138</sup> EGMR, *Khayletdinov v. Russia*, Nr. 2763/13, 12.01.2016, Ziff. 73.

entzug verschrieben oder bereits begonnen worden sind, sind durch- bzw. weiterzuführen.<sup>139</sup> Ein abrupter Behandlungsunterbruch kann Art. 3 EMRK verletzen.<sup>140</sup> Ein klarer Fall fehlender Kontinuität lag beispielsweise der Sache Wenner gegen Deutschland zugrunde, als eine substituionsgestützte Suchttherapie infolge des Freiheitsentzugs ausgesetzt wurde, obschon die alternativen Behandlungsmethoden von vornherein nicht erfolgsversprechend waren. Die folglich verursachten zusätzlichen Leiden stellten eine Verletzung von Art. 3 EMRK dar.<sup>141</sup> Ebenso kann ein unzureichender Informationsfluss zwischen verschiedenen Akteuren der Gesundheitsversorgung zu Konventionsverletzungen führen.<sup>142</sup>

#### 2.1.6. Patientinnen- und Patientendossier

Die zuständigen Behörden sind verpflichtet, ein umfassendes Patientinnen- oder Patientendossier zu führen und in diesem Rahmen den Gesundheitszustand der inhaftierten Personen sowie die Untersuchungen und Behandlungen zu überwachen und zu dokumentieren.<sup>143</sup> Verschlechtert sich der medizinische Zustand einer betroffenen Person im Freiheitsentzug, begründet dies zumindest den Verdacht einer Verletzung von Art. 3 EMRK.<sup>144</sup> Diesem Verdacht können die Behörden durch den Nachweis einer angemessenen medizinischen Versorgung begegnen, weshalb die Dokumentation auch in deren Interesse liegt.<sup>145</sup> Ohnehin obliegt dem Staat die Beweislast hinsichtlich der Angemessenheit der Gesundheitsversorgung, wobei die betroffene Person zumindest die Umstände detailliert zu schildern hat.<sup>146</sup> Die entsprechenden Dossiers sollten jenen – unabhängigen – Stellen zugänglich sein, welchen die Überprüfung der Gesundheitsversorgung aufgetragen ist.<sup>147</sup> Das Führen einer Krankenakte ist sodann vor dem Hintergrund der Kontinuität relevant. Dies gilt etwa im Falle von Verlegungen, zumal das Fehlen wichtiger Informationen eine

<sup>139</sup> Vgl. etwa EGMR, *Blokhin v. Russia* (GK), Nr. 47152/06, 23.3.2016, Ziff. 144; ferner die Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom 21.09.1998, BBl 1999 II 1979, S. 2181, wonach die Weiterführung einer bestehenden Therapie bei Drogenabhängigen auch nach einer Verhaftung zu gewährleisten sei.

<sup>140</sup> EGMR, *Paladi v. Moldova* (K), Nr. 39806/05, 10.07.2007, Ziff. 84 f.; bestätigt in *Paladi v. Moldova* (GK), Nr. 39806/05, 10.03.2009, Ziff. 72.

<sup>141</sup> EGMR, *Wenner v. Germany*, Nr. 62303/13, 01.09.2016, Ziff. 64 f., 69 und 77.

<sup>142</sup> EGMR, *Tariyeva v. Russia*, Nr. 4353/03, 14.12.2006, Ziff. 80, 83 und 88.

<sup>143</sup> EGMR, *Blokhin v. Russia* (GK), Nr. 47152/06, 23.3.2016, Ziff. 137; *Sergey Antonov v. Ukraine*, Nr. 40512/13, 22.10.2015, Ziff. 73; *Khudobin v. Russia*, Nr. 59696/00, 26.10.2006, Ziff. 83; *Aleksanyan v. Russia*, Nr. 46468/06, 22.12.2008, Ziff. 147; *Keenan v. the United Kingdom*, Nr. 27229/95, 03.04.2001, Ziff. 114 und 116; Regel 26 NMR; CPT, Gesundheitsfürsorge, Ziff. 39; BIGLER/GONIN, CS-CEDH, Art. 3 N 142.

<sup>144</sup> Vgl. EGMR, *Selmouni v. France*, Nr. 25803/94, 28.07.1999, Ziff. 87.

<sup>145</sup> EGMR, *Goginashvili v. Georgia*, Nr. 47729/08, 04.10.2011, Ziff. 71 ff.; vgl. auch *Makharadze and Sikharulidze v. Georgia*, Nr. 35254/07, 22.11.2011, Ziff. 71, zu Art. 2 EMRK; vgl. dazu auch m. w. H. EGMR, *Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal* (GK), Nr. 56080/13, 19.12.2017, partly concurring, partly dissenting opinion of judge Pinto de Albuquerque, Ziff. 34.

<sup>146</sup> EGMR, *Zabelos and Others v. Greece*, Nr. 1167/15, 17.05.2018, Ziff. 76 f.; *Kiyashko v. Ukraine*, Nr. 37240/07, 23.03.2017, Ziff. 106 f.; vgl. auch *Blokhin v. Russia* (GK), Nr. 47152/06, 23.3.2016, Ziff. 139 f.; *Wenner v. Germany*, Nr. 62303/13, 01.09.2016, Ziff. 58; *Sergey Antonov v. Ukraine*, Nr. 40512/13, 22.10.2015, Ziff. 86 und 88, m. w. H.; *Jeladze v. Georgia*, Nr. 1871/08, 18.12.2012, Ziff. 45 f.; *Malenko v. Ukraine*, Nr. 18660/03, 19.02.2009, Ziff. 55 ff.; *Sarban v. Moldova*, Nr. 3456/05, 04.10.2005, Ziff. 81; *Holomiov v. Moldova*, Nr. 30649/05, 07.11.2006, Ziff. 116 f.; *Rupa c. Roumanie* (n° 1), Nr. 58478/00, 16.12.2008, Ziff. 97.

<sup>147</sup> In der Schweiz ist diese Aufgabe Teil des Auftrages der Kommission zur Verhütung von Folter (Art. 2 BG-NKVF). Gemäss Art. 8 BG-NKVF ist der Kommission Zugang zu den Informationen zu gewähren, die zur Beurteilung der Behandlung der Inhaftierten und der Bedingungen des Freiheitsentzugs erforderlich sind. Dabei dürfte der Zugang zu Patientinnen- und Patientendossiers unentbehrlich sein, um die im BG-NKVF umschriebenen Aufgaben wahrzunehmen, sodass die Voraussetzung der Einsichtnahme den datenschutzrechtlichen Vorgaben entspricht (Art. 17 Abs. 2 DSG).

angemessene Versorgung, beispielsweise nach einer Operation, erheblich erschwert.<sup>148</sup> Zudem bedarf auch eine koordinierte Behandlung in derselben Institution einer sorgfältigen Dossierführung.<sup>149</sup>

### 2.1.7. Qualität und Umfang

Ebenso wenig wie das Recht auf Gesundheit als Recht, gesund zu sein, verstanden werden kann, zielt die Behandlungspflicht auch im Umfeld des Freiheitsentzugs nicht auf ein bestimmtes Ergebnis, sondern verlangt ein Vorgehen *lege artis*.<sup>150</sup> Gewisse Vorgaben hinsichtlich Qualität und Umfang der Gesundheitsversorgung lassen sich bereits aus den vorstehend genannten Mindestvorgaben ableiten. Zusätzlich ergeben sich aus der Gerichtspraxis zur absolut geltenden Minimalgarantie von Art. 3 EMRK weitere Anhaltspunkte. Beispielsweise muss die medizinische Versorgung zweckmässig und der persönlichen Situation der betroffenen Person angemessen sein.<sup>151</sup> Sodann muss die Untersuchung von einer der Diagnose entsprechenden Behandlung gefolgt werden.<sup>152</sup> Der Behandlung muss eine umfassende Strategie zugrunde liegen, die auf die Genesung der betroffenen Person zielt oder zumindest eine weitere Verschlechterung des Zustands verhindert.<sup>153</sup> Eine bloss symptomatische Therapie ist ungenügend.<sup>154</sup> Die Behandlung und der medizinische Zustand der betroffenen Person sind regelmässig und systematisch zu überwachen, wobei dem spezifischen Einzelfall Rechnung zu tragen ist.<sup>155</sup> Die Behandlung hat nicht nur zeitnah, sondern auch sorgfältig zu erfolgen.<sup>156</sup> Sie muss daher den Regeln der ärztlichen Kunst und dem Stand der wissenschaftlichen Kenntnisse entsprechen.<sup>157</sup> Bei Bedarf ist die

---

<sup>148</sup> Vgl. etwa EGMR, *Tarariyeva v. Russia*, Nr. 4353/03, 14.12.2006, Ziff. 80, 83 und 88; Regel 24 Abs. 2 NMR.

<sup>149</sup> Vgl. etwa EGMR, *Keenan v. the United Kingdom*, Nr. 27229/95, 03.04.2001, Ziff. 114 und 116.

<sup>150</sup> EGMR, *Sergey Antonov v. Ukraine*, Nr. 40512/13, 22.10.2015, Ziff. 73; *Goginashvili v. Georgia*, Nr. 47729/08, 04.10.2011, Ziff. 71. Vgl. dazu auch hinten Ziff. III.2.2.1.C.

<sup>151</sup> EGMR, *Raffray Taddei v. France*, Nr. 36435/07, 21.12.2010, Ziff. 51: „La Cour exige, tout d'abord, l'existence d'un encadrement médical pertinent du malade et l'adéquation des soins médicaux prescrits à sa situation particulière.“

<sup>152</sup> Vgl. die Hinweise in Fn. 105.

<sup>153</sup> EGMR, *Blokhin v. Russia (GK)*, Nr. 47152/06, 23.3.2016, Ziff. 137; *Sakir c. Grèce*, Nr. 48475/09, 24.03.2016, Ziff. 52; *Sergey Antonov v. Ukraine*, Nr. 40512/13, 22.10.2015, Ziff. 73; *Kushnir v. Ukraine*, Nr. 42184/09, 11.12.2014, Ziff. 135; *Budanvo v. Russia*, Nr. 66583/11, 09.01.2014, Ziff. 66 und 72; *Hummatov v. Azerbaijan*, Nr. 9852/03 und 13413/04, 29.11.2007, Ziff. 114; BIGLER/GONIN, CS-CEDH, Art. 3 N 143 und 146.

<sup>154</sup> EGMR, *Blokhin v. Russia (GK)*, Nr. 47152/06, 23.3.2016, Ziff. 137; *Sergey Antonov v. Ukraine*, Nr. 40512/13, 22.10.2015, Ziff. 73; *Kushnir v. Ukraine*, Nr. 42184/09, 11.12.2014, Ziff. 135; *Budanvo v. Russia*, Nr. 66583/11, 09.01.2014, Ziff. 66 und 72; *Hummatov v. Azerbaijan*, Nr. 9852/03 und 13413/04, 29.11.2007, Ziff. 114; vgl. auch *Topekhin v. Russia*, Nr. 78774/13, 10.05.2016, Ziff. 75.

<sup>155</sup> EGMR, *Sergey Antonov v. Ukraine*, Nr. 40512/13, 22.10.2015, Ziff. 73; *Budanvo v. Russia*, Nr. 66583/11, 09.01.2014, Ziff. 66 und 70; *Yevgeniy Alekseyenko v. Russia*, Nr. 41833/04, 27.01.2011, Ziff. 100; *Makharadze and Sikharulidze v. Georgia*, Nr. 35254/07, 22.11.2011, Ziff. 81; *Hummatov v. Azerbaijan*, Nr. 9852/03 und 13413/04, 29.11.2007, Ziff. 109; *Popov v. Russia*, Nr. 26853/04, 13.07.2006, Ziff. 211 ff. und 218; vgl. auch *Raffray Taddei v. France*, Nr. 36435/07, 21.12.2010, Ziff. 59; *Poghossian c. Géorgie*, Nr. 9870/07, 24.02.2009, Ziff. 59; *Tarariyeva v. Russia*, Nr. 4353/03, 14.12.2006, Ziff. 80; CPT, Gesundheitsfürsorge, Ziff. 35.

<sup>156</sup> EGMR, *Sergey Antonov v. Ukraine*, Nr. 40512/13, 22.10.2015, Ziff. 73, wonach die Versorgung zeitnah und „accurately“ erfolgen müsse; *Xiros c. Grèce*, Nr. 1033/07, 09.09.2010, Ziff. 75; GRABENWARTER/PABEL, § 20 Rz. 68; vgl. auch die Hinweise in Fn. 119.

<sup>157</sup> Vgl. etwa EGMR, *Kushnir v. Ukraine*, Nr. 42184/09, 11.12.2014, Ziff. 139 und 146, wo der Gerichtshof die WHO-Richtlinien zum Umgang mit HIV sowie Tuberkulose als Vergleich heranzog; ebenso *Vasilyadi v. Russia*, Nr. 49106/09, 22.11.2016, Ziff. 56; ferner *Vinogradov v. Russia*, Nr. 27122/10, 07.03.2017, Ziff. 44: Zur Beurteilung der Hilfsbedürftigkeit der inhaftierten Person folgte der EGMR der Ansicht eines medizinisch spezialisierten sozialversicherungsrechtlichen Organs, dessen Einschätzung derjenigen des ärztlichen Personals der Einrichtung widersprach. Vgl. auch *Tarariyeva v. Russia*, Nr. 4353/03, 14.12.2006, Ziff. 81, wonach die Qualität des chirurgischen Eingriffs gemäss der Einschätzung von Fachexperten nicht angemessen war.

Untersuchung und Behandlung durch Spezialistinnen und Spezialisten sowie in spezialisierten Einrichtungen zu gewährleisten.<sup>158</sup> Auch eine zahnmedizinische Versorgung muss bestehen.<sup>159</sup> Die Versorgung mit Medikamenten muss ebenso in einem Mindestumfang erfolgen.<sup>160</sup> Gleiches gilt für die psychiatrische Versorgung<sup>161</sup> sowie die präventive Gesundheitsfürsorge<sup>162</sup>. Eine angemessene medizinische Versorgung kann mit Blick auf die Rechtsprechung des EGMR etwa auch Zahnprothesen<sup>163</sup>, orthopädische Schuhe<sup>164</sup>, Brillen<sup>165</sup> sowie die Verwendung moderner Diagnoseverfahren wie beispielsweise die Magnetresonanztomographie (MRI)<sup>166</sup> umfassen. Weiter sind Massnahmen zur Bekämpfung ansteckender Krankheiten vorzunehmen.<sup>167</sup>

Hervorzuheben ist schliesslich, dass eine Verletzung von Art. 3 EMRK nicht erst dann vorliegt, wenn eine Notfallbehandlung verweigert wird oder eine inhaftierte Person infolge mangelhafter Gesundheitsversorgung schwere oder fortgesetzte Schmerzen erleidet. Während solche Fälle vom Gerichtshof als unmenschliche Behandlung qualifiziert werden, werden andere Konstellationen mit weniger schweren Folgen als erniedrigende Behandlungen eingestuft.<sup>168</sup> Inhaftierte sind folglich nicht bloss am Leben zu erhalten, sondern haben Anspruch auf eine die Menschenwürde achtende Gesundheitsversorgung, die unnötige, nicht zwingend mit dem Freiheitsentzug verbundene Leiden vermeidet.

## 2.2. Relative Bestimmung: Rechtsgleichheitsgebot und Äquivalenzprinzip

Angesichts der Tatsache, dass eine abstrakte Umschreibung des Umfangs der notwendigen oder angemessenen Gesundheitsversorgung wie aufgezeigt anspruchsvoll ist, wird sowohl völkerrechtlich als auch verfassungsrechtlich relationalen Leitplanken eine besondere Bedeutung zugemessen. Die Rechtsgleichheit rückt zweierlei Aspekte in den Fokus: Einerseits sind die inhaf-

<sup>158</sup> EGMR, *Botnari v. The Republic of Moldova*, Nr. 74441/14, 05.06.2018, Ziff. 38 ff.; *Yankovskiy v. Russia*, Nr. 24051/11, 25.07.2017, Ziff. 63 ff.; *Wenner v. Germany*, Nr. 62303/13, 01.09.2016, Ziff. 56 f.; *Xiros c. Grèce*, Nr. 1033/07, 09.09.2010, Ziff. 89; *Kushnir v. Ukraine*, Nr. 42184/09, 11.12.2014, Ziff. 145; *Budanvo v. Russia*, Nr. 66583/11, 09.01.2014, Ziff. 69 und 73; *Tarariyeva v. Russia*, Nr. 4353/03, 14.12.2006, Ziff. 80; *Makharadze and Sikharulidze v. Georgia*, Nr. 35254/07, 22.11.2011, Ziff. 90 f.; *Paladi v. Moldova (K)*, Nr. 39806/05, 10.07.2007, Ziff. 76 ff., bestätigt in *Paladi v. Moldova (GK)*, Nr. 39806/05, 10.03.2009, Ziff. 71 f.; *Sarban v. Moldova*, Nr. 3456/05, 04.10.2005, Ziff. 90; so auch BGE 102 Ia 302 E. 2c; vgl. auch Ziff. 40.5 und 46.1 EPR; Regel 27 Abs. 1 NMR.

<sup>159</sup> Ziff. 41.5 EPR; Ziff. 6 R (98) 7.

<sup>160</sup> WSKA, General Comment No. 14 (2000), Fn. 45, Ziff. 43 lit. d verweist diesbezüglich auf die WHO (vgl. WHO, *Model List of Essential Medicines*, 20. Auflage, 2017); vgl. auch SANDER/LINES, S. 174 f.; ferner EGMR, *Pitalev v. Russia*, Nr. 34393/03, 30.07.2009, Ziff. 57.

<sup>161</sup> Ziff. 47 EPR; CPT, Gesundheitsfürsorge, Ziff. 41 ff.; vgl. etwa EGMR, *Blokhin v. Russia (GK)*, Nr. 47152/06, 23.3.2016, Ziff. 148, betreffend ADHS.

<sup>162</sup> CPT, Gesundheitsfürsorge, Ziff. 52 ff.; SANDER/LINES, S. 176 f.; vgl. auch die Hinweise in Fn. 167.

<sup>163</sup> EGMR, *V.D. c. Roumanie*, Nr. 7078/02, 16.02.2010, Ziff. 97 f.; vgl. auch *Vladimir Vasilyev v. Russia*, Nr. 28370/05, 10.01.2012, Ziff. 65 f., wo aus Beweisgründen keine Verletzung von Art. 3 EMRK erkannt wurde.

<sup>164</sup> EGMR, *Vladimir Vasilyev v. Russia*, Nr. 28370/05, 10.01.2012, Ziff. 67 ff.

<sup>165</sup> EGMR, *Slyusarev v. Russia*, Nr. 60333/00, 20.04.2010, Ziff. 43 f.; *T.K. v. Lithuania*, Nr. 14000/12, 12.06.2018, Ziff. 82 ff. Der Freiheitsentzug ohne Brille muss allerdings länger als bloss wenige Tage dauern, damit die Schwelle von Art. 3 EMRK erreicht ist.

<sup>166</sup> EGMR, *Budanvo v. Russia*, Nr. 66583/11, 09.01.2014, Ziff. 69 und 71.

<sup>167</sup> WSKA, General Comment No. 14 (2000), Fn. 45, Ziff. 44 lit. d; eingehend KÜNZLI/ACHERMANN, *Infektionskrankheiten*, S. 17 ff.; vgl. auch EGMR, *Wenner v. Germany*, Nr. 62303/13, 01.09.2016, Ziff. 74; *Cătălin Eugen Micu v. Romania*, Nr. 55104/13, 05.01.2016, Ziff. 56.

<sup>168</sup> Vgl. etwa EGMR, *Sarban v. Moldova*, Nr. 3456/05, 04.10.2005, Ziff. 86 f.; sowie die weiteren Hinweise in Fn. 122.

tierten Personen in Bezug zur allgemeinen Bevölkerung zu setzen. In diesem Zusammenhang hat sich der Begriff des Äquivalenzprinzips etabliert (Ziff. 2.2.1). Andererseits muss angesichts des Gutachtensauftrags Differenzierungen innerhalb der Gruppe der inhaftierten Personen ein besonderes Augenmerk gelten (Ziff. 2.2.2).

### 2.2.1. Äquivalenzprinzip

Der Grundsatz, wonach Menschen im Freiheitsentzug eine äquivalente, also gleichwertige Gesundheitsversorgung zu gewähren ist, ist auch in der Schweiz weitestgehend unbestritten.<sup>169</sup> Er lässt sich sowohl aus dem Rechtsgleichheitsgebot als auch dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit herleiten und findet seinen Ausdruck in völkerrechtlichen Instrumenten ebenso wie im Schweizer Verfassungsrecht. Die Herleitung sowie die mannigfaltige Verankerung werden zunächst dargelegt, bevor die inhaltliche Bedeutung des Äquivalenzprinzips und dessen Anwendung genauer betrachtet werden.

#### A. Herleitung

Das Äquivalenzprinzip ergibt sich zunächst aus der Rechtsgleichheit. Der Gleichheitsschutz besteht einerseits in der Form eines allgemeinen Gebots der Rechtsgleichheit, wie es etwa Art. 26 UN-Pakt II sowie Art. 8 Abs. 1 BV verankern.<sup>170</sup> Dieses ist unter anderem dann verletzt, wenn ohne sachlich vertretbare Gründe vergleichbare Sachverhalte ungleich oder unterschiedliche Sachverhalte gleich behandelt werden: Gleiches ist daher nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln.<sup>171</sup> Andererseits und zugleich als Anwendungsfall des Gleichheitssatzes ist das Diskriminierungsverbot sowohl in Art. 8 Abs. 2 BV verankert als auch völkerrechtlich weit verbreitet. Während der Grundsatz der Rechtsgleichheit offen lässt, nach welchen Kriterien zwei Sachverhalte verglichen werden, untersagt das Diskriminierungsverbot Ungleichbehandlungen aufgrund spezifischer Kriterien. Für die Gesundheitsversorgung ergibt sich aus der Rechtsgleichheit, dass Menschen im Freiheitsentzug grundsätzlich dieselbe Betreuung zu gewähren ist wie der allgemeinen Bevölkerung.

Nebst der Rechtsgleichheit lässt sich das Äquivalenzprinzip aus dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit herleiten. Grund- und Menschenrechte inhaftierter Personen dürfen nur soweit beschränkt werden, als es der Freiheitsentzug zwangsläufig mit sich bringt oder das Leben in der Hafteinrichtung erfordert.<sup>172</sup> Die medizinische Betreuung muss daher grundsätzlich innerhalb und ausserhalb des Freiheitsentzugs gleichwertig sein.<sup>173</sup>

#### B. Verankerung

Das Prinzip der Rechtsgleichheit erscheint im Völkerrecht vorwiegend in der Gestalt des Diskriminierungsverbots. Art. 2 Abs. 2 UN-Pakt I hält fest, dass die wirtschaftlichen, sozialen und kultu-

---

<sup>169</sup> Vgl. etwa BAECHTOLD ET AL., S. 115; BRÄGGER, Gefängnismedizin, S. 193 und 195; TAG, S. 8 f.; ELGER, Ethische Grundlagen, S. 40 ff. und 49; DIESELBE, Public Health, S. 192 ff.; MONA, insb. S. 37; KRAEMER, S. 58; KÜNZLI/ACHERMANN, Sprachbarrieren, S. 20, m. w. H.; Interpellation Mazzone, 18.3129, 12.03.2018, Stellungnahme des Bundesrats vom 16.05.2018.

<sup>170</sup> KÄLIN/KÜNZLI, Rz. 991; ALTWICKER, S. 49 ff.

<sup>171</sup> Vgl. etwa BGE 117 Ia 257 E. 3b.

<sup>172</sup> Vgl. die einleitenden Ausführungen vorne unter Ziff. III.

<sup>173</sup> KÜNZLI/ACHERMANN, Infektionskrankheiten, S. 24 f.; DIESELBEN, Sprachbarrieren, S. 18 f.

rellen Rechte „ohne Diskriminierung hinsichtlich der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, der Geburt oder des sonstigen Status“ zu gewährleisten sind.<sup>174</sup> Diese Vorgabe ergibt sich auch direkt aus Art. 12 UN-Pakt I, wonach die Vertragsstaaten „das Recht eines jeden“ auf Gesundheit anerkennen. Der diskriminierungsfreie Zugang zur Gesundheitsversorgung zählt denn auch zu den unmittelbar verpflichtenden Mindeststandards des Rechts auf Gesundheit.<sup>175</sup> Dabei ist dem rechtsgleichen Zugang für verletzte und marginalisierte Menschen, wozu auch solche im Freiheitsentzug zählen, besondere Beachtung zu schenken.<sup>176</sup>

Die kürzlich revidierten Mindestgrundsätze der Vereinten Nationen für die Behandlung der Gefangenen (Nelson-Mandela-Regeln) halten in Regel 24 Abs. 1 explizit fest, dass „Gefangene [...] den gleichen Standard der Gesundheitsversorgung erhalten [sollen], der in der Gesellschaft verfügbar ist, und [...] kostenfrei und ohne Diskriminierung aufgrund ihrer Rechtsstellung Zugang zu den notwendigen Gesundheitsdiensten haben [sollen].“ Zudem unterstellt Regel 32 NMR das Behandlungsverhältnis unter die „gleichen ethischen und berufsständischen Normen, die für Patienten in der Gesellschaft gelten.“ Bereits die 1982 von der UN-Generalversammlung verabschiedeten Grundsätze ärztlicher Ethik schreiben sodann dem medizinischen Personal vor, inhaftierten Personen „im Krankheitsfall eine Behandlung von der gleichen Qualität und nach den gleichen Massstäben zukommen zu lassen wie Personen, die sich nicht in Haft oder Gewahrsam befinden.“<sup>177</sup> Ferner äussern sich die Grundprinzipien für die Behandlung von Gefangenen aus dem Jahr 1990 zur Frage der Äquivalenz und verlangen, dass „Prisoners shall have access to the health services available in the country without discrimination on the grounds of their legal situation.“<sup>178</sup> Auf universeller Ebene ist der Anspruch auf gleichwertige Gesundheitsversorgung noch in weiteren soft law-Bestimmungen enthalten, so etwa in den Bangkok-Regeln über die Behandlung weiblicher Inhaftierter<sup>179</sup> und in den Grundsätzen für den Schutz von psychisch Kranken<sup>180</sup>.

Dass die Gesundheitsversorgung inhaftierter Personen derjenigen in der Gesellschaft entsprechen muss, ist sodann auf regionaler Ebene mehrfach verankert. Die BiomedizinK zielt in Art. 3 auf „gleichen Zugang zu einer Gesundheitsversorgung von angemessener Qualität.“ Nach den Europäischen Strafvollzugsgrundsätzen (EPR) ist inhaftierten Personen „unabhängig von ihrem rechtlichen Status Zugang zur Gesundheitsfürsorge des betreffenden Staates zu gewähren“ (Ziff. 40.3), zur Diagnose und Behandlung müssen „alle erforderlichen ärztlichen, chirurgischen und psychiatrischen Einrichtungen auch ausserhalb der Anstalt zur Verfügung gestellt werden“ (Ziff. 40.5) und die zuständige Ärztin oder der zuständige Arzt hat nach erkrankten Inhaftierten „nach den ausserhalb des Vollzuges geltenden Standards und Zeitabständen zu sehen“ (Ziff. 43.1). Noch deutlicher zum Ausdruck kommt das Äquivalenzprinzip in der Empfehlung R (98) 7 des Ministerkomitees des Europarats. So soll nach Ziff. 10 der Gesundheitsdienst, bei

<sup>174</sup> Vgl. auch Art. 2 Abs. 1 UN-Pakt II, zumal im vorliegenden Zusammenhang bürgerliche und politische Rechte ebenso relevant sind (vgl. vorne Ziff. III.1.1).

<sup>175</sup> WSKA, General Comment No. 14 (2000), Fn. 45, Ziff. 43 (a): „[The obligation t]o ensure the right of access to health facilities, goods and services on a non-discriminatory basis, especially for vulnerable or marginalized groups.“, ferner Ziff. 8, 12, 18 f., 34 und 52; vgl. dazu auch TASIULAS, S. 7; sowie die Verweise auf weitere Diskriminierungsverbote vorne Ziff. III.1.1.

<sup>176</sup> Vgl. voranstehende Fn. 175; SAN GIORGI, S. 54 f.

<sup>177</sup> Grundsatz 1 PME.

<sup>178</sup> Prinzip 9 BPT.

<sup>179</sup> Regel 10 United Nations Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-custodial Measures for Women Offenders (the Bangkok Rules), UN-Generalversammlung, 21.12.2010, A/RES/65/229, Annex.

<sup>180</sup> Grundsatz 20 Abs. 2 Principles for the Protection of Persons with Mental Illness and for the Improvement of Mental Health Care, UN-Generalversammlung, 17.12.1991, A/RES/46/119, Annex.

Bedarf unter Beizug von externen Fachärztinnen und -ärzten, „in der Lage sein, unter Bedingungen, die denen ausserhalb der Anstalt vergleichbar sind, eine allgemeinärztliche, psychiatrische und zahnärztliche Behandlung zu gewährleisten.“ Einrichtungen und Geräte sollen gemäss Ziff. 11 „qualitativ mit den ausserhalb der Anstalt vorhandenen vergleichbar, wenn nicht sogar identisch“ sein. „Jede Abweichung vom Grundsatz der freien Einwilligung soll [...] sich“ gemäss Ziff. 16 „nach denselben Grundsätzen richten, die für die Bevölkerung insgesamt gelten“ und die Ärztinnen und Ärzte sollen nach Ziff. 19 den inhaftierten Personen „dasselbe Mass an gesundheitlicher Versorgung angedeihen lassen, wie es Patienten ausserhalb der Anstalt erhalten.“ Auch nach Ziff. 4 der Empfehlung R (93) 6<sup>181</sup> sollten inhaftierte Personen „generell Zugang zu Gesundheitsdiensten haben, die denen des gesamten Gemeinwesens gleichstehen.“ Hinsichtlich psychisch erkrankter Inhaftierter statuiert die Empfehlung Rec(2004)10<sup>182</sup> in Art. 35 Ziff. 1: „[T]he principle of equivalence of care with that outside penal institutions should be respected with regard to their health care.“ Weiter sollen gemäss Abschnitt III Ziff. 2 der Empfehlung Rec(2001)12 Menschen im Freiheitsentzug „benefit from health services of equally good quality as outside prison.“ Das Europäische Komitee zur Verhütung der Folter (CPT) betont ebenfalls regelmässig das Äquivalenzprinzip.<sup>183</sup>

Demgegenüber scheinen die Strassburger Richterinnen und Richter eine gewisse Zurückhaltung zu üben. Zwar verweist der EGMR auf das Äquivalenzprinzip, schliesst sich diesem aber nicht vorbehaltlos an.<sup>184</sup> Nach ständiger Rechtsprechung verlangt der EGMR eine angemessene medizinische Behandlung, worunter ein Versorgungsniveau „comparable to that which the State authorities have committed themselves to provide to the population as a whole“ zu verstehen sei.<sup>185</sup> Aus der Minimalgarantie von Art. 3 EMRK lasse sich aber nicht schliessen, „that every detainee must be guaranteed the same level of medical treatment that is available in the best health establishments outside prison facilities.“<sup>186</sup> Fraglich ist, wie dieser Vorbehalt, wonach ein Vergleich mit den besten medizinischen Einrichtungen abgelehnt wird, zu verstehen ist. Die Rechtsprechung des EGMR scheint in diesem Punkt von Unschärfen geprägt. Beispielsweise hielt er in einem Urteil bezüglich Russland fest, dass die beschränkten Ressourcen in Gesund-

---

<sup>181</sup> Council of Europe, Recommendations No. R (93) 6 of the Committee of Ministers to member States concerning prison and criminological aspects of the control of transmissible diseases including aids and related health problems in prison, 18.10.1993; vgl. auch Ziff. 8 dieser Empfehlung.

<sup>182</sup> Council of Europe, Recommendation No. Rec(2004)10 of the Committee of Ministers to member States concerning the protection of the human rights and dignity of persons with mental disorder and its Explanatory Memorandum, 22.09.2004.

<sup>183</sup> Vgl. insb. CPT, Gesundheitsfürsorge, Ziff. 31 und 38 ff.; ferner CPT, Women in prison, S. 4; CPT, Ukraine, Ziff. 83.

<sup>184</sup> Vgl. etwa EGMR, Khatayev v. Russia, Nr. 56994/09, 11.10.2011, Ziff. 85; Yevgeniy Alekseyenko v. Russia, Nr. 41833/04, 27.01.2011, Ziff. 100; Pakhomov v. Russia, Nr. 44917/08, 30.09.2010, Ziff. 62; Aleksanyan v. Russia, Nr. 46468/06, 22.12.2008, Ziff. 139.

<sup>185</sup> EGMR, Blokhin v. Russia (GK), Nr. 47152/06, 23.3.2016, Ziff. 137; Yanez Pinion and Others v. Malta, Nr. 71645/13 et al., 19.12.2017, Ziff. 117; Peñaranda Soto v. Malta, Nr. 16680/14, 19.12.2017, Ziff. 90; Wenner v. Germany, Nr. 62303/13, 01.09.2016, Ziff. 55, 59 und 80; Topekhin v. Russia, Nr. 78774/13, 10.05.2016, Ziff. 69; Sakir c. Grèce, Nr. 48475/09, 24.03.2016, Ziff. 52; Cara-Damiani c. Italie, Nr. 2447/05, 07.02.2012, Ziff. 66; V.D. c. Roumanie, Nr. 7078/02, 16.10.2010, Ziff. 92 f. Bereits 2001 hielt der EGMR mit Bezug zu Art. 2 EMRK fest, „that an issue may arise under Article 2 of the Convention where it is shown that the authorities of a Contracting State put an individual's life at risk through the denial of health care which they have undertaken to make available to the population generally“ (Cyprus v. Turkey [GK], Nr. 25781/94, 10.05.2001, Ziff. 219).

<sup>186</sup> Vgl. vorangehende Fn. 185; ferner EGMR, Mirilashvili v. Russia (dec.), Nr. 6293/04, 10.07.2007; Grishin v. Russia, Nr. 30983/02, 15.11.2007, Ziff. 76.

heitseinrichtungen des Strafvollzugs grundsätzlich hinzunehmen seien.<sup>187</sup> Ungenügend war demgegenüber gemäss EGMR, dass Georgien eine inhaftierte Person nicht in eines von zwei zivilen Krankenhäusern verlegte, die in der Lage gewesen wären, die erforderliche Behandlung durchzuführen.<sup>188</sup> Im selben Urteil liess der Gerichtshof den Umstand, dass ein landesweiter Versorgungsengpass der zeitnahen Bereitstellung der verschriebenen Medikamente entgegenstand, nicht als Rechtfertigung für die ungenügende Versorgung gelten.<sup>189</sup> Zudem betont der EGMR regelmässig, dass der Zugang zu externen Fachärztinnen und -ärzten sowie zu spezialisierten Gesundheitseinrichtungen gewährleistet sein muss<sup>190</sup> und im Urteil Wenner gegen Deutschland wurde die Feststellung der Verletzung von Art. 3 EMRK massgeblich mit dem Vergleich mit der Gesundheitsversorgung ausserhalb des Freiheitsentzugs begründet<sup>191</sup>. Die Grosse Kammer des Gerichtshofs fasste die Praxis wie folgt zusammen: „On the whole, the Court reserves sufficient flexibility in defining the required standard of health care, deciding it on a case-by-case basis. That standard should be ‚compatible with the human dignity‘ of a detainee, but should also take into account ‚the practical demands of imprisonment‘.“<sup>192</sup> Wenngleich der EGMR folglich eher bereit sein dürfte, vor dem Hintergrund des Prüfungsmassstabs des Art. 3 EMRK Einschränkungen der Äquivalenz hinzunehmen, dürfte im Ergebnis nach seiner Rechtsprechung der Grundsatz der Äquivalenz inhaltlich als etabliert betrachtet werden.<sup>193</sup> Ferner ist zu berücksichtigen, dass die Relativierung, wonach die Gefängnismedizin nicht mit den besten Einrichtungen zu vergleichen sei, primär auf Staaten gemünzt ist, deren Gesundheitssystem etwa im Vergleich zwischen Zentren und Peripherie oder zwischen staatlichen und privaten Institutionen erhebliche Qualitätsunterschiede aufweist. Trifft dieser Befund, wie etwa bei der Schweiz, nicht zu, verliert die Relativierung als solche erheblich an Gewicht.

Die Äquivalenz der Gesundheitsversorgung ergibt sich nicht nur aus Art. 3 EMRK, sondern auch aus dem in Art. 14 EMRK verankerten Diskriminierungsverbot. In der Sache Shelley gegen das Vereinigte Königreich hielt der Gerichtshof fest, „that being a convicted prisoner may be regarded as placing the individual in a distinct legal situation, which even though it may be imposed involuntarily and generally for a temporary period, is inextricably bound up with the individual’s personal circumstances and existence, as may be said, variously, of those born out of wedlock or married. Prisoners’ complaints do not therefore fall outside the scope of Article 14 on this ground.“<sup>194</sup> Betreffend die Gesundheitsversorgung seien inhaftierte Personen – auch mit Blick auf die Europäischen Strafvollzugsgrundsätze, das Europäische Komitee zur Verhütung der Folter sowie das einschlägige Landesrecht – in einer mit der allgemeinen Bevölkerung vergleichbaren

---

<sup>187</sup> EGMR, Grishin v. Russia, Nr. 30983/02, 15.11.2007, Ziff. 76: „While the Court is prepared to accept that in principle the resources of medical facilities within the penitentiary system are limited compared to those of civil clinics, nothing in the present case indicates that this disparity was so great as to have adversely affected the applicant’s state of health or to have caused him suffering.“

<sup>188</sup> EGMR, Makharadze and Sikharulidze v. Georgia, Nr. 35254/07, 22.11.2011, Ziff. 84 und 91.

<sup>189</sup> EGMR, Makharadze and Sikharulidze v. Georgia, Nr. 35254/07, 22.11.2011, Ziff. 80 und 90; vgl. auch Pitalev v. Russia, Nr. 34393/03, 30.07.2009, Ziff. 57.

<sup>190</sup> Vgl. die Hinweise in Fn. 133 und 158.

<sup>191</sup> EGMR, Wenner v. Germany, Nr. 62303/13, 01.09.2016, Ziff. 80; vgl. zur Bedeutung des Äquivalenzprinzips für die Substitutionstherapie auch KÜNZLI/ACHERMANN, Infektionskrankheiten, S. 28 f.

<sup>192</sup> EGMR, Blokhin v. Russia (GK), Nr. 47152/06, 23.3.2016, Ziff. 138; im Anschluss an EGMR, Aleksanyan v. Russia, Nr. 46468/06, 22.12.2008, Ziff. 140; vgl. auch Golubar v. Croatia, Nr. 21951/15, 02.05.2017, Ziff. 41.

<sup>193</sup> Deutlich zum Ausdruck kommt dies im Urteil Wenner v. Germany, Nr. 62303/13, 01.09.2016, Ziff. 66, wo von einer eigenen Definition des Äquivalenzprinzips die Rede ist.

<sup>194</sup> EGMR, Shelley v. the United Kingdom, Nr. 23800/06, 04.01.2008, mit Bezug auf Art. 8 EMRK.

Situation, sodass Differenzierungen qualifiziert zu rechtfertigen sind.<sup>195</sup> Das konventionsrechtliche Diskriminierungsverbot verlangt dabei die Gleichbehandlung auch hinsichtlich jener Leistungen, die über die menschenrechtlichen absoluten Mindeststandards hinausgehen.<sup>196</sup>

Rechtsgleichheit und Diskriminierungsverbot zählen überdies zu zentralen Grundsätzen des Landesrechts. Nebst Art. 8 BV verdient Art. 75 Abs. 1 StGB auch an dieser Stelle eine Erwähnung, wonach der Strafvollzug „den allgemeinen Lebensverhältnissen soweit als möglich zu entsprechen“ hat. Mit diesem sogenannten Normalisierungsgrundsatz wird das Äquivalenzprinzip zumindest implizit auf Gesetzesstufe anerkannt.<sup>197</sup> Weiter verlangen gewisse kantonale Verfassungsnormen explizit einen rechtsgleichen Zugang zur medizinischen Versorgung.<sup>198</sup> Schliesslich heben die Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften bezüglich des Freiheitsentzugs das Gleichwertigkeitsprinzip in Ziff. 5 hervor: „Die inhaftierte Person hat Anrecht auf eine Behandlung, die medizinisch jener der Allgemeinbevölkerung gleichwertig ist.“<sup>199</sup>

### C. Inhalt

Das Äquivalenzprinzip verlangt wie dargestellt, dass inhaftierte Menschen dieselbe medizinische Versorgung erhalten wie der Grossteil der Bevölkerung ausserhalb des Freiheitsentzugs. Entsprechend ist der Versorgungsstandard zu eruieren, zu dessen Gewährleistung sich ein Staat für die Allgemeinbevölkerung verpflichtet hat. Für die Schweiz bietet sich der Rückgriff auf den Leistungskatalog der sozialen Krankenversicherung an. Diese ist obligatorischer Natur und wird erforderlichenfalls von der öffentlichen Hand mitfinanziert. Zweck des Obligatoriums ist es, die gesamte Wohnbevölkerung zu erfassen.<sup>200</sup> In Nachachtung des Äquivalenzprinzips ist daher Personen im Freiheitsentzug grundsätzlich ein Anspruch auf diesen Standard der Gesundheitsversorgung einzuräumen.

Der Grundsatz der Gleichwertigkeit erstreckt sich auf präventive, diagnostische, therapeutische und pflegerische Massnahmen und Einrichtungen.<sup>201</sup> Dabei richtet sich auch die medizinische Berufsethik nach den Regeln der extramuralen Medizin.<sup>202</sup> Die einzelne inhaftierte Person ist stets unter Anwendung der allgemeingültigen berufsethischen und fachlichen Standards zu betreuen. Im Rahmen einer sorgfältigen Versorgung ist – im Sinne des Rechts auf Gesundheit – der höchstmögliche Gesundheitszustand anzustreben. Der Staat ist verpflichtet, die Voraussetzungen für eine äquivalente Gesundheitsversorgung zu schaffen. Dies impliziert Arbeitsbedingungen des medizinischen Personals, welche diesem erlauben, seinen berufsethischen Verpflichtungen nachzukommen. Entsprechend ist dessen Unabhängigkeit sicherzustellen, wofür unter anderem

---

<sup>195</sup> EGMR, *Shelley v. the United Kingdom*, Nr. 23800/06, 04.01.2008: „[T]he Court is prepared to assume that prisoners can claim to be on the same footing as the community as regards the provision of health care.“

<sup>196</sup> GRABENWARTER/PABEL, § 26 Rz. 6.

<sup>197</sup> KÜNZLI/ACHERMANN, *Infektionskrankheiten*, S. 25, mit Verweis auf vergleichbare kantonale Bestimmungen.

<sup>198</sup> Vgl. § 26 Abs. 2 KV/BS; Art. 65 Abs. 2 lit. b KV/VD.

<sup>199</sup> Vgl. auch SAMW-RL, S. 16, sowie allgemein zu diesen Richtlinien Fn. 111.

<sup>200</sup> BGE 129 V 77 E. 5.2.

<sup>201</sup> Ziff. 10 f. R (98) 7; KÜNZLI/ACHERMANN, *Infektionskrankheiten*, S. 25; DIESELBEN, *Sprachbarrieren*, S. 19; BRÄGGER, *Gefängnismedizin*, S. 195; SAMW-RL, S. 16.

<sup>202</sup> Ziff. 16 R (98) 7 betreffend den Grundsatz der freien Einwilligung; BRÄGGER, *Gefängnismedizin*, S. 193.

die Entschädigung der Leistungserbringenden zu garantieren und auf versteckte Anreize zu verzichten ist.<sup>203</sup>

Die Rechtsgleichheit, die unter anderem dem Äquivalenzprinzip zugrunde liegt, verlangt Differenzierungen, wenn ungleiche Umstände vorliegen. Dies ist in Institutionen des Freiheitsentzugs nicht selten der Fall: Sowohl die betroffenen Personen als auch das Milieu stellen besondere Anforderungen an die Gesundheitsversorgung.<sup>204</sup> Nur wenn diesen hinreichend Rechnung getragen wird, kann von einer sorgfältigen medizinischen Versorgung gesprochen werden. Angesichts anderer Gesundheitsprobleme im Freiheitsentzug kann die nach medizinischen Kriterien im Einzelfall erfolgende Versorgung von einer durchschnittlichen Behandlung ausserhalb des Freiheitsentzugs abweichen.<sup>205</sup> Folglich können unter Umständen auch weitergehende – oder andere – Leistungen erforderlich sein, als jene, die allgemein der Bevölkerung zur Verfügung stehen.<sup>206</sup> Nicht nur aus dem Äquivalenzprinzip kann der Anspruch auf eine derart differenzierte Gesundheitsversorgung abgeleitet werden, sondern sie ergibt sich auch aus der staatlichen Fürsorgepflicht, mit der ein überdurchschnittlich ausgeprägter menschenrechtlicher Schutz einhergeht.<sup>207</sup> Teilweise wird vor diesem Hintergrund eine Interpretation des Äquivalenzprinzips vorgeschlagen, wonach dieses keine Gleichwertigkeit der Standards oder der Versorgungsprozesse, sondern der Resultate, mithin eine Ergebnisgleichheit, verlange.<sup>208</sup> Letztlich wird damit dieselbe Forderung aufgestellt, die sich aus dem zuvor Ausgeführten ergibt: Den besonderen Umständen ist Rechnung zu tragen, wobei ein Vergleich des Gesundheitszustands mit der Allgemeinbevölkerung sicherstellen kann, Lücken in der Gesundheitsversorgung inhaftierter Personen zu identifizieren, auf welche mit differenzierten Massnahmen zu reagieren ist.<sup>209</sup>

Schliesslich stellt sich die Frage, ob unter gewissen Umständen das Leistungsniveau, in dessen Genuss die Allgemeinbevölkerung kommt, unterschritten werden kann. Mit anderen Worten ist zu diskutieren, ob und unter welchen Voraussetzungen insbesondere bei inhaftierten Personen, welche nicht dem KVG-Obligatorium unterstehen, Ausnahmen vom Grundsatz der Gleichwertigkeit der Versorgung mit derjenigen der Allgemeinbevölkerung zulässig sind. Entsprechende Ausführungen erfolgen im Zusammenhang mit der allgemeinen Darstellung der Zulässigkeit von Leistungsbeschränkungen gegenüber dieser spezifischen Kategorie von Gefangenen (vgl. Ziff. III.3).

### 2.2.2. Rechtsgleichheit intra muros

Das vorliegende Gutachten zielt auf die Klärung der Rechtslage einer spezifischen Gruppe von inhaftierten Personen. Daher drängt sich ein Vergleich dieser Gruppe mit den übrigen Inhaftierten

<sup>203</sup> Unangebrachte Anreize können etwa dann bestehen, wenn Leistungserbringende wirtschaftlich von der Anstalt oder den Vollzugsbehörden abhängig sind und folglich der Versuchung ausgesetzt sein könnten, im Interesse der Kostenreduktion eine gleichwertige Behandlungen nicht anzuordnen. Vgl. dazu auch vorne Ziff. III.2.1.2.

<sup>204</sup> Vgl. etwa m. w. H. JOTTERAND/WANGMO, S. 4 f., 8 und 10; CHARLES/DRAPER, S. 216; ECDC/EMCDDA, S. 25.

<sup>205</sup> SCALIA, Rz. 324.

<sup>206</sup> Beispielsweise zur Prävention ansteckender Krankheiten. „[G]iven their specific health-care needs,“ so das CPT (Ukraine, Ziff. 83), „prisoners should enjoy at least the same standards of health care as those available in the community.“ Vgl. auch LINES, S. 270 und 277, der wegen des – mangels steriler Spritzen – erhöhten Infektionsrisikos einen privilegierten Zugang zu Substitutionsprogrammen fordert.

<sup>207</sup> Vgl. zur Fürsorgepflicht vorne Ziff. III.1.3; ferner LINES, S. 274 f.

<sup>208</sup> LINES, insb. S. 277; CHARLES/DRAPER, S. 216 ff.; ECDC/EMCDDA, S. 7 und 25 f.; WHO/Public Health England/EMCDDA, S. 3 (Conclusion 2).

<sup>209</sup> Vgl. CHARLES/DRAPER, S. 218, die einen solchen Vergleich nahelegen. Vgl. zum Ganzen auch vorne Ziff. III.2.1.7.

auf. Rechtsgleichheit und Diskriminierungsverbot gelangen auch innerhalb des Freiheitsentzugs zur Anwendung. Da das schweizerische Krankenversicherungsrecht gemäss Art. 3 KVG grundsätzlich an den schweizerischen Wohnsitz anknüpft, sind von dessen Anwendungsbereich vorwiegend ausländische Staatsangehörige und Menschen ohne Aufenthaltsrecht ausgenommen. Damit ist mittelbar ein verpöntes Merkmal, nämlich jenes der nationalen Herkunft, für unterschiedliche Behandlungen ausschlaggebend, womit indirekte Diskriminierungen vorliegen können und dies bereits ohne Berücksichtigung des ausserhalb des Freiheitsentzugs bestehenden Versorgungsstandards.<sup>210</sup> Auf eben diese Problemstellung nimmt die Empfehlung CM/Rec(2012)12 mit Ziff. 31.1 Bezug: „Ausländischen Gefangenen ist Zugang zur gleichen Gesundheitsfürsorge und Behandlung wie den anderen Gefangenen zu gewähren.“ Damit wird unterstrichen, dass auch Personen, die oft nicht vom staatlichen Krankenversicherungssystem erfasst werden, dieselbe Versorgung zu gewährleisten ist.<sup>211</sup> Auch weitere völkerrechtliche Normen nehmen ausdrücklich Bezug auf die Rechtsstellung der inhaftierten Personen und untersagen etwa auf der Staatsangehörigkeit oder dem (fehlenden) Aufenthaltsstatus beruhende Ungleichbehandlungen hinsichtlich der Gesundheitsversorgung. So statuieren die Nelson-Mandela-Regeln, dass inhaftierte Personen „ohne Diskriminierung aufgrund ihrer Rechtsstellung Zugang zu den notwendigen Gesundheitsdiensten haben [sollen].“<sup>212</sup> Dass der rechtliche Status nicht ausschlaggebend sein darf, hält Ziff. 40.3 EPR ebenso fest. Mit Blick auf das Verfassungsrecht dürfte eine Ungleichbehandlung aufgrund der Nationalität oder des ausländerrechtlichen Aufenthaltsstatus nicht nur mit Art. 8 BV kollidieren, sondern auch der Zielbestimmung von Art. 41 lit. b BV zuwiderlaufen.<sup>213</sup>

### 2.3. Zwischenfazit

Regelmässig überschneiden sich die abstrakt bestimmten Mindeststandards sowie das Äquivalenzprinzip, doch ist letzteres umfassender und geht daher punktuell weiter.

Nicht nur aus rechtsdogmatischer Sicht erweist sich der Beizug der Rechtsgleichheit als sinnvoll. Auch im praktischen Alltag des Justizvollzugs dürfte das Streben nach einer äquivalenten Versorgung hilfreich sein. Auch wenn eine solche inhaltlich teilweise schwierig zu erreichen ist und aus sachlich gerechtfertigten Gründen unter Umständen gar nicht erst erreicht werden muss, erlaubt das Äquivalenzprinzip ein Abstützen auf das Fachwissen des involvierten medizinischen Personals, dessen Stellung als unabhängige Vertrauenspersonen so überdies gestärkt wird.

Die Anwendung des Äquivalenzprinzips schafft schliesslich Rechtssicherheit in der Praxis, da damit ein detaillierter, schweizweit geltender Leistungskatalog statt bloss eine abstrakte Definition den Massstab der geforderten Gesundheitsversorgung bestimmt. Zudem handelt es sich um ei-

---

<sup>210</sup> Vgl. zur Figur der indirekten Diskriminierung KÄLIN/KÜNZLI, Rz. 1017 ff.

<sup>211</sup> Vgl. CoE, CM/Rec(2012)12-Commentary, Rule 31: „Rule 31.1 highlights the need to ensure the implementation of the principle of equivalence of care. This principle relates not only to the provision of health care within prison which is of the same standard as is available in the general community, but also to ensuring that all prisoners can access this health care. In reality, however, foreign prisoners may not be covered by the national health care insurance system of the state in which they are detained. Prison authorities must therefore ensure that foreign prisoners have access to the necessary general medical and dental treatment and care, as well as to more specialised medical services that may be required.“ Vgl. auch Abschnitt I Ziff. 2 Rec(2001)12.

<sup>212</sup> Regel 24 Abs. 1 NMR; vgl. auch Prinzip 9 BPT: „Prisoners shall have access to the health services available in the country without discrimination on the grounds of their legal situation.“

<sup>213</sup> GÄCHTER/WERDER, BSK-BV, Art. 41 N 32.

nen Standard, der allen Medizinalpersonen von ihrer Ausbildung und ihrer Tätigkeit extra muros vertraut ist und Richtschnur ihres Handelns darstellt.

### 3. Leistungsbeschränkungen gegenüber nicht dem KVG unterstehenden inhaftierten Personen

Dass gegenüber inhaftierten Personen, die dem KVG-Obligatorium unterstehen, der Standard der Gesundheitsversorgung gemäss dem KVG-Leistungskatalog nicht unterschritten werden darf, bedarf nach vorgehenden Erläuterungen auch unter menschen- und grundrechtlichen Erwägungen keiner weiteren Begründung mehr. Diese Sichtweise scheint auch in der Praxis unbestritten.

Hingegen scheint es, möglicherweise auch bedingt durch die unklare kantonale Rechtslage,<sup>214</sup> in zahlreichen Kantonen einer Praxisrealität zu entsprechen, dass inhaftierte Personen ohne Wohnsitz in der Schweiz und damit ohne Versicherungsschutz nicht oder zumindest nur mit Verzögerung von diesem Gesundheitsstandard profitieren können. Daher beschränken sich die folgenden Ausführungen einzig auf diese Gruppe von Personen im Freiheitsentzug.

#### 3.1. Zulässige Beschränkungen der menschenrechtlich geforderten Gesundheitsversorgung

Der menschenrechtlich geforderte Standard der Medizinalversorgung von Personen im Freiheitsentzug lässt sich – wie die vorangehenden Ausführungen aufzeigten – mehrheitlich aus Art. 3 EMRK respektive aus der einschlägigen Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ableiten. Gemäss völlig unbestrittener Praxis und Lehre stellt das Verbot der Folter und der unmenschlichen und erniedrigenden Behandlung oder Strafe eine sogenannte absolute Garantie dar.<sup>215</sup> Sie darf daher nicht eingeschränkt werden und dies auch nicht unter Berufung auf fehlende finanzielle oder personelle Ressourcen.<sup>216</sup> Ebenso darf von ihren Verpflichtungen nicht gegenüber bestimmten Kategorien inhaftierter Personen, d. h. infolge ihres Delikts, ihrer Gefährlichkeit, ihres ausländerrechtlichen Status etc. abgewichen werden.<sup>217</sup> Damit ergibt sich ohne Weiteres, dass der fehlende Wohnsitz respektive eine fehlende Aufenthaltserlaubnis im Haftstaat keine zulässigen Kriterien für eine Herabstufung der Gesundheitsdienstleistungen darstellen können. Da von Art. 3 EMRK eine Gesundheitsversorgung gefordert wird, die derjenigen der Allgemeinpopulation entspricht, bleibt daher nur ein marginaler Spielraum für eine Abschwächung dieses Standards gegenüber Inhaftierten ohne Wohnsitz in der Schweiz. In den Worten des EGMR, der den Konventionsstaaten eine gewisse Flexibilität zugesteht und eine einzelfallweise Betrachtung vornimmt, soll die Gesundheitsversorgung „the practical demands of imprisonment“ mitberücksichtigen.<sup>218</sup> So kann etwa die freie Wahl einer Ärztin oder eines Arztes sowie übriger Medizinalpersonen oder die Auswahl zwischen Originalpräparat und Generikum, die freie Ter-

<sup>214</sup> Siehe dazu vorne Ziff. II.

<sup>215</sup> EGMR, *Muršić v. Croatia* (GK), Nr. 7334/13, 20.10.2016, Ziff. 96; *Saadi v. Italy* (GK), Nr. 37201/06, 28.02.2008, Ziff. 127 und 138; *Chahal v. the United Kingdom* (GK), Nr. 22414/93, 15.11.1996, Ziff. 79; *Ireland v. the United Kingdom*, Nr. 5310/71, 18.01.1978, Ziff. 163; KÄLIN/KÜNZLI, Rz. 957.

<sup>216</sup> Vgl. hierzu hinten Ziff. IV.1; insb. Fn. 237.

<sup>217</sup> Vgl. etwa EGMR, *Iorgov v. Bulgaria*, Nr. 40653/98, 11.03.2004, Ziff. 85, betreffend unhöfliches Benehmen und Verstösse gegen die Anstaltsordnung.

<sup>218</sup> Vgl. statt vieler EGMR, *Kushnir v. Ukraine*, Nr. 42184/09, 11.12.2014, Ziff. 135; *Aleksanyan v. Russia*, Nr. 46468/06, 22.12.2008, Ziff. 140; vgl. auch *Wenner v. Germany*, Nr. 62303/13, 01.09.2016, Ziff. 55; *Cara-Damiani c. Italie*, Nr. 2447/05, 07.02.2012, Ziff. 66.

minwahl und Ähnliches ohne Verletzung dieser Vorgaben untersagt werden.<sup>219</sup> Weiter erlauben Gründe der öffentlichen Sicherheit strikt verhältnismässige Abweichungen von diesem Standard.<sup>220</sup> Solche Abweichungen sind dabei etwa hinsichtlich der Modalitäten der Leistungserbringung, nicht aber bezüglich des materiellen Leistungsumfangs denkbar.<sup>221</sup>

Nur auf den ersten Blick anders erscheint die Rechtslage bezüglich der an sich gemäss Art. 36 BV einschränkbarer Bestimmung von Art. 10 BV, welche hauptsächlich Grundlage der bundesgerichtlichen Praxis zur hier einschlägigen Thematik ist. Das in ihrem Absatz 3 verankerte Verbot der Folter und der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung stellt aber der Kerngehalt der persönlichen Freiheit dar und entzieht sich daher ebenso wie Art. 3 EMRK jeglicher Schmälerung seines Geltungsbereichs.<sup>222</sup> Gleiches gilt für die Gewährleistungspflichten gemäss Art. 12 BV, da hier Schutzgehalt und Kerngehalt zusammenfallen.<sup>223</sup> Schliesslich besteht selbst unter dem Gesichtspunkt des Rechts auf Gesundheit im Sinne des UN-Pakts I kaum Raum für Einschränkungen. Werden Kernverpflichtungen, wozu auch das Diskriminierungsverbot gezählt wird,<sup>224</sup> nicht eingehalten, liegt automatisch eine Paktverletzung vor.<sup>225</sup> Andere Ansprüche aus Art. 12 UN-Pakt I können zwar unterschritten werden, doch müssen hohe Anforderungen erfüllt werden, um diesen Missstand zu rechtfertigen.<sup>226</sup> Diesen Anforderungen dürfte die Schweiz angesichts ausreichender Ressourcen nicht entsprechen.

### 3.2. Das Äquivalenzprinzip als Begründung der Beschränkungen der Gesundheitsversorgung

Vor dem Hintergrund des eben Genannten erübrigt sich eigentlich die Klärung der folgenden Fragestellung. Da in der Praxis aber offensichtlich argumentiert wird, dass auch ausserhalb des Freiheitsentzugs Personen ohne geregelten Aufenthaltsstatus in der Schweiz bei fehlenden finanziellen Ressourcen nur eingeschränkt Zugang zu Gesundheitsdienstleistungen haben, weshalb dies gestützt auf das Äquivalenzprinzip auch für Inhaftierte ohne Aufenthaltsrecht gelten müsse, soll an dieser Stelle kurz auf diese Argumentationslinie eingetreten werden.

Dabei gilt es zunächst zu beachten, dass das Äquivalenzprinzip auf die Gesundheitsversorgung der Allgemeinbevölkerung Bezug nimmt und nicht auf die hypothetischen Lebensumstände der betroffenen Einzelperson ausserhalb des Freiheitsentzugs. Nach der Strassburger Rechtsprechung ist denn auch jenes Leistungsniveau massgebend, das sich der Staat selbst für die Allgemeinheit auferlegt hat. Für Differenzierungen nach den persönlichen Umständen scheint hier kein Raum zu bestehen, zumal die Rechtsgleichheit respektive das Diskriminierungsverbot gerade auch intra muros zur Anwendung gelangt. Derartige Unterscheidungen widersprechen auch der

---

<sup>219</sup> EGMR, *Mathew v. the Netherlands*, Nr. 24919/03, 29.09.2005, Ziff. 186: „However, Article 3 cannot be interpreted as requiring a prisoner's every wish and preference regarding medical treatment to be accommodated. In this as in other matters, the practical demands of legitimate detention may impose restrictions a prisoner will have to accept.“

<sup>220</sup> Vgl. hierzu instruktiv EGMR, *Aleksanyan v. Russia*, Nr. 46468/06, 22.12.2008, Ziff. 157; ferner EGMR, *Wenner v. Germany*, Nr. 62303/13, 01.09.2016, Ziff. 74.

<sup>221</sup> Vgl. GÄCHTER, S. 485, bezüglich Art. 12 BV.

<sup>222</sup> KIENER ET AL., § 12 Rz. 59 und § 13 Rz. 4.

<sup>223</sup> BGE 142 I 1 E. 7.2.4; 131 I 166 E. 3.1; 130 I 71 E. 4.1; vgl. auch COULLERY, *Grundrechtsanspruch*, S. 635; MÜLLER J. P./SCHEFER, S. 776.

<sup>224</sup> WSKA, *General Comment No. 14 (2000)*, Fn. 45, Ziff. 43 lit. a.

<sup>225</sup> WSKA, *General Comment No. 14 (2000)*, Fn. 45, Ziff. 47. Diese Ansicht ist indes nicht unumstritten und wird unter anderem mit Verweis auf den noch weniger weitgehenden *General Comment No. 3 (1990)*, Fn. 99, Ziff. 10, in der Lehre teilweise kritisiert; so z. B. TOBIN, S. 239 und 252; vgl. ferner FORMAN ET AL., S. 537 ff.

<sup>226</sup> WSKA, *General Comment No. 14 (2000)*, Fn. 45, Ziff. 47.

staatlichen Fürsorgepflicht, die an den konkreten Versorgungsbedarf und nicht an die – innerhalb oder ausserhalb des Freiheitsentzugs – verfügbaren finanziellen Mittel anknüpft und der fehlenden Selbstversorgungsmöglichkeit in Haft Rechnung trägt.<sup>227</sup> Personen ausserhalb des Haftkontextes steht die – migrationsrechtlich unter Umständen vorgesehene – Rückkehr in den Heimatstaat und damit allenfalls dessen Sozialversicherungssystem offen. Zudem haben diese Personen anders als Menschen im Freiheitsentzug die Möglichkeit, etwa mittels Arbeitsentgelt oder Zuwendungen für ihre Gesundheitskosten aufzukommen. Daher ist festzuhalten, dass eine Angleichung gleichsam „gegen unten“ bei Personen ohne Krankenversicherungsschutz dem Äquivalenzprinzip zuwiderläuft und deshalb unzulässig ist. Hinzu kommt, dass eine solche Praxis Gefahr liefe, gegen absolute Mindestversorgungsstandards zu verstossen. Zu beachten ist schliesslich, dass der zivilrechtliche Wohnsitz und damit die Versicherungspflicht gemäss KVG unabhängig des migrationsrechtlichen Status bestehen, weshalb ein extra muros fehlender Versicherungsschutz der gesetzlichen Ordnung widersprechen kann. Ein rechtswidriger Zustand kann indes nicht als Referenz dienen.

---

<sup>227</sup> Vgl. zur besonderen Fürsorgepflicht vorne Ziff. III.1.3.

#### IV. VÖLKER- UND VERFASSUNGSRECHTLICHE VORGABEN ZUR KOSTENTRAGUNG

Gemäss Gutachtensauftrag sind nebst Leistungsumfang und dessen Beschränkung die Zuständigkeiten bezüglich der Kostentragung zu beurteilen. Hierfür bedarf es zunächst allgemeiner Ausführungen zur Natur der menschen- und grundrechtlichen Pflichten (Ziff. 1), bevor deren Vorgaben zur Kostenverteilung zu diskutieren sind (Ziff. 2).

##### 1. Unbedingtheit menschenrechtlicher Vorgaben

Menschen- und grundrechtliche Pflichten sind voraussetzungslos zu gewähren; sie sind ihrer Natur nach unbedingt. Dennoch können Eingriffe in menschenrechtliche Schutzgehalte sowie Einschränkungen menschenrechtlicher Leistungsansprüche unter gewissen Voraussetzungen zulässig sein. Ob und wann dies im vorliegenden Zusammenhang der Fall ist, wurde bereits betrachtet (vgl. Ziff. III.3). An dieser Stelle sei erneut zu erwähnen, dass die finanzielle Leistungsfähigkeit der betroffenen Person unter Umständen staatliche Leistungspflichten einzuschränken vermag. Dies indes nur unter der Voraussetzung, dass die betroffene Person tatsächlich in der Lage ist, die entsprechende Leistung selbst oder durch die Unterstützung Dritter zu finanzieren.<sup>228</sup> Staatliche Leistungen dürfen mithin dem Subsidiaritätsprinzip unterstellt werden, wie dies namentlich im Bereich der Sozialhilfe und im Anwendungsbereich von Art. 12 BV der Fall ist.<sup>229</sup> Entsprechend dem strafvollzugsrechtlichen Normalisierungsprinzip<sup>230</sup>, scheint es nicht von vornherein unzulässig, dem Subsidiaritätsprinzip auch im Freiheitsentzug zu folgen. Freilich ist in diesem Kontext dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Möglichkeiten zur Wahrnehmung der Selbstverantwortung im staatlichen Gewahrsam zwangsläufig stark reduziert sind. Aus der Gewahrsamssituation fliesst denn auch die besondere Fürsorgepflicht, die ihrerseits nicht davon abhängt, ob sich eine Person an den Kosten beteiligen kann, die dadurch entstehen, dass der Staat seiner Fürsorgepflicht nachkommt.<sup>231</sup> So hielt denn auch das Bundesgericht fest, die „Massnahmen der ärztlichen Betreuung [seien] anzuordnen, unabhängig davon, ob die Gefangenen für die daraus entstehenden Kosten aufkommen können, und ohne Rücksicht darauf, ob ein Gefangener ärztlicher Behandlung wegen seines eigenen gesundheitsschädigenden Verhaltens bedarf.“<sup>232</sup> Ist die inhaftierte Person nicht in der Lage ihre medizinische Versorgung selbst oder mit Hilfe anderer zu beschaffen, darf demnach der Umstand der fehlenden finanziellen Mittel keine Beschränkung der Leistungen in qualitativer oder zeitlicher Hinsicht nach sich ziehen. Andernfalls wäre nicht zuletzt das Gebot der finanziellen Zugänglichkeit des Rechts auf Gesundheit verletzt.<sup>233</sup> Ebenso wäre das Äquivalenzprinzip seines Inhalts beraubt, wenn die Gleichwertigkeit von der Zahlungsfähigkeit abhinge. Stattdessen erfordert tatsächliche Äquivalenz, dass sich auch die Kostenübernahme durch den Staat an den Regelungen ausserhalb des Freiheitsentzugs orientiert. Überdies sind Einschränkungen der Mindeststandards, wie bereits ausgeführt, ohnehin

---

<sup>228</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang etwa EGMR, *Yanez Pinion and Others v. Malta*, Nr. 71645/13 et al., 19.12.2017, Ziff. 117.

<sup>229</sup> Vgl. etwa HÄFELI, S. 73 ff.; GÄCHTER/WERDER, BSK-BV, Art. 12 N 19; BGE 138 V 310 E. 2.1.

<sup>230</sup> Art. 75 StGB; vgl. dazu BAECHTOLD ET AL., S. 30 f.

<sup>231</sup> Vgl. zur Fürsorgepflicht vorne Ziff. III.1.3.

<sup>232</sup> BGE 102 Ia 302 E. 2c.

<sup>233</sup> Vgl. dazu bereits vorne Ziff. III.2.1.4.

nicht statthaft, was offensichtlich bei fehlenden finanziellen Mitteln der Betroffenen ebenso gelten muss.<sup>234</sup> Vergleichbares trifft im Übrigen auf die staatlichen Ressourcen zu. Deren Knappheit rechtfertigt keine Einschränkung der menschen- und grundrechtlichen Pflichten, soweit Mindeststandards oder Leistungsansprüche betroffen sind, deren Grundlage im Äquivalenzprinzip liegt.<sup>235</sup> Ziff. 4 EPR hält dazu klar fest, dass „Mittelknappheit keine Rechtfertigung sein [kann] für Vollzugsbedingungen, die gegen die Menschenrechte von Gefangenen verstossen.“<sup>236</sup> Zu Art. 3 EMRK betont denn auch der Gerichtshof, dass fehlende finanzielle oder personelle Ressourcen keine konventionswidrigen Haftbedingungen zu rechtfertigen vermögen.<sup>237</sup>

## 2. Vorgaben zur Kostentragung

Meist äussern sich menschenrechtliche Normen sowie andere verfassungsrechtliche Vorschriften nicht zur Frage der Verteilung der Gesundheitskosten. Hingegen äussern sich einige Bestimmungen mit empfehlendem und konkretisierendem Charakter klar zu dieser Fragestellung. Weitere Schlussfolgerungen zur Frage der Kostentragung lassen sich indirekt aus der Verpflichtung ableiten, einen gewissen Standard in der Gefängnismedizin zu beachten.

Aus menschen- und verfassungsrechtlicher Sicht kann die Frage der Kostentragung indes nicht umfassend beantwortet werden. Im Kern sind es insbesondere zwei Bereiche, die zumindest partiell geklärt werden können: (1) die Frage des zulässigen Einflusses der Kostentragung auf den Standard der Gesundheitsdienstleistungen und (2) die Frage der Kostentragung durch die inhaftierten Personen selbst.

### 2.1. Explizite Vorgaben

Beachtlich ist zunächst Regel 24 NMR, der nebst dem Äquivalenzprinzip und dem Diskriminierungsverbot den kostenfreien Zugang zu den notwendigen Gesundheitsdiensten vorsieht. Eine systematische Auslegung dieser Bestimmung deutet darauf hin, dass „notwendig“ im Sinne des Äquivalenzprinzip zu verstehen ist<sup>238</sup> und daher nach dieser Bestimmung in der Schweiz Leistungen gemäss dem KVG-Katalog gratis zur Verfügung zu stellen sind. Ebenso hält bereits der Grundsatzkatalog für den Schutz aller irgendeiner Form von Haft oder Strafgefängenschaft unterworfenen Personen fest, die Gesundheitsversorgung „shall be provided free of charge.“<sup>239</sup> Die Kostenlosigkeit wird ferner – indes nur teilweise – vom WSK-Ausschuss bezüglich Art. 12 UN-Pakt I verlangt.<sup>240</sup>

<sup>234</sup> Vgl. zum Ganzen WSKA, General Comment No. 14 (2000), Fn. 45, Ziff. 19; zu Leistungsbeschränkungen auch vorne Ziff. III.3.

<sup>235</sup> Vgl. zu Leistungsbeschränkungen allgemein vorne Ziff. III.3; WSKA, General Comment No. 14 (2000), Fn. 45, Ziff. 47.

<sup>236</sup> Vgl. auch CPT, 11th General Report, Ziff. 31; MRA, Communication No. 763/1997, Yekaterina Pavlovna Lantsova v. The Russian Federation, 26.03.2002, CCPR/C/74/D/763/1997, Ziff. 9.2; CoE, EPR-Commentary, Rule 40, S. 64; Abschnitt I Ziff. 8 Rec(2001)12: „The health systems have to be based on equity guaranteeing access to care according to need and financing of care regardless of the ability to pay.“

<sup>237</sup> EGMR, Makharadze and Sikharulidze v. Georgia, Nr. 35254/07, 22.11.2011, Ziff. 90; Dybeku v. Albania, Nr. 41153/06, 18.12.2007, Ziff. 50; Poltoratskiy v. Ukraine, Nr. 38812/97, 29.04.2003, Ziff. 148.

<sup>238</sup> Vgl. auch OSCE/PRI, S. 144 f., wo die Kostenfreiheit unter dem Aspekt der Äquivalenz abgehandelt wird.

<sup>239</sup> Principle 24 Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment, UN-Generalversammlung, 09.12.1988, A/RES/43/173, Annex; vgl. auch UNODC/WHO, S. 6.

<sup>240</sup> Vgl. TOBIN, S. 169 f. In WSKA, General Comment No. 14 (2000), Fn. 45, Ziff. 12 lit. b und Ziff. 19, wird die finanzielle Tragbarkeit betont, jedoch nicht die Kostenlosigkeit postuliert.

Während sich die Europäischen Strafvollzugsgrundsätze nicht direkt zur Kostenfrage äussern, wird in ihrer Kommentierung der Anspruch auf kostenlose Gesundheitsversorgung angenommen.<sup>241</sup> Gleiches postuliert das Europäische Komitee zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe: Inhaftierte Personen „should have access to necessary health-care services (examinations, treatments and medication) free of charge.“<sup>242</sup> In der Rechtsprechung zu Art. 3 EMRK kommt der Kostenverteilung hingegen selten eine tragende Rolle zu. Relevant ist in erster Linie ob die Gesundheitsversorgung angemessen ist. Erhält beispielsweise die inhaftierte Person die erforderlichen Medikamente, stellt der Umstand, dass diese von den Verwandten und nicht vom Staat zur Verfügung gestellt werden, noch keine Verletzung von Art. 3 EMRK dar.<sup>243</sup> Damit dürfte der EGMR lediglich dort die Kostenlosigkeit verlangen, wo ansonsten die Gesundheitsversorgung unzureichend ist.<sup>244</sup> Dies ist unter anderem dann der Fall, wenn Anliegen der öffentlichen Gesundheit<sup>245</sup> oder der Folterprävention auf dem Spiel stehen<sup>246</sup>. Im Ergebnis entspricht dies dem bereits erwähnten, auch in Art. 12 BV verankerten Subsidiaritätsprinzip. Diesem ist eine pauschale und vollständige Kostenfreiheit fremd, wobei mit Blick auf den vorliegenden Kontext nicht auszuschliessen ist, dass die staatliche Fürsorgepflicht die Geltung der Subsidiarität einschränkt. Sodann dürfte das Äquivalenzprinzip, das zwar grundsätzlich den Standard und nicht die Kostentragung beschlägt, eine massvolle, d. h. der Höhe des Pekuliums sowie einem allfällig vorhandenen Vermögen Rechnung tragende Kostenbeteiligung allenfalls rechtfertigen.<sup>247</sup> Diese wäre aber – mit Blick auf Zweck und Höhe des Pekuliums – tief anzusetzen.<sup>248</sup> Eine solche Kostenbeteiligung kann indirekt im Sinne eines Beitrages an eine Versicherungsprämie oder direkt im Sinne eines Beitrags an tatsächlich angefallene Gesundheitskosten erfolgen.<sup>249</sup>

Im Zusammenhang mit der Kostentragung ist sodann das abgaberechtliche Legalitätsprinzip zu beachten. Falls Kosten auf inhaftierte Personen überwältzt werden, muss dies von Verfassungen wegen in einem Gesetz im formellen Sinn vorgesehen sein. Dabei kann die Kompetenz zur Festlegung der Kostenbeteiligung unter gewissen Voraussetzungen an eine nachgeordnete Behörde

---

<sup>241</sup> CoE, EPR-Commentary, Rule 40, S. 64: „[P]risoners are entitled to the best possible health care arrangements and without charge.“

<sup>242</sup> CPT, Ukraine, Ziff. 83 und 87; ferner CPT, Bulgarien, Ziff. 56 und 92.

<sup>243</sup> EGMR, Aleksanyan v. Russia, Nr. 46468/06, 22.12.2008, Ziff. 149: „The applicant did not allege that procuring those medicines imposed an excessive financial burden on him or on his relatives [...]. In such circumstances the Court is prepared to accept that the absence of the anti-retroviral drugs in the prison pharmacy was not, as such, contrary to Article 3 of the Convention.“

<sup>244</sup> Vgl. etwa EGMR, V.D. c. Roumanie, Nr. 7078/02, 16.10.2010, Ziff. 95 ff.

<sup>245</sup> Vgl. EGMR, Cătălin Eugen Micu v. Romania, Nr. 55104/13, 05.01.2016, Ziff. 56, wonach kostenlose HIV-/Aids-Tests wünschenswert seien, weil die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten ein bedeutendes Anliegen der öffentlichen Gesundheit sei. In Übereinstimmung mit dieser Vorgabe schreibt das Bundesrecht vor, dass allen inhaftierten Personen nach dem Eintritt bei Bedarf eine Untersuchung hinsichtlich Infektionskrankheiten anzubieten ist (Art. 30 Abs. 2 lit. a EpV; vgl. zur subsidiären kantonalen Kostentragung Art. 71 lit. a EpG).

<sup>246</sup> Regelmässige Untersuchungen durch unabhängiges ärztliches Personal ermöglicht Folter und andere menschenrechtswidrige Behandlungen zu erkennen (vgl. dazu Regel 34 NMR; Ziff. 42.3 lit. c EPR).

<sup>247</sup> Vgl. den entsprechenden Art. 64 KVG.

<sup>248</sup> Vgl. zum Pekulium etwa BGE 125 IV 231 E. 3c; sowie Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich, KV.2013.00090, 23.03.2015, E. 4.4 ff. Zumindest ein Teil des Pekuliums dient dazu, eine Rücklage für die Zeit nach der Haftentlassung zu bilden (Art. 83 Abs. 2 StGB). Vgl. zur Höhe und Verwendung des Pekuliums ferner BAECHTOLD ET AL., S. 169 ff.

<sup>249</sup> Dabei ist die erste Variante zu bevorzugen, weil letztere die Kostenbeteiligung von der konkreten Inanspruchnahme abhängig macht und dergestalt Anreize setzen kann, keine oder erst verspätet Unterstützung zu beanspruchen (vgl. dazu sogleich Ziff. IV.2.2).

delegiert werden.<sup>250</sup> Das Vorliegen eines besonderen Rechtsverhältnisses ändert an dieser Vorgabe nichts.<sup>251</sup>

## 2.2. Implizite Vorgaben

Die Mehrheit der vorliegend zu beachtenden Normen äussert sich allerdings nicht ausdrücklich dazu, wie die Kosten der menschen- und verfassungsrechtlich vorgeschriebenen Gesundheitsversorgung zu verteilen sind. Dies hängt auch mit der Natur menschenrechtlicher Verpflichtungen zusammen, die ungeachtet der finanziellen Leistungsfähigkeit der betroffenen Personen greifen. Bei sorgfältiger Betrachtung finden sich indes implizite Hinweise zur Kostentragung.

Namentlich darf die Art und Weise, wie die Kosten verteilt und die entsprechenden Prozesse organisiert sind, keine versteckten Einschränkungen der Gesundheitsversorgung bewirken. Dies ist etwa dann zu befürchten, wenn eine Kostenbeteiligung oder eine Pauschale vorgesehen ist, die im Einzelfall prohibitiv wirkt, sodass die betroffenen Personen zögern, sich untersuchen oder behandeln zu lassen. Ohnehin dürfen die von der inhaftierten Person getragenen Kosten keine übermässige finanzielle Last darstellen.<sup>252</sup> Sobald die Kostenfrage für die inhaftierten Personen eine Hürde darstellt, um medizinische Unterstützung in Anspruch zu nehmen, entstehen potenzielle gesundheitliche Risiken für die betroffene Person und damit droht die staatliche Fürsorgepflicht sowie die finanzielle Zugänglichkeit als Teilaspekt des Rechts auf Gesundheit verletzt zu werden.<sup>253</sup> Zusätzlich geraten die weiteren, mit der Gesundheitsversorgung verfolgten Ziele wie etwa der Schutz der öffentlichen Gesundheit unter Druck. Da auch relativ niedrige Kostenbeteiligungen geeignet sind, im Einzelfall prohibitiv zu wirken, ist angesichts des soeben Ausgeführten ein Modell anzustreben, das eine pauschale Beteiligung pro Kopf ungeachtet der konkreten Inanspruchnahme medizinischer Leistungen vorsieht.<sup>254</sup>

Menschenrechtlich verpönte Leistungsbeschränkungen – namentlich in zeitlicher Hinsicht – können sich sodann ergeben, wenn medizinische Behandlungen erst nach erfolgter Kostengutsprache vorgenommen werden. Die Kostengutsprache darf daher keine Behandlungsvoraussetzung darstellen – auch nicht bei einer durch eine ausserkantonale Behörde eingewiesenen Person. Entsprechend müsste auf abstrakter Ebene die Kostentragung derart geregelt sein, dass Behandlungen ohne Verzögerung gemäss medizinischer Indikation durchgeführt werden können und zugleich allfällige private Leistungserbringende nicht riskieren, letztlich selbst die Kosten tragen zu müssen. Die Gesundheitsversorgung inhaftierter Personen stellt als Teilaspekt des Straf- und Massnahmenvollzugs eine staatliche Aufgabe dar und ist vom Staat zu finanzieren, ungeachtet einer allfälligen Auslagerung. Daher ist stets eine staatliche Stelle als subsidiäre Kostenträgerin vorzusehen.<sup>255</sup> Hierfür eignet sich die Institution des Freiheitsentzugs gerade nicht,

<sup>250</sup> Vgl. zum Ganzen TSCHANNEN ET AL., § 59 Rz. 1 ff. sowie zum Begriff der öffentlichen Abgabe § 57 Rz. 1. Eine solche Grundlage scheint beispielsweise in der Justizvollzugsgesetzgebung des Kantons Zürich zu fehlen (vgl. Art. 111 JVV/ZH und Art. 14 lit. c OS-K).

<sup>251</sup> MÜLLER M., S. 38 f.

<sup>252</sup> Vgl. in diesem Sinne EGMR, Aleksanyan v. Russia, Nr. 46468/06, 22.12.2008, Ziff. 149.

<sup>253</sup> Vgl. CoE, Parliamentary Assembly, Resolution 1946 (2013), Ziff. 3 und 6.1; zur finanziellen Zugänglichkeit vorne Ziff. III.2.1.4.

<sup>254</sup> Einem entsprechenden Modell stehen namentlich die einschlägigen Konkordatsbestimmungen nicht entgegen (vgl. Art. 19 Abs. 1 lit. d und e NIS-K, Art. 24 Abs. 4 und 5 LS-K sowie Art. 14 lit. c OS-K).

<sup>255</sup> Dass private Leistungserbringende für planbare Behandlungen eine Kostengutsprache einfordern, wie dies ausserhalb des Freiheitsentzugs geschieht, erscheint auch hinsichtlich inhaftierter Personen zulässig. Vgl. zur Entschädigung der Leistungserbringenden mit Bezug zu Unabhängigkeit und Äquivalenz vorne Ziff. III.2.2.1.C.

denn trüge sie subsidiär die Kosten, bestünde ein Anreiz, Untersuchungen nur zurückhaltend durchzuführen, weil allenfalls daraus folgende Behandlungen das Budget belasten würden.

Allgemein sollte die Finanzierungsregelung ohne aufwändige Behördenkoordination auskommen, um gesundheitliche Risiken und Rechtsunsicherheiten zu vermeiden.<sup>256</sup> Beispielsweise unter menschenrechtlichen Gesichtspunkten ist eine Regelung anzustreben, die Zeit raubende und kostspielige Absprachen zwischen Vollzugs-, Gesundheits- und Sozialhilfebehörden nicht erfordert. Entscheidungen über die vorzunehmende Behandlung sind vielmehr nach medizinischen Kriterien zu beurteilen,<sup>257</sup> weshalb der Einfluss sowohl ökonomischer als auch strafvollzugstechnischer Erwägungen möglichst gering zu halten ist.<sup>258</sup> Daher dürfte eine Regelung, nach der die individuellen Gesundheitskosten im Einzelfall nicht das Budget der Vollzugsinstitution belasten und die involvierten Stellen dem öffentlichen Gesundheitswesen angehören, eine konventions- und verfassungskonforme Gesundheitsversorgung begünstigen.<sup>259</sup>

### 3. Schlussfolgerungen

Vor dem Hintergrund dieser Vorgaben erweist sich zunächst die in der Schweiz vorgenommene Unterscheidung zwischen persönlichen Kosten und Vollzugskosten als zweitrangig. Aus menschen- und grundrechtlicher Perspektive spielt es keine Rolle, welcher Kategorie die entstandenen oder absehbaren Kosten zuzuordnen sind. Diese Kategorisierung erscheint ohnehin fragwürdig: Indem zwischen Kost und Logis einerseits und Gesundheitsversorgung andererseits unterschieden wird, werden Subsistenzbedürfnisse, deren Befriedigung unabdingbar ist, ungleich behandelt, was gerade mit Blick auf die staatliche Fürsorgepflicht problematisch ist. Zudem wird ausgeblendet, dass der Behandlungsbedarf durch den Vollzug und damit zusammenhängende Gesundheitsrisiken verursacht oder verstärkt werden kann,<sup>260</sup> was mit der Fortdauer des Vollzugs zunehmend der Fall sein dürfte.<sup>261</sup> Zumindest dann, wenn die betroffene Person selbst nicht in der Lage ist, die medizinischen Untersuchungen und Behandlungen zu bezahlen, sind die entsprechenden Kosten ungeachtet einer irgendwie gearteten Kategorisierung vom Staat zu tragen. Darüber hinaus ist eine allgemeine Kostenlosigkeit der medizinischen Versorgung, wie sie etwa die Nelson-Mandela-Regeln postulieren, anzustreben. Die verbindlichen völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz sowie die verfassungsrechtliche Ausgangslage dürften indes einer massvollen Kostenbeteiligung nicht entgegenstehen. Eine den konkreten finanziellen Verhältnissen angepasste, nicht prohibitiv wirkende und daher grundsätzlich ereignisunabhängige Beteiligung an den Kosten der Gesundheitsversorgung erscheint daher zulässig. Damit besteht eine klare Rechtslage hinsichtlich des „ob“ der staatlichen Kostentragung, sodass sich die vorliegende Auseinandersetzung auf die Frage reduziert, wie die staatliche Kostentragung geregelt wird und wie die Kostenbeteiligung der betroffenen Person festgelegt und einbezogen wird. Im Lichte der vorangehend dargelegten Vorgaben erweisen sich verschiedene Kostentragungsmodelle als

---

<sup>256</sup> Vgl. dazu etwa COULLERY, Grundrechtsanspruch, S. 637, der betont, dass krankensicherungsrechtliche Verfahren so auszugestalten seien, dass keine Verzögerungen in der medizinischen Behandlung eintreten.

<sup>257</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. III.2.1.1.

<sup>258</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. III.2.1.2.

<sup>259</sup> Vgl. hinsichtlich ökonomischer Zwänge SALATHÉ, S. 70, m. w. H.

<sup>260</sup> JOTTERAND/WANGMO, insb. S. 4 und 8; vgl. auch BAECHTOLD ET AL., S. 233, zum besonders hohen Risiko für die Verbreitung von Infektionskrankheiten.

<sup>261</sup> Solche Kosten müssten selbst gemäss bestehender Praxis konsequenterweise als Vollzugskosten oder zumindest als Nebenkosten in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Justizvollzug betrachtet werden (vgl. zu den Begrifflichkeiten etwa KOLLER, S. 264).

ungleich geeignet, die menschenrechtlichen Verpflichtungen zu gewährleisten. Während die Kostenfreiheit aus dieser Perspektive klar zu bevorzugen wäre, können auch andere Modalitäten menschenrechtskonform sein, soweit diese sicherstellen, dass der geforderte Gesundheitsstandard – und dies auch in zeitlicher Hinsicht – garantiert wird.

## V. BEANTWORTUNG DER GUTACHTENSFRAGEN

Basierend auf den bisherigen Ausführungen lassen sich die Gutachtensfragen wie folgt beantworten:

1. Auf welchen Leistungsumfang der medizinischen Gesundheitsversorgung (Katalog der Leistungen, Qualität der Leistungen, zeitliche Koordination der Leistungen) haben inhaftierte Personen in Untersuchungshaft sowie im Straf- und Massnahmenvollzug Anspruch?

Inhaftierte Personen haben Anspruch auf eine medizinische Grundversorgung gemäss KVG-Leistungskatalog.

2. Inwiefern darf der Anspruch von Inhaftierten auf Leistungen der medizinischen Gesundheitsversorgung auf Nothilfeleistungen nach Art. 12 BV beschränkt werden, und welches wäre der dabei allenfalls zu garantierende Leistungsumfang? Dabei sollen insbesondere die Frage beantwortet werden, ob der Anspruch von Inhaftierten auf weniger als die von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung abgegoltene Leistungen, z. B. auf Leistungen im Rahmen einer „medizinischen Notfallversorgung“, beschränkt werden darf.

Eine Senkung dieses Standards auf eine reine Notfallversorgung missachtet menschen- und verfassungsrechtliche Vorgaben.

3. Inwiefern zieht die besondere staatliche Fürsorgepflicht gegenüber Personen, welchen die Freiheit entzogen ist, spezifische rechtliche Zuständigkeiten in Bezug auf die Tragung der Gesundheitskosten, welche bei der Versorgung inhaftierter Personen anfallen, nach sich? Insbesondere soll die Frage beantwortet werden, inwiefern inhaftierte Personen an den Kosten ihrer Gesundheitsversorgung beteiligt werden können.

Die rechtlich verbindlichen Vorgaben schliessen eine Kostenbeteiligung nicht aus, sofern die Gesundheitsversorgung gemäss Ziff. 1 in keiner Weise beeinträchtigt wird. Anzustreben ist aber ein System, das auf Beiträge der inhaftierten Person verzichtet.

4. Inwiefern sind die oben genannten Fragen unterschiedlich zu beantworten, je nachdem, ob eine inhaftierte Person der Versicherungspflicht nach dem Krankenversicherungsgesetz untersteht oder nicht?

Die (fehlende) Unterstellung unter die Versicherungspflicht hat keinen Einfluss auf die Beantwortung der Fragen 1.–3.

## VI. EMPFEHLUNGEN

Vor dem Hintergrund der menschenrechtlichen Vorgaben zur Gesundheitsversorgung und Kostentragung erweist sich die aktuelle Gesetzeslage auf kantonaler Ebene als problematisch. Folglich drängen sich u. E. Änderungen auf, um die medizinischen Angebote auch für Inhaftierte ohne Krankenversicherung in der Schweiz mit den übergeordneten rechtlichen Vorgaben in Einklang zu bringen. Die Empfehlungen, die sich mitunter ergänzen, teilweise aber ausschliessen, richten sich einerseits an die Kantone und andererseits an den Bund.

Ein erster Teil der Empfehlungen geht von der bestehenden Rechtslage aus und formuliert Lösungsansätze, die von den Behörden damit vergleichsweise kurzfristig verfolgt respektive umgesetzt werden könnten. Dabei erweist sich ein Teil der bestehenden Rechtsgrundlagen, namentlich auf konkordatlicher Ebene,<sup>262</sup> als einer verfassungs- und völkerrechtskonformen Auslegung zugänglich. Ergänzend werden Empfehlungen aufgeführt, die entweder eine Gesetzes- oder Verordnungsänderung bedingen würden. Solche sind nach Möglichkeit anzustreben, um den Vorgaben hinreichend Rechnung zu tragen.

Mit Blick auf die menschenrechtlichen Schutzpflichten und Leistungsansprüche können sich gewisse Modelle als weniger geeignet erweisen, sofern diese beispielsweise eine aufwändige, die zeitnahe Versorgung erschwerende Koordination verschiedener Behörden nach sich ziehen. Die Empfehlungen sollen sich im Sinne einer Best Practice einem Modell annähern, das ein möglichst einfaches, ressourcenschonendes Vorgehen ermöglicht und somit eine effektiv äquivalente Gesundheitsversorgung begünstigt. Lösungen sollen daher wenn möglich innerhalb des bestehenden Gesundheitswesens gesucht werden. Denn einerseits ist so eine äquivalente Versorgung am ehesten zu erreichen, während andererseits der Aufbau einer separaten Versorgungsstruktur ohne Rückgriff auf Hausärztinnen und -ärzte sowie bestehende öffentliche Einrichtungen wie Spitäler zu höheren Kosten führen dürfte.<sup>263</sup> Zudem wird so die Unabhängigkeit der medizinischen Versorgung begünstigt.<sup>264</sup> Ferner sind jene Lösungen zu bevorzugen, die zu einer gewissen Harmonisierung der Gesundheitsversorgung führen.<sup>265</sup>

### 1. Kantonale Ebene

#### 1.1. De lege lata

Die nachfolgenden Empfehlungen sind – in gewissem Grade – bereits im Rahmen des geltenden Rechts umsetzbar. Zu ihrer Umsetzung sind die entsprechenden Weisungen und Merkblätter auf Ebene der Konkordate, der Kantone sowie der einzelnen Institutionen des Freiheitsentzugs anzupassen. Denkbar sind die folgenden Ansätze:

---

<sup>262</sup> Vgl. insb. Art. 19 Abs. 1 lit. d und e NIS-K, wonach sich die Kostenbeteiligung darauf beschränkt, was „möglich und zumutbar“ ist. In ähnlicher Weise orientiert sich Art. 24 Abs. 4 LS-K an der finanziellen Leistungsfähigkeit, während Art. 14 lit. c OS-K demgegenüber ausschliesslich auf Sozialversicherungsbeiträge anwendbar ist.

<sup>263</sup> So auch Interpellation Hofmann, 03.3517, 02.10.2003, Stellungnahme des Bundesrats vom 19.11.2003, Ziff. 9.

<sup>264</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. III.2.1.2.

<sup>265</sup> Dieses Anliegen wird auch von kantonaler Seite vorgebracht; vgl. KKJPD/GDK, S. 2.

- Die Entscheide, ob und welche medizinischen Massnahmen wann vorgenommen werden, sind von der Frage der Kostentragung zu entkoppeln.
- Es ist sicherzustellen, dass Entscheide im Bereich der Gesundheitsversorgung einzig gestützt auf medizinische Indikationen durch unabhängige Medizinalpersonen basierend auf den Vorgaben des KVG-Leistungskatalogs getroffen werden.
- Auf das Modell der vorgängigen Kostengutsprachen ist zu verzichten.
- Zur Entkoppelung von Kostentragung und individueller medizinischer Leistung ist die Einführung eines alternativen kollektiven Kostentragungssystems (z. B. Fonds auf konkordatlicher Ebene) zu prüfen, das auf einer ereignisunabhängigen Kostenbeteiligung basieren könnte.<sup>266</sup>
- Weiter wäre zu prüfen, die Gesundheitskosten vollständig als Vollzugskosten zu qualifizieren.<sup>267</sup>
- Die (institutionelle) Unabhängigkeit des Medizinalpersonals in Institutionen des Freiheitsentzugs ist mittels organisatorischer Massnahmen sicherzustellen.
- Eine faktische Senkung des KVG-Standards durch die Festlegung von Pauschalen für Arztbesuche ist zu vermeiden.
- Eine allfällige Kostenbeteiligung ist diskriminierungsfrei auszugestalten. Namentlich ist eine Schlechterstellung aufgrund der Staatsangehörigkeit oder des Aufenthaltsstatus zu vermeiden.<sup>268</sup>
- Der NKVF ist Zugang zu den Gesundheitsdossiers der inhaftierten Personen zu gewähren, um ihr die Überprüfung der geforderten Qualität der Gesundheitsdienstleistungen zu ermöglichen.
- Ungeachtet des Aufenthaltsstatus ist der Wohnsitz aller Personen ohne Krankenversicherung abzuklären; der KVG-Vollzug ist gegebenenfalls sicherzustellen.<sup>269</sup>
- Bei allen nicht dem KVG unterstellten inhaftierten Personen ist die Möglichkeit der Inanspruchnahme von Leistungen ausländischer Sozialversicherungssysteme abzuklären.
- Sozialhilferechtlichen Unterstützungsmöglichkeiten<sup>270</sup> sind abzuklären.

## 1.2. De lege ferenda

Zur Sicherstellung der menschenrechtlichen Vorgaben und der vorgenannten Empfehlungen sind u. E. auch gesetzgeberische Massnahmen vonnöten, etwa in den folgenden Bereichen:

- Ausdrückliche Festlegung der geforderten Standards der Gesundheitsdienstleistungen und Verankerung des Äquivalenzprinzips in der einschlägigen Gesetzgebung;

---

<sup>266</sup> Vgl. dazu auch KELLER, Sozialversicherungen und Sozialhilfe im Freiheitsentzug II, S. 32, der eine kollektive Krankenpflegeversicherung auf Anstaltsebene vorschlägt, die über die Kostgelder zu finanzieren sei.

<sup>267</sup> Diesfalls wären Art. 380 StGB (vgl. dazu nachfolgend Fn. 268) sowie die interkantonalen Kostgeldregelungen auch auf Gesundheitskosten anwendbar.

<sup>268</sup> Zu prüfen wäre etwa eine Regelung, wonach allen inhaftierten Personen – soweit zulässig und opportun – monatlich ein Betrag vom Pekulium abgezogen wird bzw. als abgezogen gilt (vgl. Art. 380 StGB) und dieser Betrag entweder für Prämien und Kostenbeteiligung im Sinne des KVG oder für die Beteiligung im Rahmen einer alternativen Finanzierungslösung auf Anstalts-, Kantons- oder Konkordatsebene verwendet wird.

<sup>269</sup> Vgl. dazu Art. 6 KVG sowie bereits Art. 18 Abs. 2 NIS-K: „Die Vollzugseinrichtung sorgt für den Abschluss und die Aufrechterhaltung einer Krankenversicherung der Insassen im Rahmen und im Umfang des KVG-Obligatoriums.“ Der zivilrechtliche Wohnsitz setzt die Absicht dauernden Verbleibens voraus und hängt, wie oben bereits ausgeführt (vgl. Ziff. II.2), nicht von einer migrationsrechtlichen Bewilligung ab. Entsprechend sind beispielsweise auch sans papiers an sich von der Versicherungspflicht nach Art. 3 Abs. 1 KVG erfasst. Wird in solchen Fällen das Vorliegen eines Schweizer Wohnsitzes verneint, kommt gemäss Art. 24 Abs. 2 ZGB dem Aufenthaltsort diese Funktion zu.

<sup>270</sup> Vgl. dazu KKJPD/SODK/SKOS, S. 38 ff. und 44 f.

- Schaffung einer gesetzlichen Grundlage zur Finanzierung der Gesundheitsversorgung mittels einer Fondslösung;
- Schaffung der organisationsrechtlichen Grundlagen zur Sicherstellung einer unabhängigen medizinische Betreuung;
- rechtssatzmässige Bestimmung der für die subsidiäre und provisorische Kostentragung zuständigen Stelle (Gesundheitsbehörde, Vollzugseinrichtung<sup>271</sup> oder -behörde);
- Schaffung einer den abgaberechtlichen Vorgaben entsprechenden gesetzlichen Grundlage für allfällige Kostenüberwälzungen auf die inhaftierten Personen.

## 2. Bundesebene

### 2.1. De lege lata

- Angezeigt erscheinen primär Abklärungen zum gesetzlich bereits bestehenden Handlungsspielraum: So etwa zur Möglichkeit der Inanspruchnahme von ausländischen Sozialversicherungsleistungen gemäss Verordnungen zum Freizügigkeitsabkommen und gemäss bilateralen Sozialversicherungsabkommen;<sup>272</sup> zur Statuierung von Vorgaben zu Gesundheitsdienstleistungen auf Verordnungsebene gestützt auf das StGB,<sup>273</sup> sowie zur Ausdehnung der Versicherungspflicht gemäss KVG im Rahmen einer Ordnungsänderung.<sup>274</sup>
- Zur Abklärung der Kostenfolgen der Einführung eines Fondsmodells könnten Modellversuche auf kantonaler Ebene initiiert und finanziell unterstützt werden.<sup>275</sup>
- Zur Sicherstellung des KVG-Vollzugs können entsprechende Weisungen erlassen werden.

### 2.2. De lege ferenda

Gesetzgeberische Impulse für eine menschenrechtskonforme Gesundheitsversorgung im Freiheitsentzug sind namentlich in drei Bereichen zu prüfen:

- Ausdehnung des Krankenversicherungspflichtbereichs auf alle in der Schweiz inhaftierten Personen unabhängig von ihrem Wohnsitz, allenfalls ergänzt durch (eine) kollektive Krankenpflegeversicherung mittels Revision des KVG;
- Anpassung der zivilrechtlichen Wohnsitzregelungen zwecks Sicherstellung des Krankenversicherungsschutzes;
- explizite Verankerung des Äquivalenzprinzips sowie Vorgaben zu dessen Umsetzung im Rahmen einer Revision des StGB oder des LSMG.

---

<sup>271</sup> So bereits Art. 18 Abs. 3 NIS-K. Um den Einfluss finanzieller Erwägungen zu vermeiden, sind indes andere Lösungen zu favorisieren.

<sup>272</sup> Fragen der internationalen sozialversicherungsrechtlichen Koordination wurden vorliegend nicht behandelt. Möglich ist, dass ein Teil der Personen, die derzeit nicht dem KVG-Obligatorium unterstehen, im jeweiligen Wohnsitz- bzw. Herkunftsstaat über einen Krankenversicherungsschutz verfügen.

<sup>273</sup> Vgl. etwa Art. 387 Abs. 1 lit. c StGB. Der Bundesrat verneint in der Stellungnahme vom 16.05.2018 zur Interpellation Mazzone, 18.3129, 12.03.2018, dass diese Bestimmung einen solchen Spielraum enthält. Ebendies ist u. E. vertieft zu klären, denn eine gegenteilige Einschätzung scheint auf den ersten Blick ebenso möglich.

<sup>274</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang Art. 3 Abs. 3 lit. a KVG sowie Art. 92d KVV betreffend nothilfebeziehende Personen.

<sup>275</sup> Vgl. dazu Art. 8 ff. LSMG.

## QUELLENVERZEICHNIS

Zitierhinweis: Bei mehr als zwei Autorinnen oder Autoren wird jeweils die erstgenannte Person verbunden mit der Ergänzung et al. genannt.

AMSTUTZ KATHRIN, Das Grundrecht auf Existenzsicherung, Bedeutung und inhaltliche Ausgestaltung des Art. 12 der neuen BV, Bern 2002.

BAECHTOLD ANDREA/WEBER JONAS/HOSTETTLER UELI, Strafvollzug, Straf- und Massnahmenvollzug an Erwachsenen in der Schweiz, 3. Auflage, Bern 2016.

BELSER EVA MARIA/WALDMANN BERNHARD, Nothilfe, in: Riemer-Kafka Gabriela/Rumo-Jungo Alexandra (Hrsg.), Soziale Sicherheit – Soziale Unsicherheit, Festschrift für Erwin Murer zum 65. Geburtstag, Bern 2010, S. 31–62.

BRÄGGER BENJAMIN F., Gefängnismedizin, in: derselbe (Hrsg.), Das schweizerische Vollzugslexikon, Von der vorläufigen Festnahme zur bedingten Entlassung, Basel 2014, S. 191–200 [zit. Gefängnismedizin].

CHARLES ANNA/DRAPER HEATHER, ‚Equivalence of care‘ in prison medicine: is equivalence of process the right measure of equity?, in: Journal of Medical Ethics 2012 (38) 4, S. 215–218.

CoE, Commentary on Recommendation CM/Rec(2012)12 concerning foreign prisoners, CM(2012)108 add, zur Kenntnis genommen am 10.10.2012 [zit. CM/Rec(2012)12-Commentary].

CoE, Commentary on Recommendation Rec(2006)2 of the Committee of Ministers to member States on the European Prison Rules, Strasbourg 2006 [zit. EPR-Commentary].

COULLERY PASCAL, Der Grundrechtsanspruch auf medizinische Leistungen: ein verfassungsrechtlicher Diskussionsbeitrag zur Rationierungsdebatte im Gesundheitswesen, in: Allgemeine Juristische Praxis (AJP) 2001/6, S. 632–637 [zit. Grundrechtsanspruch].

COULLERY PASCAL, Der Leistungskatalog der sozialen Krankenversicherung und seine verfassungsrechtliche Vernetzung, in: Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge (SZS) 2003/5, S. 375–390 [zit. Leistungskatalog].

CPT, 11th General Report on the CPT’s activities covering the period 1 January to 31 December 2000, CPT/Inf (2001) 16, Strasbourg 2001 [zit. 11th General Report].

CPT, Factsheet, Women in prison, Januar 2018, CPT/Inf(2018)5 [zit. Women in prison].

CPT, Gesundheitsfürsorge in Gefängnissen, Auszug aus dem 3. Jahresbericht des CPT, veröffentlicht 1993, CPT/Inf(93)12 [zit. Gesundheitsfürsorge].

CPT, Report to the Bulgarian Government on the visit to Bulgaria, carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 25 September to 6 October 2017, CPT/Inf (2018) 15 [zit. Bulgaria].

CPT, Report to the Ukrainian Government on the visit to Ukraine carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 8 to 21 December 2017, CPT/Inf (2018) 41 [zit. Ukraine].

- ECDC/EMCDDA, Public health guidance on active case finding of communicable diseases in prison settings, Prevention and control of communicable diseases in prison settings, Stockholm 2018.
- ELGER BERNICE S., Ethische Grundlagen der Gefängnismedizin: Anspruch und Wirklichkeit, in: Riklin Franz/Mez Bettina (Hrsg.), Gefängnismedizin und Strafjustiz, Eine unheilvolle Verbindung?, Bern 2012, S. 39–51 [zit. Ethische Grundlagen].
- ELGER BERNICE S., Towards Equivalent Health Care of Prisoners: European Soft Law and Public Health Policy in Geneva, in: Journal of Public Health Policy 2008 (29) 2, S. 192–206 [zit. Public Health].
- FORMAN LISA/CARAOSHI LULJETA/CHAPMAN AUDREY R./LAMPREA EVERALDO, Conceptualising minimum core obligations under the right to health: How should we define and implement the 'morality of the depths', in: The International Journal of Human Rights 2016 (20) 4, S. 531–548.
- GÄCHTER THOMAS, Grenzen der Solidarität?, Individuelle Ansprüche auf medizinische Leistungen gegenüber der Rechts- und Versicherungsgemeinschaft, in: Zäch Roger/Breining-Kaufmann Christine/Ernst Wolfgang/Oberhammer Paul/Portmann Wolfgang/Thier Andreas (Hrsg.), Individuum und Verband, Festgabe zum schweizerischen Juristentag 2006, Zürich 2006, S. 473–489.
- GONIN LUC/BIGLER OLIVIER, Commentaire Stämpfli, Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), Bern/Paris 2018 [zit. AUTOR, CS-CEDH, Art. N].
- HÄFELI CHRISTOPH, Prinzipien der Sozialhilfe, in: derselbe (Hrsg.), Das Schweizerische Sozialhilferecht, Rechtsgrundlagen und Rechtsprechung, Luzern 2008, S. 65–85.
- HÄNZI CLAUDIA, Leistungen der Sozialhilfe in den Kantonen, in: Häfeli Christoph (Hrsg.), Das Schweizerische Sozialhilferecht, Rechtsgrundlagen und Rechtsprechung, Luzern 2008, S.87–150.
- HENDRIKS AART, The Council of Europe and Health and Human Rights, in: Toebes Brigit/Hartlev Mette/Hendriks Aart/Rothmar Herrmann Janne (Hrsg.), Health and Human Rights in Europe, Cambridge/Antwerp/Portland 2012, Chapter 1, S. 23–50.
- JOTTERAND FABRICE/WANGMO TENZIN, The Principle of Equivalence Reconsidered: Assessing the Relevance of the Principle of Equivalence in Prison Medicine, in: The American Journal of Bioethics 2014 (14) 7, S. 4–12.
- KÄLIN WALTER/KÜNZLI JÖRG, Universeller Menschenrechtsschutz, Der Schutz des Individuums auf globaler und regionaler Ebene, 3. Auflage, Basel/Baden-Baden 2013.
- KELLER STEFAN, Krankenversicherung (KV), in: Brägger Benjamin F. (Hrsg.), Das schweizerische Vollzugslexikon, Von der vorläufigen Festnahme zur bedingten Entlassung, Basel 2014, S. 267–270 [zit. Krankenversicherung].
- KELLER STEFAN, Lücken und Tücken der Deckung der Sozialversicherung und Sozialhilfe im Freiheitsentzug, Teil I, in: Schweizerische Zeitschrift für Kriminologie (SZK) 2017/1, S. 74–85 [zit. Sozialversicherung und Sozialhilfe im Freiheitsentzug I].
- KELLER STEFAN, Lücken und Tücken der Deckung der Sozialversicherung und Sozialhilfe im Freiheitsentzug, Teil II, in: Schweizerische Zeitschrift für Kriminologie (SZK) 2018/1, S. 22–33 [zit. Sozialversicherung und Sozialhilfe im Freiheitsentzug II].

- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTTENBACH JUDITH, Grundrechte, 3. Auflage, Bern 2018.
- KKJPD/GDK, Empfehlung zur Harmonisierung der Gesundheitsversorgung im schweizerischen Freiheitsentzug, 11.04.2013/24.11.2011.
- KKJPD/SODK/SKOS, Schnittstelle Justizvollzug – Sozialhilfe, Schlussbericht der eingesetzten Arbeitsgruppe zu Handen der Konferenzen der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren (KKJPD) und der Kantonalen Sozialdirektorinnen und -direktoren (SODK) sowie der Geschäftsleitung der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe (SKOS), 2015.
- KOLLER CORNELIA, Kostgelder, in: Brägger Benjamin F. (Hrsg.), Das schweizerische Vollzugslexikon, Von der vorläufigen Festnahme zur bedingten Entlassung, Basel 2014, S. 261–267.
- KRAEMER MARTIN, Gefängnismedizin und Strafjustiz – Eine unheilvolle Verbindung?, Statement zur Zusammenarbeit zwischen medizinischem/pflegerischem Personal und Strafvollzugsangestellten - Sichtweise eines Amtsvorstehenden, in: Riklin Franz/Mez Bettina (Hrsg.), Gefängnismedizin und Strafjustiz, Eine unheilvolle Verbindung?, Bern 2012, S. 53–59.
- KÜNZLI JÖRG/ACHERMANN ALBERTO, Gesundheitsrelevante Rechte inhaftierter Personen im Bereich des Schutzes vor Infektionskrankheiten und Kompetenzen des Bundes zu ihrer Durchsetzung, Studie zuhanden des Bundesamtes für Gesundheit, Sektion Aids, Bern 2007 [zit. Infektionskrankheiten].
- KÜNZLI JÖRG/ACHERMANN ALBERTO, Sprachbarrieren bei der Bekämpfung übertragbarer Krankheiten in Haftsituationen, Ansprüche fremdsprachiger Inhaftierter und Verpflichtungen des Staates, Gutachten zuhanden der Sektion Aids des Bundesamtes für Gesundheit, Bern 2009 [zit. Sprachbarrieren].
- KÜNZLI JÖRG/EUGSTER ANJA/SPRING ALEXANDER, Die Anerkennung justiziabler Rechte im Bereich der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechte durch das Bundes- und das kantonale Recht, Studie des Schweizerischen Kompetenzzentrums für Menschenrechte zuhanden des Lenkungsausschusses EDA/EJPD, 21. Februar 2014, Bern.
- LINES RICK, From equivalence of standards to equivalence of objectives: The entitlement of prisoners to health care standards higher than those outside prisons, in: International Journal of Prisoner Health 2006 (2) 4, S. 269–280.
- MONA MARTINO, Einwilligung und Unfreiheit – Patientenautonomie im Strafvollzug zwischen Selbstbestimmung und Zwangsbehandlung, in: Riklin Franz/Mez Bettina (Hrsg.), Gefängnismedizin und Strafjustiz, Eine unheilvolle Verbindung?, Bern 2012, S. 25–38.
- MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Auflage, Bern 2008.
- MÜLLER MARKUS, Das besondere Rechtsverhältnis, Ein altes Rechtsinstitut neu gedacht, Bern 2003.
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/HEER MARIANNE/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, 2. Auflage, Basel 2014 [zit. AUTORIN/AUTOR, BSK-StPO, Art. N].

- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, Art. 1–110 StGB, Jugendstrafgesetz, 3. Auflage, Basel 2013 [zit. AUTORIN/AUTOR, BSK-StGB I, Art. N].
- OSCE/PRI, Guidance document on the Nelson Mandela Rules, Implementing the United Nations revised standard minimum rules for the treatment of prisoners, Warschau/London 2018.
- PONT JÖRG/ENGGIST STEFAN/STÖVER HEINO/WILLIAMS BRIE/GREIFINGER ROBERT/WOLFF HANS, Prison Health Care Governance: Guaranteeing Clinical Independence, in: American Journal of Public Health 2018 (108) 4, S. 472–476.
- RAINEY BERNADETTE/WICKS ELIZABETH/OVEY CLARE, Jacobs, White and Ovey, The European Convention on Human Rights, 7. Auflage, Oxford 2017.
- SALATHÉ MICHELLE, Die Bedeutung der ärztlichen Unabhängigkeit in der Vollzugsmedizin, in: Riklin Franz/Mez Bettina (Hrsg.), Gefängnismedizin und Strafjustiz, Eine unheilvolle Verbindung?, Bern 2012, S. 65–74.
- SAN GIORGI MAITE, The Human Right to Equal Access to Health Care, Cambridge 2012.
- SANDER GEN/LINES RICH, HIV, Hepatitis C, TB, Harm Reduction, and Persons Deprived of Liberty: What Standards Does International Human Rights Law Establish?, in: Health and Human Rights Journal 2016 (18) 2, S. 171–182.
- SCHÄRER DEBORAH, Kostentragung der Vollzugskosten, in: Brägger Benjamin F. (Hrsg.), Das schweizerische Vollzugslexikon, Von der vorläufigen Festnahme zur bedingten Entlassung, Basel 2014, S. 259–261.
- SKOS, Richtlinien für die Ausgestaltung und Bemessung der Sozialhilfe, 4. Auflage, Bern 2005 [zit. SKOS-RL].
- TAG BRIGITTE, Intramurale Medizin in der Schweiz – Überblick über den rechtlichen Rahmen, in: Tag Brigitte/Hillenkamp Thomas (Hrsg.), Intramurale Medizin im internationalen Vergleich, Gesundheitsfürsorge zwischen Heilauftrag und Strafvollzug im Schweizerischen und internationalen Diskurs, Berlin/Heidelberg 2008, S. 1–38.
- TASIOULAS JOHN, The Minimum Core of the Human Right to Health, Research Paper, Commissioned by the Nordic Trust Fund/The World Bank, Oktober 2017.
- TOBIN JOHN, The Right to Health in International Law, Oxford/New York 2012.
- TOEBES BRIGIT, The Right to Health and Other Health-Related Rights, in: Toebes Brigit/Hartlev Mette/Hendriks Aart/Rothmar Herrmann Janne (Hrsg.), Health and Human Rights in Europe, Cambridge/Antwerp/Portland 2012, Chapter 3, S. 83–110.
- TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Bern 2014.
- UNODC/WHO (Regional Office for Europe), Good governance for prison health in the 21st century, A policy brief on the organization of prison health, Kopenhagen 2013.
- WHO (Regional Office for Europe), Prison and Health, Kopenhagen 2014.
- WHO/Public Health England/EMCDDA, Conclusions of the WHO international meeting on prisons and health, Lisbon 2017, 28.02.2018.
- WIZENT GUIDO, Die sozialhilferechtliche Bedürftigkeit, Ein Handbuch, Zürich 2014.