

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

Verfasser

Jörg Künzli, Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Assistenzprofessor an der Universität Bern

Alberto Achermann, Dr. iur., LL.M., Fürsprecher, Lehrbeauftragter für Völkerrecht an der Universität Freiburg

Bern, Januar 2007

INHALTSVERZEICHNIS

ZUSAMMENFASSUNG DER WICHTIGSTEN RESULTATE.....	5
I. EINLEITUNG.....	7
A. Auftrag.....	7
B. Ausgangslage.....	7
C. Aufbau	8
II. GRUND- UND MENSCHENRECHTLICHE VERPFLICHTUNG IN HAFTSITUATIONEN UNTER BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG DER PRÄVENTION ÜBERTRAGBARER KRANKHEITEN.....	9
A. Allgemeiner Rahmen: Gesundheitsrelevante Grund- und Menschenrechte in Haftsituationen	9
1. Ausgangspunkt	9
2. Völker- und verfassungsrechtliche Vorgaben und ihre Konkretisierung in landesrechtlichen Erlassen	9
a. Recht auf Gesundheit und persönliche Freiheit.....	10
b. Verbot unmenschlicher und erniedrigender Behandlungen	12
c. Recht auf menschenwürdige Haftbedingungen.....	13
d. Recht auf Leben	13
e. Rechtsgleichheit und Diskriminierungsverbot	14
3. ‚Soft law‘ - Vorgaben.....	14
4. Menschen- und grundrechtliche Verpflichtungsschichten insbesondere in Haftsituationen	14
a. Unterlassungspflichten	15
b. Schutzpflichten.....	15
c. Gewährleistungspflichten	16
5. Fazit: Umfassende Verantwortlichkeit des Staates für die Gesundheit der Gefangenen.....	16
B. Insbesondere die Verpflichtung zur Verhinderung der Ansteckung mit Infektionskrankheiten während Haftsituationen	17
1. Menschen- und grundrechtliche Verpflichtung zum Schutz vor Fremd- und vor Eigengefährdung in Haftsituationen.....	17
2. Die Verpflichtung des Epidemiengesetzes.....	19

3. Fazit: Verpflichtungen zur Verhinderung der Übertragung von Infektionskrankheiten in Haftsituationen	19
C. Schutz mittels repressiver Massnahmen	20
1. Zwangsuntersuchungen	20
2. Isolierung von inhaftierten Personen mit infektiösen Krankheiten.....	21
3. Verhinderung des Inverkehrbringens von Betäubungsmitteln und Injektionsgeräten	22
4. Fazit	24
D. Schutz mittels präventiver Massnahmen	24
1. Das Äquivalenzprinzip – Die Gleichwertigkeit und Einheitlichkeit der medizinischen Betreuung in Haftsituationen	24
2. Bereitstellung von gesundheitsrelevanten Informationen	26
3. Medizinische Abklärungen anlässlich des Eintritts ins Gefängnis	27
4. Infrastrukturmassnahmen	27
5. Abgabe von Präservativen.....	28
6. Ermöglichung von Substitutionstherapien	28
7. Bereitstellung von sterilen Injektionsinstrumenten oder von Desinfektionsmitteln	29
8. Fazit	32
III. KOMPETENZEN DES BUNDES IM BEREICH GESUNDHEIT UND HAFT	33
A. Überblick	33
B. Kompetenzausscheidung Bund – Kantone im Allgemeinen	33
C. Kompetenzordnung im Bereich des Gesundheitsrechts	35
1. Verfassungsrechtliche Kompetenzordnung.....	35
2. Zu den Kompetenzen des Bundes gestützt auf Art. 118 Abs. 2 lit. b BV im Einzelnen.....	36
3. Aufgabenzuteilung innerhalb der Bundesverwaltung im Gesundheitswesen	37
4. Kompetenzen aus der Gesetzgebung im Bereich des Gesundheitsrechts	38
a. Epidemiengesetz mit Ausführungserlassen	38
b. Betäubungsmittelgesetz mit Ausführungserlassen.....	41
D. Kompetenzordnung im Bereich des Strafvollzuges	44
1. Verfassungsrechtliche Grundlagen	44
2. Strafgesetzbuch und Ausführungserlasse	46
3. Bundesgesetz über Leistungen des Bundes für den Straf- und Massnahmenvollzug (LSMG)	48

4. De lege ferenda: Anpassungen des Strafgesetzbuches und des LSMG an die neue Aufgabenverteilung zwischen Bund und Kantonen (NFA)	48
E. Kompetenzordnung im Bereich der ausländerrechtlichen Haft und der Auslieferungshaft	50
1. Ausländerrechtliche Administrativhaft (insbesondere Ausschaffungshaft).....	50
2. Auslieferungshaft	51
F. Kompetenzordnung im Bereich der Untersuchungs- und Sicherheitshaft	52
G. Kompetenzordnung im Bereich der fürsorgerischen Freiheitsentziehung	53
H. Exkurs: Das geplante Bundesgesetz über die Kommission zur Verhütung von Folter... 54	
I. Weitere relevante Kompetenzbereiche des Bundes	55
1. Forschung	55
2. Statistik.....	56
 IV. SCHLUSS	 57

ZUSAMMENFASSUNG DER WICHTIGSTEN RESULTATE

Übertragbare Krankheiten finden sich in Haftinstitutionen in weit überdurchschnittlichem Mass. Daher können in diesem Umfeld zur wirksamen Bekämpfung von Infektionskrankheiten öffentliche Mittel besonders gezielt eingesetzt werden und einen effizienten Beitrag zur Umsetzung der offiziellen schweizerischen Vier-Säulen-Politik leisten.

Dem Staat kommt aufgrund der in der Verfassung und in völkerrechtlichen Verträgen verankerten Grund- und Menschenrechte eine umfassende Verantwortlichkeit für die Gesundheit der Gefangenen zu. Er trägt namentlich die Verantwortung für die Verhinderung von Gesundheitsbeeinträchtigungen der Personen in seinem Gewahrsam auch vor Gefahren, die von Mitgefangenen ausgehen oder auf seinem eigenen Risikoverhalten beruhen. Zu diesem Zweck hat er alle ihm zumutbaren Massnahmen der Überwachung und Prävention zu treffen. Können repressive Massnahmen den Schutz vor Übertragungen von Infektionskrankheiten nicht sicherstellen, hat der Staat auch präventiv tätig zu werden. Nachdem erstellt ist, dass mittels rechtskonformer repressiver Massnahmen der Umlauf von illegalen Betäubungsmitteln und von Injektionsgeräten in Hafteinrichtungen nicht verhindert werden kann, hat der Staat folglich auch präventive Gesundheitsmassnahmen zu ergreifen. Diese sollen innerhalb der Haftanstalten gleich ausgestaltet sein wie ausserhalb, soweit Sicherheit und Anstaltszweck keine Abweichung erforderlich machen.

Im Einzelnen untersteht der Staat folgenden grund- und menschenrechtlich vorgegebenen Präventionspflichten: (1.) Bereitstellung von gesundheitsrelevanten Informationen, (2.) medizinische Untersuchungspflichten bei Haftantritt, (3.) gesundheitskonforme Ausgestaltung der Haftinfrastruktur, (4.) Abgabe von Präservativen, (5.) Anbieten von Substitutionstherapien (namentlich Methadon) und (6.) Bereitstellung von sterilen Injektionsinstrumenten.

Der Bund hat folgende Möglichkeiten, diese materiellen Vorgaben gegenüber den Kantonen einzufordern: Der Vollzug der verschiedenen Formen von Haft (Strafvollzug, Administrativhaft, Untersuchungshaft etc.) obliegt zwar regelmässig den Kantonen. Dem Bund kommen aber dennoch – gestützt auf Verfassung und Gesetzgebung – verschiedene Befugnisse zu, gesundheitsrelevante Fragen im Haftkontext zu regeln. So vermittelt ihm einerseits das Strafgesetzbuch für den wichtigsten Bereich (Vollzug von Strafen und Massnahmen) explizit die Kompetenz, Bestimmungen über den Vollzug an kranken Personen zu erlassen. Nach dem klaren Willen des Gesetzgebers bezieht sich diese Befugnis explizit auch auf die Situation von Aids-Infizierten und Drogenabhängigen in Haft. Mit der Revision des Strafgesetzbuches und des Gesetzes über Leistungen des Bundes für den Straf- und Massnahmenvollzug werden die Kantone im Weiteren zu einem einheitlichen Vollzug gestützt auf die materiellen Grundsätze gemäss übergeordnetem Recht verpflichtet.

Neben den Einwirkungsmöglichkeiten des Bundes über einzelne Haftregime selbst kommen diesem in Anwendung der Gesetzgebung im Bereich des Gesundheitsrechts weitere wesentliche Regelungskompetenzen zu: So vermittelt das Epidemien-gesetz neben der Informations- und Oberaufsichtskompetenz dem Bund auch die Befugnis, Ausführungsbestimmungen zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten in Haft zu erlassen. Das Betäubungsmittelgesetz räumt dem Bund zusätzliche Kompetenzen ein, so namentlich im Rahmen von Behandlungen mit Heroin. Die geplante Revision dieses Gesetzes würde dem Bund wesentlich weiter gehende Befugnisse zusprechen. Schliesslich verfügt der Bund auch über Kompetenzen im Bereich

Forschung und Statistik und damit über Handlungskompetenzen, die in den Haftbereich hineinwirken.

Der Bund kann daher – gestützt auf diverse Verfassungsbestimmungen – auf dem Wege der Gesetzgebung und aufgrund klarer Verordnungskompetenzen regelnd auf den Haftbereich einwirken, um gesundheitsrelevante Rechte von Inhaftierten durchzusetzen. Ganz allgemein steht dem Bund schliesslich gestützt auf die Verfassung die Kompetenz zu, Bundesrecht und Völkerrecht gegenüber den Kantonen durchzusetzen.

I. EINLEITUNG

A. AUFTRAG

In den 80er und 90er Jahren hatte sich das Bundesamt für Gesundheit (BAG) in Pilotprojekten zur HIV/Aids-Prävention im Strafvollzug engagiert. Anfang des Jahres 2006 hat die Sektion Aids im BAG zusammen mit der Sektion Drogen ein Projekt unter dem Titel „Bekämpfung von Infektionskrankheiten im Gefängnis, BIG“ lanciert. Das Projekt BIG¹ will u.a. *minimale Standards* für eine äquivalente Prävention, Behandlung, resp. Pflege und Therapie von Infektionskrankheiten und für eine äquivalente Drogentherapie im Gefängnis und ein entsprechendes „Surveillance-System“ erarbeiten und implementieren. Dabei stellt sich auch die Frage der Umsetzung dieser Ziele *ausserhalb des Strafvollzuges* auf andere Haftformen (namentlich Polizei- und Untersuchungshaft, fürsorgerische Freiheitsentziehung, Administrativhaft bei Ausländern und Ausländerinnen).

In diesem Zusammenhang sind die Verfasser dieser Studie beauftragt worden, im Rahmen eines Vorprojektes die notwendigen Grundlagen aus rechtlicher Sicht zu erarbeiten. Die Studie soll einerseits aufgrund von Verfassungs- und Gesetzesrecht sowie von internationalen Übereinkommen im Bereich der Menschenrechte die gesundheitsrelevanten Rechte bei Freiheitsentzug klären, andererseits die Handlungskompetenzen und -pflichten des Bundes eruieren.

B. AUSGANGSLAGE

In Gefängnispopulationen finden sich deutlich erhöhte Prävalenzen an HIV- und Hepatitisvirusinfektionen: So geht beispielsweise eine Studie für die deutschsprachigen Länder von einer 25-mal höheren Infektionsrate von HIV und 40-mal höheren von Hepatitis C in Gefängnissen als ausserhalb aus. Weiter beurteilt sie ca. 30-50 % der Gefangenen als drogenerfahren oder gar drogenabhängig². Die Berichte des Europäischen Anti-Folterausschusses belegen überdies, dass insbesondere in mittel- und osteuropäischen Staaten Haftenrichtungen eigentliche Herde der Tuberkuloseinfektion darstellen und diese Entwicklung zunehmend auf weitere Länder übergreift. Wie bereits der hohe Anteil ausländischer Inhaftierter (ca. 70 %) in schweizerischen Anstalten deutlich macht, wird sich die Schweiz dieser Entwicklung nicht entziehen können. Auch Schweizer Gefängnisse sind daher exponierte Risikoorte für zahlreiche schwerwiegende Infektionskrankheiten.

Das Projekt zur Bekämpfung der Infektionskrankheiten im Gefängnis BIG entspricht insofern auch der Strategie des Bundes im Bereich der Drogenpolitik, die auf den vier Säulen Prävention, Therapie, Schadensminderung und Repression beruht. Für den vorliegenden Zusammenhang stehen insbesondere die Bereiche Prävention und Schadensminderung im Vordergrund: Zum einen lassen sich öffentliche Mittel für die *Prävention* wie kaum an einem anderen Ort sehr effizient einsetzen, da Haftanstalten überdurchschnittlich viele Angehörige von Risikogruppen während einer bestimmten Zeit in Gewahrsam haben und die Präventionsmassnahmen daher äusserst zielgerichtet greifen können. Zudem ist auch die Tatsache zu vergegen-

¹ Vgl. auch die Vorstellung des Projektes in: Informationen zum Straf- und Massnahmenvollzug, info-Bulletin, 2/2006, Hrsg. von der Sektion Straf- und Massnahmenvollzug des Bundesamtes für Justiz, S. 17f.

² Heino Stöver, Von der Gesundheitsfürsorge zur Gesundheitsförderung in Haft, Gesundheit und Prävention in Haft, SuchtMagazin 2/2005, S. 3. Siehe für ähnliche Zahlen Mathias Morgenthaler, Ein Viertel aller Inhaftierter ist drogenabhängig, Standpunkte 2006, 10ff.

wärtigen, dass die meisten Inhaftierten nach Ablauf ihrer Freiheitsstrafe oder der Massnahme wieder in ihr früheres Umfeld zurückkehren und Infektionskrankheiten so weiter verbreiten können. Präventionsmassnahmen sind in dieser späteren Phase viel schwieriger zu ergreifen und viel kostspieliger. Hinsichtlich der *Schadensminderung* hält das Dritte Massnahmepaket des Bundes zur Verminderung der Drogenprobleme (MaPaDro III) für die Jahre 2006 bis 2011³ fest, mit entsprechenden Massnahmen solle ganz allgemein erreicht werden, „dass Menschen eine Phase des Drogenkonsums in ihrem Leben mit einem möglichst geringen körperlichen, psychischen und sozialen Schaden durch- und überleben können. Auch sollen mit der Schadensminderung die sozialen Kosten des Drogenproblems verringert werden“. Als Massnahme schlägt das Grundlagenpapier u.a. vor, den *Bedarf an schadensmindernden und therapeutischen Angeboten in Gefängnissen abzuklären*. Damit untermauert die Gesamtstrategie des Bundes im Bereich der Drogenpolitik das Projekt BIG in Bezug auf die Bemühungen zur Bekämpfung der Übertragung gewisser mit Drogenkonsum verbundenen Infektionskrankheiten.

Wie reagieren kantonale Haftanstalten auf die geschilderten erhöhten Prävalenzen und die damit verbundenen Herausforderungen? Eine Umfrage unter Tessiner und Deutschweizer Gefängnissen ergab, dass in derjenigen Hälfte der Hafteinrichtungen, welche den Fragebogen beantworteten, ca. 60 % Präventionsaufklärung anbieten und die Hälfte dieser Institutionen Zugang zu Kondomen ermöglichen. 38 % Prozent der Anstalten ermöglichen den Zugang zu Desinfektionsmitteln für Spritzen und Nadeln und 21 % zu sterilen Injektionsgeräten. Insgesamt haben damit 31 % aller Insassen der teilnehmenden Anstalten Zugang zu sterilen Injektionsgeräten, 68 % zu Desinfektionsmitteln und 85 % zu Kondomen. Hinsichtlich des Risikoverhaltens gingen zwei Drittel aller Anstalten davon aus, es komme in ihrer Institution nie zu einer gemeinsamen Benutzung von Spritzbesteck, und ein Drittel, es komme nie zu ungeschütztem Sexualverkehr⁴. Bei weiblichen Gefangenen gilt im Hinblick auf die Prävention zudem zu berücksichtigen, dass gemäss Studien „viele“ drogenabhängige Gefangene, vor und auch nach ihrer Entlassung, als Prostituierte tätig sind⁵.

C. AUFBAU

Die vorliegende Studie analysiert in einem ersten Abschnitt (Ziff. II) die menschen- und grundrechtlichen Vorgaben zum Thema Gesundheit und Haft und deren Umsetzung in Erlassen des Bundes und der Kantone. Ein besonderes Augenmerk wird dabei auf staatliche Verpflichtungen zur Ergreifung von Massnahmen zur Verhinderung der Übertragung von Infektionskrankheiten und deren rechtliche Grenzen gelegt. Basierend auf diesen Resultaten wird in einem zweiten Abschnitt (Ziff. III) geprüft, ob der Bund die Kompetenz besitzt, diese Forderungen gegenüber den Kantonen durchzusetzen. Im Einzelnen sind daher die Zuständigkeiten des Bundes im Bereich des Gesundheitsrechts, des Strafvollzugs, der ausländerrechtlichen Administrativhaft, der Untersuchungs- und Sicherheitshaft, des fürsorgerischen Freiheitsentzuges sowie in weiteren Rechtsbereichen abzuklären.

³ Bundesamt für Gesundheit (Hrsg.), Die Drogenpolitik der Schweiz, Drittes Massnahmepaket des Bundes zur Verminderung des Drogenproblems (MaPaDro III) 2006-2011, S. 21.

⁴ Miriam Gerlich/ Ulrich Frick/ Lynn Pirktl/ Ambros Uchtenhagen, Prävention von HIV- und Hepatitisvirus-Infektionen in Schweizer Untersuchungshaft- und Strafvollzugsanstalten, SuchtMagazin 2/2005, S. 15ff. Generell ist jedoch das in der Schweiz vorhandene Material von dürftiger Qualität; siehe auch Anne Iten, Bruno Gravier, Epidémiologie et prévention des infections dans les prisons de Suisse romande (EPIPS), Deuxième phase de l'étude, Rapport Final, 2005, S. 12ff.

⁵ Daniela de Santis, Frauen im Gefängnis: spezifische Gesundheitsprobleme, in Queloiz/Riklin/Senn/de Sinner (Hrsg.), Medizin und Freiheitsentzug, Bern 2002, S. 199.

II. GRUND- UND MENSCHENRECHTLICHE VERPFLICHTUNG IN HAFTSITUATIONEN UNTER BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG DER PRÄVENTION ÜBERTRAGBARER KRANKHEITEN

A. ALLGEMEINER RAHMEN: GESUNDHEITSRELEVANTE GRUND- UND MENSCHENRECHTE IN HAFTSITUATIONEN

1. Ausgangspunkt

Von zentraler Bedeutung für jede Abklärung der Grund- und Menschenrechte inhaftierter Personen ist der Grundsatz, dass alle von einer Freiheitsentziehung betroffenen Personen (1.) Träger dieser fundamentalen Rechte bleiben und (2.) ihnen gegenüber diese nur in dem Umfang beschränkt werden dürfen als es die rechtmässig angeordnete Strafe des Freiheitsentzuges mit sich bringt oder es das Leben in einer Hafteinrichtung erfordert. In diesem Sinn halten die im Jahr 2006 verabschiedeten Europäischen Strafvollzugsgrundsätze des Europarats fest, Inhaftierte „retain all rights that are not lawfully taken away by the decision sentencing them or remanding them in custody“⁶. Verschiedentlich wurde dieser Standpunkt auch vom Bundesgericht bestätigt⁷, und er findet sich auch in kantonalen Strafvollzugserlassen⁸. Seit 2007 kann sich diese strafvollzugsrechtliche Grundregel schliesslich bundesweit auf das Strafgesetzbuch (StGB) abstützen, dessen Allgemeiner Teil neu auch allgemeine Vollzugsgrundsätze kodifiziert. Art. 74 StGB hält fest⁹:

„Die Menschenwürde des Gefangenen oder des Eingewiesenen ist zu achten. Seine Rechte dürfen nur so weit beschränkt werden, als der Freiheitsentzug und das Zusammenleben in der Vollzugseinrichtung es erfordern“.

2. Völker- und verfassungsrechtliche Vorgaben und ihre Konkretisierung in landesrechtlichen Erlassen

Gesundheitsrelevante grund- und menschenrechtliche Garantien mit spezifischer Bedeutung für inhaftierte Personen verankern neben der Bundesverfassung auch verschiedene Garantien internationaler Menschenrechtsverträge, die von der Schweiz ratifiziert wurden. Im folgenden Abschnitt sollen daher die wichtigsten dieser Rechtsquellen cursorisch dargestellt werden.

⁶ Empfehlung Rec(2006)2 des Ministerkomitees des Europarats vom 11. Januar 2006 (Europäische Strafvollzugsgrundsätze), Ziff. 2. So auch Menschenrechtsausschuss, General Comment 21.

⁷ So bereits BGE 102 Ia 283

⁸ Bern: Gesetz über den Straf- und Massnahmenvollzug (SMVG), vom 25. Juni 2003, BSG 341.1, Art. 19 Abs. 2; Zürich: Gesetz über das kantonale Strafrecht und den Vollzug von Strafen und Massnahmen (Kantonales Straf- und Vollzugsgesetz/StVG) vom 30. Juni 1974, LS 331, § 30 Abs. 2. Siehe dazu auch *Andrea Baechtold*, Strafvollzug, Straf- und Massnahmenvollzug an Erwachsenen in der Schweiz, Bern 2005, S. 177f.

⁹ Siehe künftig für die *Untersuchungs- und Sicherheitshaft* Art. 234 Abs. 1 des Entwurfs einer Schweizerischen Strafprozessordnung, BBl 2006 1458. Für die ausländerrechtliche Administrativhaft führt die Botschaft zum Bundesgesetz über Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht aus, es gelte zu beachten, dass die Haftmodalitäten im Lichte des Verhältnismässigkeitsprinzips ausgestaltet werden und nicht weiter gehen sollten, als es der Zweck der Haft unbedingt erfordere; BBl 1994 I 316.

a. Recht auf Gesundheit und persönliche Freiheit

Von zentraler Bedeutung für die vorliegende Studie erscheint das in Art. 12 des Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (Pakt I) verankerte Recht auf Gesundheit, welches bestimmt:

- „(1) Die Vertragsstaaten erkennen das Recht eines jeden auf das für ihn erreichbare Höchstmass an körperlicher und geistiger Gesundheit an.
- (2) Die von den Vertragsstaaten zu unternehmenden Schritte zur vollen Verwirklichung dieses Rechts umfassen die erforderlichen Massnahmen (...)
- c) zur Vorbeugung, Behandlung und Bekämpfung epidemischer, endemischer, Berufs- und sonstiger Krankheiten;
- d) zur Schaffung der Voraussetzungen, die für jedermann im Krankheitsfall den Genuss medizinischer Einrichtungen und ärztlicher Betreuung sicherstellen“.

Dieses Recht verankert nicht – wie häufig missverstanden wird – ein Recht, gesund zu sein. Vielmehr ist es gemäss der Praxis des Überwachungsorgans des Pakts I, dem Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, vollständig erfüllt, falls

- die *Verfügbarkeit* qualitativ und quantitativ genügender öffentlicher Gesundheitseinrichtungen und
- die *diskriminierungsfreie Zugänglichkeit* zu solchen Gesundheitsdiensten und gesundheitsrelevanter Information für alle Menschen und insbesondere auch für benachteiligte Menschen auf dem gesamten Staatsgebiet gewährleistet ist¹⁰.

In materieller Hinsicht verlangt dieses Recht nicht nur die Bereitstellung von Gesundheitsinfrastruktur in einem eng verstandenen Sinn, sondern erstreckt sich auch auf weitere Faktoren, die zum Erhalt eines möglichst guten Gesundheitszustandes erforderlich sind, wie etwa genügende Nahrung, ausreichende Unterkunft, sanitärische Anlagen und gesunde Arbeitsbedingungen¹¹. Spezifisch im Bereich übertragbarer Krankheiten stehen Staaten unter einer Verpflichtung, Präventionsprogramme zu initiieren und den diskriminierungsfreien Zugang zu Präventionsmitteln zu ermöglichen. Dies gilt auch bei sexuell übertragbaren Krankheiten und namentlich bei HIV/Aids¹². All diese Verpflichtungen sind jedoch grundsätzlich nicht unmittelbar, sondern *progressiv*, d.h. unter prioritärem Einsatz vorhandener Ressourcen zu erfüllen¹³ und begründen daher grundsätzlich keine individuell durchsetzbaren Rechtsansprüche. Der Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vertritt jedoch die Ansicht, dass das Recht auf Gesundheit, wie die übrigen Paktrechte, einen harten Kern, den sog. *minimal core content*, enthält, dessen Nichterfüllung die eigentliche Substanz dieser Rechte aushöhlen und seines Sinnes berauben würde. Folglich hat dieses Organ festgehalten, dass Vertragsstaaten einer Minimalverpflichtung unterstehen, unmittelbar die Verwirklichung eines Kernbereichs des Rechts auf Gesundheit zu erfüllen, und sie ansonsten diese Garantie verletzen¹⁴. Zu diesen grundlegenden Verpflichtungen, die auch einen individuellen Rechtsanspruch

¹⁰ Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, General Comment 14 (2000), Ziff. 12. Vgl. dazu auch *Walter Kälin/Jörg Künzli*, Universeller Menschenrechtsschutz, Basel/Baden-Baden 2005, S. 316. Gemäss dem Ausschuss gehört zur Zugänglichkeit insbesondere auch die wirtschaftliche Zugänglichkeit, d.h. „health facilities, goods and services must be affordable to all“ (a.a.O.).

¹¹ Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, General Comment 14, Ziff. 4.

¹² Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, General Comment 14, Ziff. 16.

¹³ Siehe Art. 2 Pakt I.

¹⁴ Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, General Comment 3, Ziff. 10, und spezifisch für das Recht auf Gesundheit, General Comment 14, Ziff. 43. Eine Verletzung kann einzig abgewendet werden, wenn ein betroffener Staat nachweisen kann, dass trotz prioritärem Einsatz aller vorhandenen Ressourcen selbst eine medizinische Grundver-

begründen, zählt das Überwachungsorgan unter anderem die Gewährleistung des Zugangs „to health facilities, goods and services on a non-discriminatory basis, especially for vulnerable or marginalized groups“. Als von vergleichbarer Priorität werden zudem staatliche Massnahmen „to prevent, treat and control epidemic and endemic diseases“ eingestuft¹⁵. Weitergehenden, unmittelbaren Verpflichtungen unterliegen Staaten gegenüber Personen, die ihre Subsistenzbedürfnisse nicht mehr selbständig befriedigen können, weil sie sich in staatlichem Gewahrsam oder sonst unter mehr oder weniger vollständiger staatlicher Kontrolle befinden oder anderen staatlichen Einschränkungen unterliegen¹⁶. Solche Personen haben einen subjektiven Anspruch auf medizinisch gebotene Leistungen, welche über das Minimum des harten Kerns hinausgehen. Dies gilt im vollem Umfang etwa für Menschen, die sich in Untersuchungshaft oder *Strafgefängenschaft* befinden, oder welchen gestützt auf strafrechtlich angeordnete Massnahmen oder einen fürsorgerischen Freiheitsentzug ihre Bewegungsfreiheit und damit auch die *Möglichkeit entzogen wurde, frei über die benötigten Gesundheitsleistungen zu befinden*. Spezifisch für Minderjährige und Frauen begründen überdies die Übereinkommen über die Rechte des Kindes (KRK) und das Übereinkommen zur Beseitigung der Diskriminierung der Frau (FDK) ein spezifisches Recht auf Gesundheit¹⁷ resp. ein Verbot der Diskriminierung der Frau im Gesundheitsbereich¹⁸.

Das schweizerische Bundesgericht anerkennt die Möglichkeit einer direkten Berufung durch Individuen (Justiziabilität) auf soziale Menschenrechte im Allgemeinen und die Garantien des Pakts I im Besonderen und damit deren subjektiv-rechtlichen Gehalt gestützt auf die Botschaft des Bundesrats zum Pakt I¹⁹ nur mit grosser Zurückhaltung. Es macht geltend, die Garantien von Pakt I, und mithin auch das Recht auf Gesundheit, richten sich nicht an Einzelpersonen, sondern primär an den Gesetzgeber²⁰. Folglich begründen nach dieser Ansicht des Gerichts – die von der herrschenden juristischen Doktrin nahezu unisono kritisiert und auch explizit vom Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte gegenüber der Schweiz als unzutreffend gerügt wurde²¹ – die Garantien dieses Vertrages und die Sozialrechte der KRK in der Schweiz keine subjektiven, einklagbaren Rechte. Dies gilt auch für jene Bereiche des Rechts auf Gesundheit, die unmittelbar verpflichtend sind und daher gemäss dem Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte am effizientesten durch die Zurverfügungstellung gerichtlichen Rechtsschutzes umgesetzt werden können²². Da im Unter-

sorgung nicht gewährleistet werden kann. Ein solcher Nachweis dürfte für Industriestaaten nicht zu erbringen sein.

¹⁵ Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, General Comment 14, Ziff. 43 resp. 44.

¹⁶ Siehe dazu *Kälin/Künzli* (Anm. 10) S. 302f.

¹⁷ Art. 24 KRK bestimmt: „(1) Die Vertragsstaaten erkennen das Recht des Kindes auf das erreichbare Höchstmass an Gesundheit an sowie auf Inanspruchnahme von Einrichtungen zur Behandlung von Krankheiten und zur Wiederherstellung der Gesundheit. Die Vertragsstaaten bemühen sich sicherzustellen, dass keinem Kind das Recht auf Zugang zu derartigen Gesundheitsdiensten vorenthalten wird. (2) Die Vertragsstaaten bemühen sich, die volle Verwirklichung dieses Rechts sicherzustellen, und treffen insbesondere geeignete Massnahmen, um (...) b) sicherzustellen, dass alle Kinder die notwendige ärztliche Hilfe und Gesundheitsfürsorge erhalten, wobei besonderer Nachdruck auf den Ausbau der gesundheitlichen Grundversorgung gelegt wird; (...)“. Der Wortlaut dieser Bestimmung orientiert sich offensichtlich an demjenigen von Art. 12 Pakt I. Die Aussagen zu Inhalt, Verpflichtungsschichten und Verpflichtungsarten gelten daher hier analog. Allerdings sind doch auch für die vorliegende Fragestellung relevante Unterschiede zwischen den beiden Garantien auszumachen. So stipuliert Art. 24 KRK bereits in seinem einleitenden Absatz ein explizites Recht des Kindes, d.h. von allen Personen unter 18 Jahren, auf Inanspruchnahme von (vorhandener) Gesundheitsinfrastruktur. Dieser Gedanke wird im folgenden Satz durch die Statuierung einer korrespondierenden Leistungspflicht aufgenommen, welche die Staaten anhält, mittels gesetzlicher und anderer Massnahmen sicherzustellen, dass alle Kinder Zugang zu solcher Infrastruktur haben. Für Personen unter 18 Jahren wird damit wohl ein subjektives Recht auf Zugang zu bestehender Gesundheitsinfrastruktur geschaffen.

¹⁸ Siehe Art. 12 FDK.

¹⁹ BBl 1991 I 1193.

²⁰ Es ist davon auszugehen, dass diese Schlussfolgerungen auch für das Recht auf Gesundheit gemäss Art. 24 KRK gelten.

²¹ Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, Concluding Observations Switzerland (1998).

²² Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, General Comment 3, Ziff. 5.

schied etwa zum Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (Pakt II) und der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) der Pakt I und die KRK keine Möglichkeit vorsehen, gegen höchstrichterliche nationale Entscheide mittels einer Individualbeschwerde an ein internationales Gericht oder einen gerichtsähnlichen Spruchkörper zu gelangen, kann gegen diese Praxis nicht vorgegangen werden. Immerhin scheint das Bundesgericht in seinem neuesten Entscheid²³ zu dieser Frage insofern eine Praxisänderung vorgenommen zu haben, als es neu bereit ist, den Gehalt der Paktrechte im Rahmen der Auslegung des einschlägigen Verfassungsrechts mit zu berücksichtigen.

Damit erscheint die Frage umso bedeutsamer, wie das Recht auf Gesundheit *landesrechtlich* geschützt wird: Die Bundesverfassung kennt kein Recht auf Gesundheit, sondern regelt diese Materie unter der Überschrift ‚Sozialziele‘ in Art. 41 Abs. 1 BV. Gemäss dieser Bestimmung setzen sich „Bund und Kantone (...) in Ergänzung zu persönlicher Verantwortung und privater Initiative dafür ein, dass: (...) b. jede Person die für ihre Gesundheit notwendige Pflege erhält“²⁴. Art. 41 BV gewährt dem Einzelnen aber als Sozialziel explizit kein subjektives Recht auf Zugang zu genügender medizinischer Versorgung, sondern richtet sich einzig an den Gesetzgeber, der diese Verpflichtungen progressiv zu erfüllen hat. Zudem hält bereits der Wortlaut des Sozialziels fest, dass das durch diese Bestimmung geforderte Engagement des Bundes und der Kantone „in Ergänzung zu persönlicher Verantwortung und privater Initiative“ erfolgen soll und daher subsidiären Charakter aufweist. Diese Subsidiaritätsklausel macht indes nur in denjenigen Bereichen Sinn, in welchen Private ihre sozialen Bedürfnisse auch effektiv selbständig befriedigen können, d.h. keinesfalls in Haftsituationen.

Aus dem Fehlen eines subjektiven Rechts auf Gesundheit im schweizerischen Verfassungsrecht kann indes nicht auf ein Fehlen des Grundrechtsschutzes im Bereich der Gesundheit Inhaftierter geschlossen werden. Vielmehr hat das Bundesgericht in einer kreativen Rechtsprechung aus der Garantie der Persönlichen Freiheit (Art. 10 BV) detaillierte grundrechtliche Minimalanforderungen an einen menschenwürdigen, von schikanösen und sachlich nicht begründeten Eingriffen freien Vollzug entwickelt²⁵. So anerkennt es einen subjektiven Anspruch aller inhaftierten Personen auf genügende ärztliche Betreuung. Gemäss der oben erwähnten Praxisänderung des Bundesgerichts zur direkten Anwendung des Pakts I muss es daher seit Neuem auch möglich sein, eine Verletzung der Gehalte von Art. 12 Pakt I und Art. 24 KRK wenigstens auf indirektem Weg vor Bundesgericht zu thematisieren.

b. Verbot unmenschlicher und erniedrigender Behandlungen

Auch die EMRK und der Pakt II verankern kein Recht auf Gesundheit. Gesundheitsrelevante Fragen in Haftsituationen sind daher unter Abstützung auf das Verbot der Folter und der unmenschlichen und erniedrigenden Behandlung zu beurteilen. Während in einer älteren Rechtsprechung der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) schlechte Haftbedingungen und mangelnde Gesundheitsversorgung kaum je als Verletzung des in Art. 3 EMRK verankerten Verbots taxierte²⁶, änderte er in den letzten Jahren seine Praxis: So ist gemäss

²³ BGE 130 I 113. Siehe dazu *Walter Kälin*, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts 2004 und 2005, ZBJV 2005, S. 685, und die Besprechung des Entscheides durch *Yvo Hangartner*, Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 2004, S. 1250ff.

²⁴ Siehe zu dieser Bestimmung *Bigler-Eggenberger*, in *Ehrenzeller et. Al.* (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, Zürich/Basel/Genf 2002, S. 522ff, insb. Rz. 37ff.

²⁵ Dazu grundlegend BGE 102 Ia 279.

²⁶ Siehe dazu *Jim Murdoch*, The Treatment of Prisoners, European Standards, Strasbourg 2006, S. 219f.

einer seit dem Jahr 2000 verwendeten Standardformulierung ein Vertragsstaat gemäss Art. 3 EMRK verantwortlich, dass Inhaftierte unter Bedingungen festgehalten werden,

„which are compatible with respect for his human dignity, that the manner and method of the execution of the measure do not subject him to distress or hardship of an intensity exceeding the unavoidable level of suffering inherent in detention 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“²⁷.

Diese Garantie verbietet damit nicht nur eine derart menschenrechtswidrige Behandlung, sondern verlangt konkret auch die Ergreifung von Präventionsmassnahmen zum Schutz der physischen Integrität von Gefangenen²⁸. Ein inadäquates Niveau der Gesundheitsfürsorge kann daher „schnell zu Situationen führen, die in den Bereich des Begriffs ‚unmenschliche und erniedrigende Behandlung‘ fallen“²⁹, selbst falls keine entsprechende Absicht der Vollzugbehörden besteht³⁰. Bedeutungsvoll für die Thematik dieser Studie ist schliesslich, dass menschenrechtliche Überwachungsorgane angesichts der notorisch schwierigen Beweislage in Haftsituationen in konstanter Praxis eine Beweislastumkehr vorsehen: Verlässt daher eine vor Haftantritt gesunde Person eine Haftanstalt mit Gesundheitsbeeinträchtigungen, hat der *Staat nachzuweisen*, dass diese nicht Folge seiner mangelnden Beachtung menschenrechtlicher Verpflichtungen sind³¹.

c. Recht auf menschenwürdige Haftbedingungen

Der einzig in Art. 10 UNO Pakt II verankerte Anspruch auf menschenwürdige Haftbedingungen ergänzt als Komplementärrecht das Verbot der unmenschlichen und erniedrigenden Behandlung. Ebenfalls ausgehend vom Grundsatz, dass Inhaftierte „may not be subject to any hardship or constraint other than that resulting from the deprivation of liberty“³², auferlegt er den Staaten primär positive Verpflichtungen, die unabhängig von vorhandenen Ressourcen zu beachten sind³³. So müssen Staaten z.B. eine minimale Zelleninfrastruktur und eine angemessene medizinische Versorgung sicherstellen.

d. Recht auf Leben

Führt eine mangelnde Gesundheitsversorgung in einer Haftsituation gar zum Tod eines Häftlings, kann aus evidenten Gründen das etwa in Art. 10 Abs. 1 BV, Art. 2 EMRK und Art. 6 Pakt II verankerte Recht auf Leben verletzt sein. Wie der Ausschuss für Menschenrechte festgehalten hat, kann dieses Recht aber auch verletzt werden, wenn ein Staat keine Massnahmen gegen die Ansteckung mit übertragbaren, potentiell tödlichen Krankheiten in Haftanstalten ergreift; etwa indem er es unterlässt, „to separate detainees with communicable diseases from other detainees“³⁴.

²⁷ EGMR, Grand Chamber, *Kudla v. Poland*, Reports 2000-XI, Ziff. 94; siehe auch *Valašinas v. Lithuania*, Reports 2001-VIII, Ziff. 102, und *Novosel v. Russia*, Application 66460/01, Ziff. 39.

²⁸ Siehe z.B. EGMR, *Pantea v. Romania*, Application 33343/96, Ziff. 189.

²⁹ Europäischer Ausschuss zur Verhütung der Folter (CPT), 3. Jahresbericht, Gesundheitsdienste in Gefängnissen, CPR/Inf(92)3, Ziff. 30. Siehe auch EGMR, Grand Chamber, *Ilhan v. Turkey*, Reports 2000-VII, Ziff. 87.

³⁰ Siehe etwa EGMR, *Kalashnikov v. Russia*, Reports 2002-VI, Ziff. 101.

³¹ Siehe EGMR, *Aktas v. Turkey*, Application 24351/94, Ziff. 291, und Menschenrechtsausschuss, *Terán Jijón v. Ecuador*, Communication 277/1988, Ziff. 5.4.

³² Menschenrechtsausschuss, General Comment 21, Ziff. 3.

³³ A.a.O., Ziff. 4.

³⁴ Menschenrechtsausschuss, *Cabal and Pasini v. Australia*, Communication 1020/2002, Ziff. 7.7.

e. Rechtsgleichheit und Diskriminierungsverbot

Der Grundsatz, wonach Inhaftierte keinen weitergehenden Rechtsbeschränkungen als solchen unterliegen, die mit dem Freiheitsentzug und dem Zusammenleben in einer Haftanstalt notwendigerweise verbunden sind, kann schliesslich auch als spezifische strafvollzugsrechtliche Ausprägung des Rechtsgleichheitsgebots gemäss Art. 8 BV interpretiert werden. Unterschiedliche Gesundheitsangebote gegenüber inhaftierten Personen sind daher nur gestützt auf sachliche Gründe zulässig.

3. ‚Soft law‘ - Vorgaben

Ergänzt und konkretisiert wird dieses verbindliche „hard law“ durch einen stetig wachsenden Korpus normativ an sich nicht bindender internationaler Vorgaben, etwa in Form von Beschlüssen internationaler Organisationen. Von zentraler Relevanz sind neben spezifischen Empfehlungen zum Gesundheitsschutz Inhaftierter insbesondere die im Jahr 2006 überarbeiteten Europäischen Strafvollzugsgrundsätze³⁵ sowie die „Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners“ der Vereinten Nationen. Die in solchen Dokumenten verankerten Grundsätze begründen zwar keine subjektiven Rechte, d.h. keine eigentlichen Rechtsansprüche inhaftierter Personen oder Verpflichtungen des Staates, sie sind aber, wie vom Bundesgericht verschiedentlich bestätigt³⁶, im Rahmen der Auslegung der relevanten Grund- und Menschenrechte zu berücksichtigen. Ebenfalls nicht ohne sachliche Begründung abgewichen werden soll von Richtlinien internationaler Fachorganisationen zu dieser Thematik³⁷. Auf den Inhalt dieser Vorgaben soll anlässlich der Darstellung der zulässigen repressiven und der gebotenen präventiven Massnahmen zur Vermeidung der Übertragung von Infektionskrankheiten eingegangen werden³⁸.

4. Menschen- und grundrechtliche Verpflichtungsschichten insbesondere in Haftsituationen

Gemäss einer heute weitgehend anerkannten und auch durch die Praxis internationaler Menschenrechtsorgane und das Bundesgericht bestätigten Auffassung verpflichten Grund- und Menschenrechte Staaten nicht nur zu einem negativen Verhalten, d.h. einem Unterlassen. Vielmehr geht ein modernes Verständnis von einer Verpflichtungstrias aus. Demgemäss begründen diese Rechte neben Unterlassungs- auch Schutz- und eigentliche Leistungs- oder Gewährleistungsverpflichtungen.

³⁵ Siehe Anm. 6.

³⁶ Siehe z.B. BGE 118 Ia 64 und 123 I 221.

³⁷ Dazu gehören etwa die *WHO Guidelines on HIV Infection and AIDS in Prisons* von 1993, WHO/GPA/DIR/93.3; die *International Guidelines on HIV/AIDS and Human Rights* des Hochkommissariats für Menschenrechte und von UNAIDS vom Sept. 1996, UN Doc. HR/PUB/98/1; Haftanstalten, Drogen und die Gesellschaft, Eine Stellungnahme zu Grundsätzen, Massnahmen und Praktiken des Projekts Gesundheit in Strafanstalten der WHO (Regionalbüro Europa) und der Pompidou Gruppe des Europarats aus dem Jahr 2001; sowie etwa die gemeinsam vom UN Office on Drugs and Crime, UNAIDS und der WHO erlassenen Richtlinien über *HIV/AIDS Prevention, Care, Treatment and Support in Prison Settings - A Framework for an Effective National Response* aus dem Jahr 2006. Weiter sind Richtlinien von durch verschiedene Regierungen unterstützten NGO-Fachtagungen zu berücksichtigen, die basierend auf rechtlichen Vorgaben „best practices“ entwickeln: Dazu zählen etwa die *Warsaw Declaration: A Framework for Effective Action on HIV/AIDS and Injecting Drug Use* vom November 2003 und die *Dublin Declaration on HIV/AIDS in Prisons in Europe and Central Asia* vom Februar 2004.

³⁸ Siehe unten lit. C und D.

a. Unterlassungspflichten

Staaten haben das Recht auf Gesundheit zu respektieren. Erschweren oder verunmöglichen sie den Zugang zu Gütern des präventiven und therapeutischen Gesundheitsschutzes für Inhaftierte Personen, und bewirkt dieser Entzug direkt eine Gesundheitsbeeinträchtigung, greifen sie daher in grundrechtlich geschützte Bereiche ein³⁹. Bewirken derartige repressive Massnahmen körperliche Beschwerden, vorzeitige oder vermeidbare Todesfälle, verletzt ein Staat mutmasslich seine Unterlassungspflichten aus dem Recht auf Gesundheit resp. gesundheitsrelevante Grund- und Menschenrechte⁴⁰, es sei denn, diese Massnahmen beruhen auf einer gesetzlichen Grundlage, sie lägen im öffentlichen Interesse⁴¹ und sie seinen verhältnismässig ausgestaltet⁴². Erfüllt ein derartiger Eingriff hingegen den Tatbestand der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung, stellt er ausnahmslos eine Grund- oder Menschenrechtsverletzung dar.

b. Schutzpflichten

In ihrer Schutzfunktion verpflichten Grund- und Menschenrechte den Staat zur Vermeidung von Übergriffen durch Privatpersonen. Diese gelten nicht in absoluter Weise. Vielmehr verletzt ein Staat durch mangelnde Schutzgewährung seine rechtlichen Verpflichtungen nur, wenn seine Organe bei Wahrung der erforderlichen Sorgfalt die Gefahr hätten erkennen können und die Möglichkeit besessen hätten, den privaten Übergriff zu vermeiden⁴³. Verlangt sind daher vernünftige und der Situation angemessene Schutzmassnahmen. Befindet sich hingegen eine Person unter vollständiger Kontrolle des Staates, wenden die internationalen Menschenrechtsorgane einen strengeren Massstab zur Beurteilung der angemessenen Sorgfalt an⁴⁴. Dies führt dazu, dass ein Staat gegenüber einer Person, die er verhaftet, faktisch *in vollem Umfang für seine Gesundheit verantwortlich* wird⁴⁵. Zudem anerkennen menschenrechtliche Überwachungsorgane, dass ein Staat zur Vermeidung der von Dritten ausgehenden Gefahren selber aktiv werden muss und sich nicht auf das Argument stützen kann, eine inhaftierte Person habe nicht um staatlichen Schutz nachgesucht⁴⁶. Dies bedeutet auch, dass ein Staat

³⁹ Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, General Comment 14, Ziff. 34: „In particular, States are under the obligation to *respect* the right to health by, *inter alia*, refraining from denying or limiting equal access for all persons, *including prisoners or detainees*, (...), to preventive, curative and palliative health services“.

⁴⁰ Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, General Comment 14, Ziff. 50: „Violations of the obligation to respect are those State party actions, policies or laws that contravene the standards set out in article 12 of the Covenant and are likely to result in bodily harm, unnecessary morbidity and preventable mortality. Examples include the denial of access to health facilities, goods and services to particular individuals or groups as a result of de jure or de facto discrimination“.

⁴¹ Eingriffe in das Recht auf Leben sind einzig zur Verfolgung der in Art. 2 Abs. 2 lit. a-c abschliessend aufgezählten öffentlichen Interessen zulässig, die in der hier relevanten Thematik kaum einschlägig sind.

⁴² Siehe Art. 36 BV und Art. 4 Pakt I.

⁴³ Siehe dazu grundlegend EGMR, *Osman v. United Kingdom*, Reports 1998-VIII, und *Edward v. The United Kingdom*, Application no. 46477/99: „55. (...) For a positive obligation to arise, it must be established that the authorities knew or ought to have known at the time of the existence of a real and immediate risk to the life of an identified individual from the criminal acts of a third party and that they failed to take measures within the scope of their powers which, judged reasonably, might have been expected to avoid that risk“.

⁴⁴ Siehe dazu Kälin/Künzli (Anm. 10) S. 336.

⁴⁵ EGMR, *Selmouni v. France*, Application 25803/94, Ziff. 87ff; *Salman v. Turkey*, Application 21986/93, Ziff. 99, und *Edwards v. The United Kingdom*, Reports 2002-II: „56. In the context of prisoners, the Court has had previous occasion to emphasize that persons in custody are in a vulnerable position and that the authorities are under a duty to protect them. It is incumbent on the State to account for any injuries suffered in custody“. Siehe auch Menschenrechtsausschuss, *Lantsova v. Russia*, Communication 763/1997, Ziff. 9.2: „[T]he essential fact remains that the State party by arresting and detaining individuals takes the responsibility to care for their life. It is up to the State party by organizing its detention facilities to know about the state of health of the detainees as far as may be reasonably expected.“

⁴⁶ Menschenrechtsausschuss, *Lantsova v. Russia*, Communication 763/1997, Ziff. 9.2: „The Committee affirms that it is incumbent on States to ensure the right of life of detainees, and not incumbent on the latter to request protection“.

sich nicht auf den blossen Erlass von Verboten und Handlungsanweisungen beschränken darf in der Hoffnung darauf, dass diese auch eingehalten werden.

Diese Überlegungen werden auch im schweizerischen Gesetzesrecht aufgenommen. So enthalten der neue Allgemeine Teil des StGB und kantonale Gesetze eine allgemeine Verpflichtung, „schädlichen Folgen des Freiheitsentzugs (...) entgegenzuwirken“⁴⁷. Diese wird von *Baechtold* treffend als „besondere Fürsorgepflicht“ des Staates bezeichnet⁴⁸.

c. Gewährleistungspflichten

Auf einer letzten Stufe ist der Staat schliesslich zu eigentlichen Leistungserbringungen verpflichtet. So hat er Haftanstalten mittels baulicher und organisatorischer Massnahmen so einzurichten, dass die Gesundheit von Gefangenen möglichst nicht gefährdet wird⁴⁹. Zudem hat er Güter des präventiven und therapeutischen Gesundheitsschutzes unentgeltlich oder zumindest in demselben Ausmass wie ausserhalb einer Hafteinrichtung in einer für alle Inhaftierten finanziell erschwinglichen Weise zur Verfügung zu stellen⁵⁰.

5. Fazit: Umfassende Verantwortlichkeit des Staates für die Gesundheit der Gefangenen

Grund- und Menschenrechte begründen unter verschiedensten Grundlagen ein eigentliches, auch die Schweiz bindendes Recht auf Gesundheit von Personen in Haft. Die Schweiz unterliegt daher einer umfassenden menschen- und grundrechtlichen Verantwortung für den Schutz der Gesundheit Inhaftierter in einem weit verstandenen Sinn. Mit anderen Worten trägt sie grundsätzlich die Verantwortung für die Verhinderung aller Formen einer Gesundheitsbeeinträchtigung Inhaftierter⁵¹. Der offizielle Kommentar zu den Europäischen Strafvollzugsgrundsätzen leitet diese Pflicht direkt auch dem Recht auf Gesundheit von Art. 12 Pakt I ab und verdeutlicht ihn in folgender Weise:

„When a State deprives people of their liberty it is on a responsibility to look after their health in terms both of the conditions under which it detains them and of the individual treatment that may be necessary. Prison authorities have a responsibility not simply to ensure effective access for prisoners to medical care but also to establish conditions that promote the well being of both prisoners and prison staff. Prisoners should not leave prison in a worse condition than when they entered“⁵².

⁴⁷ Art. 75 Abs. 1 StGB und z.B. Solothurn: Gesetz über den Vollzug von Freiheitsstrafen und sichernden Massnahmen, vom 3. März 1991, BGS 331.11, § 13 Abs. 3.

⁴⁸ *Baechtold* (Anm. 8) S. 107.

⁴⁹ So besonders deutlich der Menschenrechtsausschuss in seinen Concluding Observations zum Staatenbericht von Moldawien (ICCPR, A/57/40 vol. I (2002) S. 76, Ziff. 84(9): „The Committee is deeply concerned at the conditions prevailing in the State party's detention facilities, in particular its failure to comply with international standards (...), including the guarantees provided in articles 7 and 10 of the Covenant. It is particularly disturbed at the prevalence of disease, notably tuberculosis, which is a direct result of prison conditions. It reminds the State party of its obligation to ensure the health and life of all persons deprived of their liberty. Danger to the health and lives of detainees as a result of the spread of contagious diseases and inadequate care amounts to a violation of article 10 of the Covenant and may also include a violation of articles 9 and 6.“

⁵⁰ Dieser Anspruch scheint in verschiedenen schweizerischen Hafteinrichtungen nicht gewährleistet zu sein: Siehe *Miriam Gerlich/Ulrich Frick/Ambros Uchtenhagen*, Erfassung und Behandlung von chronischen Infektionskrankheiten in Haft- und Strafanstalten in der Schweiz, Forschungsbericht aus dem Institut für Suchtforschung, Dez. 2004, Bericht Nr. 194, S. 8ff, wobei die Begründungen, es sei kein interner Gesundheitsdienst vorhanden oder es fände keine Kostenübernahme statt, besondere Bedenken erweckte (siehe a.a.O., S. 13, Abbildung 6).

⁵¹ Menschenrechtsausschuss, *Fabrikant v. Canada*, Communication 970/2001, Ziff. 9.3: „Without considering the issue of whether a detainee has a right to choose or refuse a particular medical treatment, the Committee observes that at any rate the State party remains responsible for the life and well-being of its detainees“. Europäische Strafvollzugsgrundsätze (Anm. 6), Ziff. 39: „Prison authorities shall safeguard the health of all prisoners in their care“.

⁵² Kommentar zu den Europäischen Strafvollzugsgrundsätzen (Anm. 6) vom 2. November 2005, CM Documents CM2005)163, Addendum, Rule 39. Siehe auch Code of Conduct for Law Enforcement Officials, Adopted by General

Ganz allgemein verankert auch Art. 75 StGB diesen Grundsatz, wenn er lapidar festhält, dass der Strafvollzug „schädlichen Folgen des Freiheitsentzugs entgegenzuwirken“ hat.

Von dieser rechtlichen Verantwortlichkeit kann sich der Staat im Fall einer eingetretenen Gesundheitsschädigung nur entziehen, wenn er nachweisen kann, dass dieser Gesundheitsschaden nicht durch staatliche Organe direkt verursacht wurde und (kumulativ) trotz aller zumutbaren Überwachungs- und Präventionsmassnahmen eingetreten ist, wobei an die Zumutbarkeit in Haftsituationen ein rigider Massstab anzulegen ist. Gelingt ihm dies nicht, liegt eine Menschen- oder Grundrechtsverletzung vor.

B. INSBESONDERE DIE VERPFLICHTUNG ZUR VERHINDERUNG DER ANSTECKUNG MIT INFEKTI- ONSKRANKHEITEN WÄHREND HAFTSITUATIONEN

1. Menschen- und grundrechtliche Verpflichtung zum Schutz vor Fremd- und vor Eigengefährdung in Haftsituationen

Gefahren für die Gesundheit Inhaftierter Personen können aus drei Quellen herrühren, die rechtlich unterschiedlich zu bewerten sind: So kann die Übertragung einer Infektionskrankheit (1.) durch das Aufsichtspersonal resp. dessen Verhalten, (2.) die Mithäftlinge oder (3.) durch bewusste Eigengefährdung geschehen. Die erste Konstellation bedarf keiner näheren Ausführungen: So erscheint selbstverständlich, dass der Staat in den (wohl äusserst seltenen) Fällen, in welchen die Ursache einer Übertragung von Infektionskrankheiten auf gewalttätigen Übergriffen sexuellen Kontakten des Gefängnispersonals mit Inhaftierten beruht, die volle Verantwortung trägt. Folglich steht der Staat unter einer absoluten menschen- und grundrechtlichen Unterlassungspflicht, derartige Übertragungen zu verhindern. Ausführlicherer Erwägungen bedürfen hingegen die Konstellationen (2.) und (3.): Zur Klärung der rechtlichen Verpflichtungen des Staates empfiehlt es sich dabei zu unterscheiden, ob eine Übertragung der Infektionskrankheit ohne Mitwirkung der infizierten Person oder unter ihrer Mitwirkung erfolgte:

- *Schutz vor Übertragung ohne Mitwirkung des Angesteckten:* Ein derartiger Übertragungsweg ist generell im Fall von *Tröpfcheninfektionen*, wie z.B. Tuberkulose, möglich. Sie ist aber auch bei sog. Kontaktinfektionen, wie Aids und Hepatitis, nicht ausgeschlossen, etwa im Falle einer Vergewaltigung durch Mithäftlinge oder eines anderen gegen den Willen des Opfers erfolgten sexuellen Kontakts. Infiziert sich eine inhaftierte Person auf diese Weise, greift die oben umschriebene Schutzpflicht resp. die Fürsorgepflicht des Staates in besonders strenger Form, war es doch der Staat, der das Opfer durch die Inhaftnahme in diese Risikosituation brachte. Mit anderen Worten entsteht in solchen Konstellationen automatisch eine staatliche Verantwortlichkeit⁵³. Wurde die Infektion mittels eines Gewaltdelikts übertragen, verletzt der Staat seine Schutzpflichten überdies auch bei nicht

Assembly resolution 34/169 of 17 December 1979, Art. 6: „Law enforcement officials shall ensure the full protection of the health of persons in their custody and, in particular, shall take immediate action to secure medical attention whenever required“.

⁵³ Menschenrechtsausschuss, *Cabal and Pasini v. Australia*, Communication 1020/2002, Ziff. 7.7. Siehe auch EGMR, *Khokhlich v. Ukraine*, Application 41707/98, wo der Gerichtshof im Fall eines an Tuberkulose erkrankten Häftlings nur deshalb nicht von einer Verletzung von Art. 3 EMRK ausging, weil nicht nachgewiesen werden konnte, dass die Ansteckung durch einen Mithäftling erfolgte.

erfolgter Übertragung der Infektion, umfassen doch die staatlichen Schutzpflichten aus dem Verbot der unmenschlichen und erniedrigenden Behandlung insbesondere Massnahmen zum Schutz vor Gewalttätigkeiten und insbesondere vor Sexualdelikten⁵⁴.

- Häufiger dürfte indes im Haftalltag eine *Ansteckung mit Zutun* der angesteckten Person erfolgen. Typischerweise besteht diese Übertragungsgefahr im Fall von *Kontaktinfektionen* in Haftsituationen auf dem Weg des Spritzentausches zwecks intravenösen Drogenkonsums, Tätowierungen mit nicht sterilen Nadeln oder des ungeschützten einvernehmlichen Sexualverkehrs zwischen Mitgefangenen⁵⁵. Wie weit reichen in solchen Fällen einer „Mitverantwortung“ der infizierten Person die staatlichen Schutzpflichten? Als Ausgangspunkt zur Klärung dieser Fragestellung kann die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zur Schutzpflicht gegenüber Eigengefährdung und konkret zur Vermeidung von Suiziden in Haftsituationen herangezogen werden. Auch in diesen Fallkonstellationen vertritt das Gericht, ohne hier in die Details zu gehen, die Auffassung, der Staat unterstehe gegenüber Personen in Haft einer Verpflichtung, sie vor Eigengefährdungen zu schützen, falls Indizien auf eine Suizidabsicht hindeuteten⁵⁶. Erst recht muss damit vom Bestehen einer Schutzpflicht in Situationen wie der hier besprochenen ausgegangen werden, in welchen eine Infektion zwar mit Zutun des Opfers, aber ohne entsprechende Selbstgefährdungsabsicht übertragen wird. Zudem stellt sich zumindest die Frage, ob und in welchem Ausmass etwa im Fall einer drogenabhängigen Person von einer bewussten Eigengefährdung ausgegangen werden kann. Weiter gilt es auch hier zu berücksichtigen, dass wiederum die Inhaftnahme und die damit verbundenen Schwierigkeiten der Beschaffung von sterilen Spritzen oder Präservativen Inhaftierte weit mehr als ausserhalb einer Haftsituation zu einem solchen Risikoverhalten „zwingt“. Angesichts der Tatsache, dass zweifellos von einem Wissen der Leitung von Haftanstalten um die Gefahr einer derartigen Übertragung von Kontaktinfektionen ausgegangen werden kann, ergibt sich zwingend eine Schutzpflicht des Staates, derartige Übertragungswege möglichst zu unterbinden. Dies kann grundsätzlich auf zwei Wegen geschehen: Entweder indem die Anstalt mittels repressiven Massnahmen sicherstellen kann, dass innerhalb der Vollzugsanstalt keine Injektionsinstrumente zirkulieren und Sexualkontakte zwischen Inhaftierten ausgeschlossen sind⁵⁷ oder indem sie die notwendigen Präventionsgüter zur Verfügung stellt⁵⁸. Auch hier gilt indes, dass diese Schutzpflicht nicht als Erfolgs- sondern als strikte Verhaltensverpflichtung einzustufen ist. In dem Sinn kann dem Staat auch im Falle einer

⁵⁴ Empfehlung R(98)7 des Ministerkomitees des Europarats vom 8. April 1998, Ethische und organisatorische Aspekte der gesundheitlichen Vorsorge in Vollzugsanstalten, Ziff. 64. So auch generell Empfehlung Rec(2003)23 des Ministerkomitees des Europarates vom 9. Okt. 2003, Die Behandlung der zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilten und anderer Langzeitgefangenen durch die Strafvollzugsverwaltungen, Ziff. 20 lit. a. und 26, und CPT, 11. Jahresbericht, Ziff. 31. Vgl. auch Europäische Strafvollzugsgrundsätze (Anm. 6), Ziff. 25.4; WHO Guidelines (Anm. 37), Ziff. 21; HIV/AIDS Prevention (Anm. 37) 19, Ziff. 23.

⁵⁵ *Iten/Gravier* (Anm. 4) S. 21ff.

⁵⁶ EGMR, *Keenan v. United Kingdom*, Reports 2001-III, Ziff. 89 und 109ff; *Trubnikov v. Russia*, Application 49790/99. Eine Verpflichtung zum Schutz vor Eigengefährdung legen auch die Empfehlung R(98)7 (Anm. 54) des Ministerkomitees des Europarats, Ziff. 58, und der 3. Jahresbericht des CPT (Anm. 29), Ziff. 57ff, nahe. Indirekt wird diese Einschätzung auch durch das Bundesgericht geteilt, siehe Urteil 1P.65/2004 vom 17. Mai 2004, E 5.2.1. Vgl. aus der kantonalen Gesetzgebung etwa Bern: Gesetz über den Straf- und Massnahmenvollzug (SMVG), vom 25. Juni 2003, BSG 341.1, Art. 58 Abs. 1: „Bestehen bei einer eingewiesenen Person in erhöhtem Masse Fluchtgefahr oder die Gefahr von Gewaltanwendung gegenüber Dritten, *sich selbst* oder Sachen, verfügt die Leitung der Vollzugseinrichtung besondere Sicherungsmassnahmen“ (Hervorhebung durch die Autoren). Strafrechtlich ergibt sich die Pflicht schliesslich aus der Garantenstellung der kantonalen Vollzugsorgane; siehe dazu *Franz Riklin, Zwangsmassnahmen im Bereich der Gesundheitsfürsorge (Verweigerung der Behandlung, Hungerstreik)*, in *Queloz/Riklin/Senn/de Sinner* (Hrsg.), *Medizin und Freiheitsentzug*, Bern 2002, S. 59ff.

⁵⁷ Zur rechtlichen Zulässigkeit solcher Massnahmen siehe anschliessend lit. C.

⁵⁸ Dazu detailliert unten lit. D.

während der Haft erfolgten Infektion zweifellos keine Menschen- oder Grundrechtsverletzung vorgeworfen werden, falls er beispielsweise Inhaftierten Informationsmaterial, sterile Spritzen oder Präservative zur Verfügung stellt, diese aber nicht benutzt werden.

- Diese Erwägungen sind zudem in einen erweiterten Kontext zu stellen: Angesicht der Tatsache, dass die weit überwiegende Anzahl der inhaftierten Personen die Hafteinrichtung wieder verlassen und Teil der Gesellschaft ausserhalb der Haftanstalten werden, weist die haftinterne Verpflichtung zum Schutz vor Infektionskrankheiten auch einen engen Konnex mit der allerdings nur programmatischen menschenrechtlichen Verpflichtung des Staates zum Schutz seiner gesamten Bevölkerung vor derartigen Krankheiten auf. Wenn der Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte einen möglichst effizienten Einsatz der vorhandenen Ressourcen zur Erfüllung dieser progressiven Leistungspflicht verlangt, liegt es auch aus diesem Grund nahe, die beschränkten Gesundheitsressourcen auch im Interesse der gesamten Bevölkerung möglichst gezielt in eigentlichen „Risikozonen“ wie etwa Hafteinrichtungen einzusetzen.

2. Die Verpflichtung des Epidemiengesetzes

Auf gesetzlicher Ebene verdeutlicht das Epidemiengesetz⁵⁹ (EpG) insbesondere den letztgenannten Aspekt dieser Verpflichtungen, ohne allerdings entsprechende subjektive Rechte zu begründen. Gemäss Art. 1 EpG haben Bund und Kantone die „notwendigen Massnahmen“ zu ergreifen, „um übertragbare Krankheiten des Menschen zu bekämpfen“. Gemäss einhelliger Auffassung umfasst der Begriff der „Krankheitsbekämpfung“ nicht nur Massnahmen, um bereits ausgebrochene übertragbare Krankheiten im Sinne des EpG, wie etwa Hepatitis und HIV/Aids, zu bekämpfen, sondern auch die Prävention⁶⁰. Da Art. 1 EpG explizit auch die Kantone in die Pflicht nimmt, untersteht die Leitung kantonaler Haftanstalten auch gestützt auf dieser Grundlage einer Pflicht, zweckmässige Massnahmen zur Verhinderung der Übertragung von Infektionskrankheiten zu ergreifen⁶¹.

3. Fazit: Verpflichtungen zur Verhinderung der Übertragung von Infektionskrankheiten in Haftsituationen

Sowohl basierend auf grund- und menschenrechtlichen Verpflichtungen wie auch auf dem Epidemiengesetz untersteht der Bund einer Pflicht, inhaftierte Personen vor einer Ansteckung mit Infektionskrankheiten zu schützen.

Besteht die Gefahr einer Übertragung ohne Mitwirkung der potentiell angesteckten Person, wie allgemein bei Tröpfcheninfektionen und bei sexuellen Übergriffen, hat der Staat alle möglichen Massnahmen zu ergreifen, um einen derartigen Übertragungsweg zu verhindern. Andernfalls verletzt er seine Schutzpflichten gegenüber inhaftierten Personen.

Der Staat untersteht überdies einer Schutzpflicht zur Verhinderung der Übertragung von Kontaktinfektionen, selbst wenn diese Übertragung durch „Mitwirkung“ des potentiellen Opfers

⁵⁹ BG vom 18. Dezember 1970 über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen, SR 818.101.

⁶⁰ So bereits die Botschaft des Bundesrats zum EpG, BBl 1979 I 409. Siehe auch *Markus Müller*, Zwangsmassnahmen als Instrument der Krankheitsbekämpfung, Das Epidemiengesetz und die Persönliche Freiheit, Basel 1992, S. 36ff und S. 60f, und *Bundesamt für Justiz*, Rechtliche Konsequenzen bei der Verweigerung der Abgabe von sterilem Injektionsmaterial in Strafvollzugsanstalten, Gutachten vom Oktober 1995, S. 2.

⁶¹ So auch Bundesamt für Justiz, a.a.O., S.2.

einer Infektionskrankheit erfolgt. Diese Pflicht erfüllt der Staat, wenn er mittels repressiver Massnahmen Gewähr dafür bieten kann, dass die typischen Übertragungswege, wie Mehrfachbenutzung von Injektionsinstrumenten und ungeschützter Sexualverkehr, ausgeschlossen werden können und/oder falls er mittels Präventionsprogrammen und namentlich der Zurverfügungstellung der notwendigen Präventionsmittel die Gefahr eines Risikoverhaltens minimiert. Der Staat unterliegt diesbezüglich jedoch nicht einer Erfolgs-, sondern einer strikten Verhaltensverpflichtung, d.h. er verletzt seine Schutzpflichten nicht, falls etwa trotz Abgabe steriler Spritzen und Präservativen Inhaftierte sich als Folge freiwilligen Risikoverhaltens mit einer Infektionskrankheit anstecken.

C. SCHUTZ MITTELS REPRESSIVER MASSNAHMEN

Im folgenden Abschnitt ist zu klären, ob, in welchem Umfang und zur Verhinderung welcher Infektionskrankheiten ein Staat in rechtlich zulässiger Weise seine Schutzpflichten mittels repressiver Massnahmen erfüllen kann. Da solche Massnahmen stets einen Grundrechtseingriff darstellen, gilt es insbesondere das Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage, das öffentliche Interesse an einer solchen Massnahme und ihre Eignung, Tauglichkeit und Verhältnismässigkeit zu analysieren, um die rechtliche Zulässigkeit derartiger repressiver Massnahmen abschätzen zu können⁶².

1. Zwangsuntersuchungen

Jeder medizinische Eingriff und jede diagnostische Untersuchung einer Person stellt, basiert sie nicht auf einer freiwillige Einwilligung der davon betroffenen Person, dem sog. ‚informed consent‘, eine Beschränkung der Persönlichen Freiheit gemäss Art. 10 BV resp. des Rechts auf Privatleben gemäss Art. 8 EMRK und 17 Pakt II dar. Diese Garantien gelten indes nicht in absoluter Manier, sondern können unter Beachtung der oben umschriebenen Voraussetzungen eingeschränkt werden. In diesem Sinne sehen gewisse kantonale Strafvollzugserlasse explizit die Möglichkeit einer Zwangsuntersuchung inhaftierter Personen vor⁶³ und bieten damit eine gesetzliche Grundlage für diese Massnahme. Internationale soft law-Instrumente nehmen andererseits regelmässig gegen die Zulässigkeit solcher Massnahmen gegenüber Inhaftierten im Allgemeinen⁶⁴ und gegen zwangsweise Aids-Tests im Besonderen Stellung⁶⁵. Entscheidend für die Zulässigkeit einer zwangsweisen Abklärung, ob ein Häftling Träger einer Infektionskrankheit ist, ist damit, ob diese Massnahme geeignet ist, eine Gesundheitsgefährdung der übrigen Inhaftierten und des Vollzugspersonals zu verringern, ob dieses Ziel nicht auch mit weniger einschneidenden Massnahmen erreicht werden kann und ob damit die Verhältnismäs-

⁶² So auch Europäische Strafvollzugsgrundsätze (Anm. 6), Ziff. 3.

⁶³ Siehe z.B. Bern: Gesetz über den Straf- und Massnahmenvollzug (SMVG), vom 25. Juni 2003, BGS 341.1, Art. 20 Abs. 1: „Neueingewiesene müssen sich zur Abklärung allfälliger Beeinträchtigungen ihres Gesundheitszustandes einer körperlichen Untersuchung durch medizinisches Fachpersonal unterziehen“; Zürich: Justizvollzugsverordnung vom 24. Oktober 2001, § 92: „Zur Vermeidung von gesundheitlichen Risiken können ärztliche oder psychiatrische Untersuchungen und Abklärungen angeordnet werden. (...). Die verurteilten Personen haben sich den ärztlichen Anweisungen zu unterziehen“.

⁶⁴ CPT, 3. Jahresbericht (Anm. 29), Ziff. 47.

⁶⁵ Empfehlung R(93)6 des Ministerkomitees des Europarates vom 18. Oktober 1993, Strafvollzugsbezogene und kriminologische Aspekte der Bekämpfung übertragbarer Krankheiten einschliesslich Aids und damit zusammenhängender Gesundheitsprobleme im Strafvollzug, Anhang, Ziff. 2f; WHO Guidelines (Anm. 37), Ziff. 10; International Guidelines on HIV/AIDS and Human Rights (Anm. 37), Ziff. 98 und 113; HIV/AIDS Prevention (Anm. 37) 18, Ziff. 13; Dublin Declaration (Anm. 37), Art.5.

sigkeit im Sinne einer Güterabwägung zwischen dem öffentlichen gesundheitspolizeilichen und dem privaten Interesse der betroffenen Person gewahrt bleibt. Vorliegend stellen sich bereits beim Kriterium der Eignung Zweifel. So erscheint diese Massnahme nur dann als geeignet, das mit ihr angestrebte Ziel zu erreichen, falls es einer Gefängnisleitung erlaubt ist, basierend auf der mit diesem Eingriff gewonnenen Information weitere Massnahmen zu treffen, wie die Isolierung der an einer Infektionskrankheit leidenden inhaftierten Personen von ihren Mitgefangenen.

2. Isolierung von inhaftierten Personen mit infektiösen Krankheiten

Auch diese Massnahme stellt wiederum einen Eingriff in das Recht auf Privatleben dar und ist folglich wiederum nur unter Beachtung der erwähnten Eingriffsvoraussetzungen zulässig. D.h. sie darf und muss zwecks Beachtung der staatlichen Schutzpflichten gemäss der Praxis internationaler Menschenrechtsorgane⁶⁶ und auch gestützt auf Art. 78 StGB⁶⁷ dann angeordnet werden, falls eine Isolierung eines Häftlings zum Schutz Dritter geeignet, notwendig und erforderlich ist. Mit anderen Worten soll und darf zu dieser Massnahme nur gegriffen werden, wenn sie auch ausserhalb einer Strafanstalt in ähnlichen Situationen eines engen Zusammenlebens einer grossen Anzahl Personen (Militär, Ferienkolonie) aus medizinischen Gründen angeordnet würde⁶⁸. Wenn auch diese Massnahme möglicherweise geeignet wäre, Übertragungen von Infektionskrankheiten zu verhindern, ergibt eine Güterabwägung, dass sie im Fall von *Kontaktinfektionen* infolge ihrer einschneidenden Folgen für die betroffene Person auch in Haftsituationen als unverhältnismässig erscheint. Eine generelle Isolierung von HIV-positiven oder an Aids erkrankten Inhaftierten ist daher unter diesem Blickwinkel als unzulässig einzustufen. Erlaubt und gar rechtlich geboten ist hingegen eine solche, falls ein Häftling durch sein Risikoverhalten auffällt, d.h. etwa nach einem Versuch sexuellen Missbrauchs oder bei der Gefahr einer Verletzung von Personal oder Inhaftierten⁶⁹. Damit erscheint auch erstellt, dass *allgemeine* Zwangstests anlässlich des Haftbeginns zur Abklärung, ob eine Person Träger des HIV- oder des Hepatitis-Virus ist, unzulässig sind⁷⁰.

Gegenteilig ist die Situation im Falle von Tröpfcheninfektionen, wie etwa der Tuberkulose, zu beurteilen. So sind sowohl die Zwangsabklärung, ob jemand an Tuberkulose erkrankt ist, wie auch die Isolierung an Tuberkulose Erkrankter, beschränkt auf den Zeitraum der Inkubation, angesichts des engen Zusammenlebens in Haftsituationen als verhältnismässige Eingriffe einzustufen und menschenrechtlich gar geboten⁷¹. In der Praxis scheint eine routinemässige Un-

⁶⁶ Menschenrechtsausschuss, *Cabal and Pasini v. Australia*, Communication 1020/2002, Ziff. 7.7: „With respect to the authors' claim of a violation of their right to health, the Committee shares the State party's view that there is no such right protected *specifically* by provisions of the Covenant. The Committee considers that a failure to separate detainees with communicable diseases from other detainees could raise issues primarily under articles 6, paragraph 1, and 10, paragraph 1“; Europäische Strafvollzugsgrundsätze (Anm. 6), Ziff. 42.3 lit. f.

⁶⁷ Gemäss dieser Bestimmung darf Einzelhaft „als ununterbrochene Trennung von den anderen Gefangenen nur zum Schutz des Gefangenen *oder Dritter*“, als Disziplinar-massnahme oder generell während längstens der ersten Haftwoche angeordnet werden. Art. 90 StGB verankert diesen Grundsatz für den Massnahmenvollzug. Demgemäss ist vorübergehende Einzelhaft auch aus therapeutischen Gründen zulässig.

⁶⁸ Empfehlung R(98)7 (Anm. 54), Ziff. 39; WHO Guidelines (Anm. 37), Ziff. 27. So auch *Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften*, Ausübung der ärztlichen Tätigkeit bei inhaftierten Personen, medizinisch-ethische Richtlinien der SAMW vom 28. Nov. 2002, Ziff. 8.

⁶⁹ So auch etwa Empfehlung R(93)6 (Anm. 65), Ziff. 8f; Empfehlung R(98)7 (Anm. 54), Ziff. 39f; Europäische Strafvollzugsgrundsätze (Anm. 6), Ziff 42.3 lit. g; CPT, 3. Jahresbericht (Anm. 29), Ziff. 56; WHO Guidelines (Anm. 37), Ziff. 28f; HIV/AIDS Prevention (Anm. 37) S. 18, Ziff. 15 und 24; Dublin Declaration (Anm. 37), Art. 6.

⁷⁰ Diesen Vorgaben entspricht etwa die Praxis der Strafanstalt Pöschwies; vgl. *Christa Berger/Ambros Uchtenhagen*, Infektionsprophylaxe in der Strafanstalt Pöschwies, Oktober 2000, S. 3.

⁷¹ WHO Guidelines (Anm. 37), Ziff. 28. Siehe dazu auch die Vorgaben von Art. 16 EpG und für eine ähnliche Konstellation Art. 6 des BG vom 13. Juni 1928 betreffend Massnahmen gegen die Tuberkulose, SR 818.102.

tersuchung auf Tuberkulose indes, teilweise mit rechtlich kaum haltbaren Begründungen, nur selten vorgenommen zu werden⁷².

3. Verhinderung des Inverkehrbringens von Betäubungsmitteln und Injektionsgeräten

Ein effizientes Mittel zur Verhinderung einer Ansteckung mit Infektionen wie Hepatitis und HIV/Aids würde zweifellos die Verunmöglichung des Einschmuggelns von Betäubungsmitteln und insbesondere von Injektionsgeräten darstellen. Daher halten auch Empfehlungen des Europarates fest, die Vollzugsbehörden sollten „nach Möglichkeit Massnahmen ergreifen, um das unerlaubte Eindringen von Drogen und Injektionsmaterial in die Vollzugsanstalt zu verhindern“⁷³. Dieser Grundsatz wird auch in zahlreichen kantonalen Strafvollzugserlassen festgehalten⁷⁴, die damit gleichzeitig eine gesetzliche Grundlage für die zur Erreichung dieses Ziels notwendigen Massnahmen bilden, die wiederum regelmässig als Eingriff in das Recht auf Privatleben einzustufen sind. Mit anderen Worten gilt es zu untersuchen, ob und in welchem Umfang Anordnungen, wie namentlich (1.) die Durchsuchung einer inhaftierten Person und deren Unterkunft sowie (2.) die Einschränkung von Kontakten mit Personen ausserhalb der Haftanstalt als grund- und menschenrechtskonform zu qualifizieren sind.

(1) Internationale Vorgaben legen in einheitlicher Weise fest, unter welchen Voraussetzungen eine Durchsuchung des Inhaftierten zulässig erscheint. So ist kaum bestritten, dass eine generelle oberflächliche Durchsuchung aller Inhaftierten und deren Effekten bei Eintritt in die Haftanstalt als verhältnismässige Massnahme zum Schutz der Sicherheit der Strafanstalt einzustufen ist und damit als zulässig erscheint, Sie hat aber von einer Person gleichen Geschlechts durchgeführt zu werden⁷⁵. Strenger sind die Voraussetzungen im Fall von Leibesvisitationen und erst recht im Fall von intimen Leibesvisitationen, d.h. einer Untersuchung der Körperöffnungen. Derartige Eingriffe in die Privatsphäre dürfen nicht generell, sondern einzig im Verdachtsfall angeordnet⁷⁶, und letztgenannte überdies nur von einem Arzt oder Ärztin oder einer anderen medizinisch geschulten Person vorgenommen werden⁷⁷. Wie der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in einem neuen Urteil festgehalten hat, sind besonders strenge Verhältnismässigkeitsanforderungen zu erfüllen, wenn eine Person zum Erbrechen gezwungen wird, um den Transport von Betäubungsmitteln im Magen zu unterbinden⁷⁸.

⁷² Gerlich/Frick/Uchtenhagen (Anm. 50) S. 7f und S. 16ff. Gemäss dieser Untersuchung beschränken sich viele Hafteinrichtungen auf Untersuchung bei begründetem Verdacht. Auch in diesem Fall erscheint es rechtlich höchst problematisch, dass in gewissen Hafteinrichtungen aus Kostengründen oder infolge fehlender zeitlicher Kapazitäten auf diese Untersuchung verzichtet wird. Andererseits werden etwa in der Strafanstalt Pöschwies alle neueintretenden Gefangenen auf Tuberkulose getestet; Berger/Uchtenhagen (Anm.70) S. 3.

⁷³ Empfehlung R(93)6 (Anm. 65), Ziff. 17.

⁷⁴ Siehe z.B. Bern: Gesetz über den Straf- und Massnahmenvollzug (SMVG), vom 25. Juni 2003, BSG 341.1, Art. 41 Abs. 3. Konkretisiert wird dieses Anliegen in der Verordnung über den Straf- und Massnahmenvollzug (SMVV), vom 5. Mai 2004; BSG 341.11, Art. 51: „Um dem Einbringen in die Anstalt, dem Besitz und dem Konsum von und dem Handel mit Stoffen gemäss Artikel 41 Absatz 3 SMVG entgegenzuwirken, führt die Leitung der Vollzugseinrichtung geeignete Kontrollmassnahmen wie Atemlufttests, Urinproben, Kontrollen von Personen, Postsendungen, Räumlichkeiten und Gelände durch“.

⁷⁵ Europäische Strafvollzugsgrundsätze (Anm. 6), Ziff. 54.5.

⁷⁶ In diesem Sinn beurteilte der EGMR eine wöchentliche, systematische Leibesvisitation ohne Vorliegen sachlicher Gründe als erniedrigende Behandlung im Sinne von Art. 3 EMRK; *Van der Ven v. Netherlands*, Reports 2003-II, Ziff. 53ff.

⁷⁷ Siehe dazu Empfehlung R(98)7 (Anm. 54), Ziff. 72; Europäische Strafvollzugsgrundsätze (Anm. 6), Ziff. 54.6f, und Murdoch (Anm. 26) S. 253f.

⁷⁸ EGMR, Grand Chamber, *Jalloh v. Germany*, Application No. 54810/00, Urteil vom 11. Juli 2006, Ziff. 71: „However, any recourse to a forcible medical intervention in order to obtain evidence of a crime must be convincingly justified on the facts of a particular case. This is especially true where the procedure is intended to retrieve from inside the individual's body real evidence of the very crime of which he is suspected. The particularly intrusive nature of such an act requires a strict scrutiny of all the surrounding circumstances. In this connection, due regard must be had to the seriousness

Diese international vorgegebenen Grundsätze werden auch im Schweizer Recht reflektiert. So erlaubt der neue Art. 85 StGB grundsätzlich die Durchsuchung der persönlichen Effekten und der Unterkunft der Gefangenen „zum Schutz der Ordnung und Sicherheit der Strafanstalt“ (Abs. 1). Besteht der Verdacht, dass ein Gefangener „auf sich oder in seinem Körper unerlaubte Gegenstände“ verbirgt, „kann [zusätzlich] eine Leibesvisitation durchgeführt werden“. Untersuchungen im Körperinneren sind von einem Arzt oder von anderem medizinischen Personal vorzunehmen (Abs. 2). Diese Bestimmung entspricht überdies der Praxis des Bundesgerichts⁷⁹ und auch den Regelungen kantonaler Strafvollzugsgesetze⁸⁰. Für die Untersuchungshaft gelten künftig ähnliche einheitliche Regelungen für das gesamte Bundesgebiet⁸¹.

(2) Auch die Beschränkung der Kontakte zu Personen ausserhalb der Anstalt stellt einen Eingriff in das Recht auf Privatleben dar. Daher und im Hinblick auf die Vorbereitung der Haftentlassung sollen derartige Kontakte sowenig wie möglich eingeschränkt werden⁸², d.h. nur in dem Umfang, wie Sicherheitsüberlegungen und das Interesse an einem geordneten Anstaltsbetrieb dies gebieten. Hinsichtlich der Frage, in welchem Umfang Besucher und deren Effekten durchsucht werden können, ist wiederum zwischen deren Recht auf Privatleben und Sicherheitsbedürfnissen abzuwägen, wobei generell eine grössere Zurückhaltung bei professionellen Besuchen (z.B. Seelsorger) angezeigt erscheint⁸³. Diese internationalen Richtlinien werden vom neuen Art. 84 StGB aufgenommen, der in Abs. 1 explizit ein Recht aller Inhaftierten statuiert, Besuche zu empfangen und mit Personen ausserhalb der Anstalt Kontakt zu pflegen, wobei der „Kontakt mit nahe stehenden Personen (...) zu erleichtern“ ist. Dieses Recht gilt wiederum nicht absolut, sondern „[d]er Kontakt kann kontrolliert und zum Schutz der Ordnung und Sicherheit der Anstalt beschränkt oder untersagt werden (Abs. 2). Geistlichen, Rechtsanwälten und anderen in offizieller Funktion tätigen Personen kann überdies der freie Verkehr mit Inhaftierten gestattet werden (Abs. 3). Dem Gefangenen ist überdies „zur Pflege der Beziehungen zur Aussenwelt, zur Vorbereitung seiner Entlassung oder aus besonderen Gründen in angemessenem Umfang Urlaub zu gewähren“, soweit nicht das Verhalten des Gefangenen dem entgegensteht oder Fluchtgefahr besteht (Abs. 6). Basierend auf diesen auch in kantonalen Vollzugsgesetzen verankerten Grundsätzen gelangte etwa das Bundesgericht anlässlich der Prüfung von Einzelfällen zum Schluss, es sei unzulässig, aus Sicherheitsgründen die Zustellung von Nahrungsmittelpaketen nur zweimal pro Jahr für Untersuchungshäftlinge zu erlauben⁸⁴, und es statuierte ein Recht für Untersuchungshäftlinge, nach einer Haftwoche während mindestens einer Stunde Besuch zu empfangen⁸⁵. Schliesslich hielt es in verschiedenen Entscheiden fest, dass Einschränkungen des Kontakts mit der Aussenwelt während der *ausländerrechtlichen Administrativhaft* in weit geringerem Ausmass zulässig sind⁸⁶. In diesem Sinne hält bereits die Botschaft des Bundesrats fest, dieses Haftregime solle grundsätzlich ein anderes sein als für Untersuchungs- und Strafgefangene und der Sicherheitsstandard dürfe nicht der gleiche sein wie bei Delinquenten, bestehe doch hier weder eine grosse

of the offence at issue. The authorities must also demonstrate that they took into consideration alternative methods of recovering the evidence. Furthermore, the procedure must not entail any risk of lasting detriment to a suspect's health (...).“

⁷⁹ Vgl. etwa BGE 123 I 235.

⁸⁰ Siehe z.B. Bern: Gesetz über den Straf- und Massnahmenvollzug (SMVG), vom 25. Juni 2003, BSG 341.1, Art. 57 Abs. 4; Zürich: Justizvollzugsverordnung vom 24. Oktober 2001, § 82; St. Gallen: Verordnung über die Gefängnisse und Vollzugsanstalten vom 13. Juni 2000, sGS 962.14.

⁸¹ Siehe Art. 234 Abs. 2-4 des Entwurfes einer Schweizerischen Strafprozessordnung, BBl 2006 1458

⁸² Europäische Strafvollzugsgrundsätze (Anm. 6) Ziff. 24.

⁸³ Europäische Strafvollzugsgrundsätze (Anm. 6), Ziff. 54.8 und 54.10.

⁸⁴ BGE 113 Ia 330.

⁸⁵ BGE 106 Ia 141

⁸⁶ Siehe dazu *Jörg Paul Müller*, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl. Bern 1999, S. 77f, mit weiteren Hinweisen.

Kollusionsgefahr noch ein entsprechender Isolationsbedarf. Vielmehr gehe es hier lediglich um die Sicherung der Durchführung des Wegweisungsentscheides⁸⁷.

Neben faktischen Gegebenheiten⁸⁸ verunmöglichen daher auch rechtliche Vorgaben die Möglichkeit, mittels lückenloser Kontrollen zu gewährleisten, dass in Hafteinrichtungen keine illegalen Betäubungsmittel und Injektionsgeräte zirkulieren, weshalb trotz Einsatzes aller zulässigen repressiven Massnahmen „eine Unterbindung von Drogenhandel und Drogenkonsum selbst in geschlossenen Anstalten ausgeschlossen“ erscheint⁸⁹. Denkbar ist eine vollständige Unterbindung derartiger Aktivitäten allenfalls in Abteilungen für abstinentwillige Drogenabhängige, die sich freiwillig einem schärferen Kontrollregime unterziehen⁹⁰.

4. Fazit

Repressive Massnahmen, wie generelle auch gegen den Willen der Betroffenen erfolgende Untersuchungen und die Isolierung von Infektionsträgern während der Inkubationszeit, erscheinen insbesondere gegenüber Trägern von Tröpfcheninfektionen als verhältnis- und damit als rechtmässig. Dieser Schluss gilt hingegen nicht für Träger einer Kontaktinfektion. Gegenüber diesen Personen erweist sich die generelle Anordnung der genannten Massnahmen als unverhältnismässig. Ebenso setzen Grund- und Menschenrechte einer umfassenden Kontrolle von Inhaftierten anlässlich ihres Eintritts und von Besuchern und Besucherinnen klar Grenzen. Neben faktischen Schwierigkeiten verunmöglichen damit auch rechtliche Standards und namentlich die Anforderung grundrechtskonform ausgestalteter repressiver Massnahmen, dass Ansteckungen mit Kontaktinfektionen in Haftsituationen ausgeschlossen werden können. Zu dieser Schlussfolgerung gelangte das Bundesamt für Justiz bereits im Jahr 1992 und stellte fest, Drogenabstinenz „in den Gefängnissen ist unter Wahrung verhältnismässiger Haftbedingungen nicht zu erreichen“⁹¹. Folglich kann die Schweiz ihre aus Grund- und Menschenrechten fließenden Schutzpflichten gegenüber Inhaftierten zur Verhinderung der Ansteckung insbesondere mit Kontaktinfektionen nur dann erfüllen, falls die verantwortlichen kantonalen Behörden in Ergänzung zu repressiven auch präventive Gesundheitsmassnahmen ergreifen.

D. SCHUTZ MITTELS PRÄVENTIVER MASSNAHMEN

1. Das Äquivalenzprinzip – Die Gleichwertigkeit und Einheitlichkeit der medizinischen Betreuung in Haftsituationen

Ausgangspunkt zur Klärung der Frage, welche Präventionsmassnahmen der Staat in Haftsituationen anzubieten hat, ist wiederum der eingangs dieser Studie erläuterte Grundsatz, wonach gegenüber Inhaftierten ihre Grund- und Menschenrechte nur in dem Umfang beschränkt werden dürfen, als es die rechtmässig angeordnete Strafe des Freiheitsentzuges mit sich bringt

⁸⁷ BBl 1994 I 326.

⁸⁸ Siehe dazu *Morgenthaler* (Anm. 2) S. 11 unter Verweis auf die Situation in den Strafanstalten Thorberg und Pöschwies.

⁸⁹ *Baechtold* (Anm. 8) S. 206.

⁹⁰ *Baechtold* (Anm. 8) S. 206.

⁹¹ Abgabe steriler Spritzen und Bereitstellen von Desinfektionsmaterial als Pilotprojekte im Straf- und Massnahmenvollzug; rechtliche Zulässigkeit, Rechtsgutachten des BJ auf Anfrage des BAG vom 9. Juli 1992, S. 3.

oder es das Leben in einer Hafteinrichtung erfordert. Spezifisch für den Bereich des Gesundheitsschutzes ergibt sich damit ohne weiteres die Forderung nach dem Prinzip der Gleichwertigkeit der medizinischen Betreuung innerhalb von Hafteinrichtungen wie ausserhalb. Diese Gleichwertigkeit gilt für diagnostische, therapeutische wie auch für präventive medizinische Massnahmen. Dieses auf grund- und menschenrechtlichen Verpflichtungen basierende sog. Äquivalenzprinzip wurde in zahlreichen internationalen Richtlinien konkretisiert: So fordern etwa die von der UNO-Generalversammlung verabschiedeten UN Basic Principles for the Treatment of Prisoners in ihrem Prinzip 9: „Prisoners shall have access to the health care services available in the country without discrimination on the grounds of their legal situation“. Auf europäischer Ebene bestätigen etwa die Europäischen Strafvollzugsgrundsätze aus dem Jahr 2006⁹² sowie das Anti-Folterkomitee des Europarats⁹³ dieses Prinzip in allgemeiner Weise. Spezifisch zur Geltung des Äquivalenzprinzips im Bereich der Gesundheitsprävention hält eine Empfehlung des Ministerkomitees des Europarates fest: „Gesundheitspolitik in der Haft soll Teil der nationalen Gesundheitspolitik und mit ihr vereinbar sein“ und soll „in der Lage sein, unter Bedingungen, die denen ausserhalb der Anstalt vergleichbar sind (...) Programme auf dem Gebiet der Hygiene und der vorbeugenden Medizin durchzuführen“⁹⁴. Deshalb, so eine weitere Empfehlung dieses Organs, sollen die Staaten eine einheitliche Politik zur Bekämpfung von HIV/Aids im Strafvollzug führen und die Möglichkeit und Mittel zur Verhütung von HIV/Aids im Strafvollzug fördern⁹⁵. Dieses Ziel lässt sich gemäss den Europäischen Strafvollzugsgrundsätzen wiederum am besten erreichen, wenn die Gesundheitspolitik in Gefängnissen in die allgemeine Gesundheitspolitik eines Landes eingebettet wird und mit ihr kompatibel ist⁹⁶. Am effektivsten lasse sich dieses Anliegen – so der offizielle Kommentar zu den Europäischen Strafvollzugsgrundsätzen – durch die Übertragung der Verantwortung für das Gesundheitssystem in Gefängnissen an die nationalen Gesundheitsbehörden gewährleisten⁹⁷.

Zumindest in impliziter Weise anerkennt auf nationaler Ebene auch der neue Art. 75 Abs. 1 StGB dieses Prinzip, wenn der festhält, der Strafvollzug habe „den allgemeinen Lebensverhältnissen soweit als möglich zu entsprechen“. Ähnlich lautende Verweise auf dieses Prinzip finden sich in modernen kantonalen Strafvollzugserlassen⁹⁸. Gar explizit halten zudem die Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften zur Ausübung der ärztlichen Tätigkeit bei inhaftierten Personen diesen Grundsatz fest⁹⁹. Schliesslich hat das

⁹² Europäische Strafvollzugsgrundsätze (Anm. 6), Ziff. 40.3f.

⁹³ CPT, 3. Jahresbericht (Anm. 29), Ziff. 38.

⁹⁴ Empfehlung R(98)7 (Anm. 54), Ziff. 10; so auch WHO Guidelines (Anm. 37), Ziff. 2.

⁹⁵ Empfehlung R(93)6 (Anm. 65), Ziff. 1.

⁹⁶ Europäische Strafvollzugsgrundsätze (Anm. 6), Ziff. 40.2; so auch CPT, 11. Jahresbericht, Ziff. 31; HIV/AIDS Prevention (Anm. 37) S. 10 und S. 22, Ziff. 42. Siehe dazu auch *Norwegian Medical Association, Doctors working in Prisons: Human Rights and Ethical Dilemmas, A Course for Prison Doctors*; <http://lupin-nma.net/>: „Prison doctors should be prepared, as far as possible, to offer treatment consistent with that offered by drug and alcohol services in the community. An understanding of the importance of a holistic approach in the management of drug and alcohol is important“.

⁹⁷ Kommentar zu den Europäischen Strafvollzugsgrundsätzen (Anm. 6), Rule 40: „The most effective way of implementing Rule 40 is that the national health authority should also be responsible for providing health care in prison, as it is the case in a number of European countries. If this is not the case, then there should be the closest possible link between the prison health care providers and health service providers outside the prison. This will not only allow for a continuity of treatment but (...)“.

⁹⁸ Siehe z.B. Bern: Art. 18 Abs. 1 Gesetz über den Straf- und Massnahmenvollzug (SMVG), vom 25. Juni 2003, BSG 341.1: „Der Vollzug ist so auszugestalten, dass er den allgemeinen Lebensverhältnissen so weit als möglich entspricht (...)“; Solothurn: Gesetz über den Vollzug von Freiheitsstrafen und sichernden Massnahmen, vom 3. März 1991, § 13 Abs. 1: „Das Leben im Straf- und Massnahmenvollzug ist, soweit möglich, den allgemeinen Lebensverhältnissen anzupassen. Der Vollzug ist freiheitlich zu gestalten, soweit dadurch nicht die Sicherheit beeinträchtigt oder das Zusammenleben in der Anstalt gestört wird“. Für Hinweise auf die entsprechende Gerichtspraxis vgl. *Baechliold* (Anm. 8) S. 145f.

⁹⁹ Ausübung der ärztlichen Tätigkeit bei inhaftierten Personen (Anm. 68) Ziff. 5.

Bundesamt für Justiz¹⁰⁰ das in der Schweiz vorherrschende Verständnis betreffend den Vollzug in allgemeiner Weise wie folgt zusammengefasst:

„Die *Normalisierung des Anstaltslebens* darf als ein allgemein anerkanntes, zentrales strafvollzugspolitisches Konzept bezeichnet werden. Darunter wird die Angleichung der Verhältnisse im Anstaltsalltag an jene ausserhalb der Anstalt verstanden, insbesondere durch die Schaffung realitätskonformer Anforderungen an die Gefangenen“.

Aus diesen Erwägungen lassen sich zwei Schlussfolgerungen ziehen:

- (1.) Präventionsprogramme zur Verhinderung der Übertragung von Infektionsprogrammen sollen gleich wie ausserhalb der Haftanstalten ausgestaltet werden, es sei denn zwingende Sicherheitsbedenken oder die Organisation des Zusammenlebens in einer Anstalt erfordern eine Abweichung in der Ausgestaltung dieser Massnahmen in Haftsituationen.
- (2.) Angesicht des häufigen Transfers von Gefangenen zwischen Hafteinrichtungen ist darauf zu achten, dass Präventionsprogramme in Haftanstalten bundesweit möglichst einheitlich ausgestaltet werden.

2. Bereitstellung von gesundheitsrelevanten Informationen

Als niederschwelligste Massnahme verlangen menschenrechtliche Schutzpflichten von den Behörden, dass inhaftierte Personen möglichst kurz nach ihrem Eintritt in die Haftanstalt über die Gefahren der Übertragung von Infektionskrankheiten im spezifischen Umfeld einer Haftsituation aufgeklärt werden. Diese Informationspflicht kann anlässlich eines ärztlichen Aufnahmegesprächs und/oder mittels Abgabe möglichst verständlichen Informationsmaterials erfolgen. Dabei sollten inhaftierte Personen besonders auf zur Verfügung stehende Angebote auf freiwilliger Basis zur Verhinderung der Übertragung von Infektionskrankheiten hingewiesen werden¹⁰¹. Angesichts des hohen Anteils der einer Landessprache kaum mächtigen inhaftierten Personen ausländischer Nationalität hat diese Information in einer möglichst verständlichen Sprache zu erfolgen¹⁰². Diesem Anliegen ist umso grössere Bedeutung zuzumessen, als diese Personenkategorie, die zudem oft keinen Wohnsitz in der Schweiz hat, mittels allgemeinen Aufklärungskampagnen kaum oder nur schwer erreichbar ist. Daher und infolge eines möglicherweise anderen kulturellen Hintergrundes dürfte der Informationsstand dieser Personengruppe regelmässig vergleichsweise gering sein. Derartige Aufklärungsbemühungen haben ferner, wie neu explizit im StGB verankert¹⁰³, die speziellen Bedürfnisse von weiblichen Inhaftierten zu berücksichtigen¹⁰⁴.

¹⁰⁰Bundesamt für Justiz (Anm. 91) S. 11.

¹⁰¹CPT, 3. Jahresbericht (Anm. 29), Ziff. 54f; 11. Jahresbericht, Ziff. 31. Siehe für eine diesbezügliche kantonale Vorschrift: Bern, Verordnung über den Straf- und Massnahmenvollzug (SMVV), vom 5. Mai 2004; BSG 341.11, Art. 53.

¹⁰²Empfehlung R(93)6 (Anm. 65), Ziff. 6. Vgl. auch WHO Guidelines (Anm. 37), Ziff. 48; HIV/AIDS Prevention (Anm. 37) 24, Ziff. 55; Dublin Declaration (Anm. 37), Art. 8.

¹⁰³Art. 75 Abs. 5 StGB verlangt allgemein, den „geschlechtsspezifischen Anliegen und Bedürfnissen der Gefangenen“ Rechnung zu tragen.

¹⁰⁴WHO Guidelines (Anm. 37), Ziff. 45; HIV/AIDS Prevention (Anm. 37), 24, Ziff. 55f; Dublin Declaration (Anm. 37), Art. 8.

3. Medizinische Abklärungen anlässlich des Eintritts ins Gefängnis

Wie erwähnt fordern staatliche Schutzpflichten eine systematische ärztliche Aufnahmeuntersuchung auf übertragbare Infektionskrankheiten wie Tuberkulose¹⁰⁵. Im Rahmen dieser Abklärungen soll allen neu in eine Haftanstalt eintretenden Personen überdies die Möglichkeit einer ärztlichen allgemeinen Untersuchung¹⁰⁶ und von freiwilligen Tests auf weitere Infektionskrankheiten¹⁰⁷ geboten werden. Ein besonderes Augenmerk soll anlässlich dieser medizinischen Abklärung auf Entzugserscheinungen wegen Drogenkonsums¹⁰⁸ gelegt werden. Zudem verlangen menschenrechtliche Schutzpflichten, dass baldmöglichst nach dem Eintritt abgeklärt wird, ob Indizien darauf hindeuten, dass eine gefangene Person ein Sicherheitsrisiko für andere Gefangene, das Gefängnispersonal oder für sich selber darstellt.¹⁰⁹

4. Infrastrukturmassnahmen

Gemäss den neuen Europäischen Strafvollzugsgrundsätzen sollen Untersuchungshäftlingen nach Möglichkeit Einzelzellen zur Verfügung gestellt¹¹⁰ und auch Strafgefangene nur dann in Mehrpersonenzellen untergebracht werden, nachdem abgeklärt wurde, dass die Insassen einer derartigen Zelle „[are] suitable to associate with each other¹¹¹“. Diesen internationalen Vorgaben wird auch in gewissen kantonalen Strafvollzugerlassen explizit Nachachtung verschafft¹¹², scheint aber in der schweizerischen Haftpraxis – wie die jüngsten Schlagzeilen einer Überlegung schweizerischer Gefängnisse belegen – nicht einer allgemeinen Praxis zu entsprechen. Die Begründung für diese Vorgaben liegt denn auch keinesfalls darin, Inhaftierten per se den „Luxus“ einer Einzelzelle zu gewähren. Vielmehr ist erstellt, dass die gemeinsame Unterkunft in Mehrbettzellen nicht nur die Gefahr einer Übertragung von Tröpfcheninfektionen, sondern auch diejenige freiwilligen sexuellen Risikoverhaltens¹¹³ oder gewaltsamer Übergriffe durch Mitgefangene¹¹⁴ massiv erhöht und damit auch das Risiko einer Übertragung von Kontaktinfektionen entsprechend steigt. Überdies ist ein Staat ganz allgemein unter prioritärem Einsatz seiner vorhandenen Ressourcen gehalten, mittels baulicher Massnahmen zur Sicherstellung einer gesunden Nahrungsmittelversorgung, der Hygiene und einer genügenden Frischluftzufuhr das Risiko der Übertragung von Krankheiten zu minimieren¹¹⁵.

¹⁰⁵Europäische Strafvollzugsgrundsätze (Anm. 6), Ziff. 42.3 lit. f; WHO Guidelines (Anm. 37) Ziff. 42.

¹⁰⁶Dies auch aus Beweiserwägungen, kann doch auf diese Weise der Staat nachweisen, dass eine Person bereits vor ihrem Eintritt an einer übertragbaren Krankheit litt, während eine inhaftierte Person gestützt auf eine solche Untersuchung ihren guten Gesundheitszustand im Zeitpunkt des Haftantritts belegen kann.

¹⁰⁷*Norwegian Medical Association* (Anm. 96): “Testing for hepatitis and HIV should be offered following appropriate counselling and the assurance of strict confidentiality”. Siehe dazu für die Situation in Schweizer Hafteinrichtungen *Gerlich/Frick/Uchtenhagen* (Anm. 50) insb. S. 7ff.

¹⁰⁸Empfehlung R(98)7 (Anm. 54), Ziff. 1 und 37; Europäische Strafvollzugsgrundsätze (Anm. 6), Ziff. 42.3 lit. d.

¹⁰⁹Europäische Strafvollzugsgrundsätze (Anm. 6), Ziff. 52.1. Siehe dazu auch EGMR, *Edward v. United Kingdom*, Application 46477/99, Ziff. 54ff.

¹¹⁰Europäische Strafvollzugsgrundsätze (Anm. 6), Ziff. 96.

¹¹¹Europäische Strafvollzugsgrundsätze (Anm. 6), Ziff. 18, insb. Ziff. 18.6.

¹¹²Bern: Gesetz über den Straf- und Massnahmenvollzug (SMVG), vom 25. Juni 2003, BSG 341.1, Art. 39: „Eingewiesene verfügen in der Regel über eine Einzelzelle“; Zürich: Justizvollzugsverordnung vom 24. Oktober 2001, § 83: „Verurteilten Personen wird in der Regel eine Einzelzelle oder ein Einzelzimmer zugewiesen“.

¹¹³*Norwegian Medical Association* (Anm. 96): „The doctor should point out the increased risk of sexually risky behaviour in crowded living conditions.“

¹¹⁴In diesem Sinn beurteilte der EGMR die Tötung eines Häftlings durch einen Mithäftling in einer Mehrbettzelle als Verletzung des Rechts auf Leben; *Edwards v. United Kingdom*, Reports 2002-II.

¹¹⁵CPT, 3. Jahresbericht (Anm. 29), Ziff. 53; 11. Jahresbericht, Ziff. 31; WHO Guidelines (Anm. 37), Ziff. 41. Siehe auch HIV/AIDS Prevention (Anm. 37) 14 und 26, Ziff. 26; Dublin Declaration (Anm. 37), Art. 2.

5. Abgabe von Präservativen

Eine einfache, kostengünstige und effiziente Massnahme zur Verhütung der sexuellen Übertragung von Kontaktinfektionen stellt zweifelsohne die Zurverfügungstellung von Präservativen in Haftanstalten dar¹¹⁶. Auch wenn rechtlich ohne Belang, dürften in der Praxis sowohl das Tabu gleichgeschlechtlicher Sexualität im Allgemeinen, der Sexualität im Gefängnis im Besonderen¹¹⁷ und Bedenken der politisch Verantwortlichen vor populistisch motivierten Forderungen gegen einen „hotelähnlichen“ Haftvollzug einer effektiven Abgabe von Kondomen im Wege stehen¹¹⁸. Anstaltsleitungen sollten in Erfüllung ihrer Schutzpflicht daher einen möglichst anonymen Bezug von Präservativen, etwa mittels Automaten¹¹⁹, sicherstellen. Übereits bestehen kaum Sicherheitsbedenken gegen die Abgabe von Kondomen. Daher erscheint es u.E. erstrebenswert, dass bei Nachweis einer sexuellen Übertragung von Infektionskrankheiten in einer Hafteinrichtung, in welcher keine Präservative abgegeben werden, auf eine Verletzung der grund- und menschenrechtlichen Schutzpflichten des verantwortlichen Kantons resp. der Schweiz geschlossen werden kann¹²⁰.

6. Ermöglichung von Substitutionstherapien

In Anwendung des Äquivalenzprinzips soll gemäss internationalen Vorgaben die Behandlung von Entzugssymptomen in Hafteinrichtungen „in derselben Weise durchgeführt werden wie ausserhalb der Anstalt“¹²¹. D.h. wenn Substitutionsprogramme ausserhalb von Gefängnissen angeboten werden, sollte diese Behandlungsform auch für Inhaftierte zugänglich sein¹²². In diesem Sinn beurteilte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte die vorsätzliche Verweigerung einer Behandlung der Entzugssymptome einer neu eintretenden Gefangenen gar als Verletzung des Verbots unmenschlicher Behandlung¹²³. Basierend auf der Tatsache, dass diese Therapieform eine weitere geeignete Schutzmassnahme Inhaftierter vor Infektionen mit Kontaktviruserkrankungen darstellt, scheint zumindest die Substitutionstherapie in Form der ärztlichen Verschreibung von Methadon, trotz kaum vorhandener Hinweise in kantonalen Erlassen, im schweizerischen Haftalltag mittlerweile unbestritten und wird von allen Vollzugseinrichtungen angeboten.¹²⁴

Damit stellt sich auch die Frage, ob menschen- und grundrechtliche Schutzpflichten bzw. das Äquivalenzprinzip es gar verlangen oder zumindest nahe legen würden, auch in Haftsituatio-

¹¹⁶Empfehlung R(93)6 (Anm. 65), Ziff. 7; WHO Guidelines (Anm. 37), Ziff. 20; International Guidelines on HIV/AIDS and Human Rights (Anm. 37), Ziff. 122; HIV/AIDS Prevention (Anm. 37) 19, Ziff. 22; CPT, Drugs in Prison, Draft list of issues to be examined when evaluating arrangements for the treatment of drug users detained in prison, CPT(2002)14rev, Ziff. 2.2; Dublin Declaration (Anm. 37), Art. 1.

¹¹⁷Siehe z.B. *Christa Berger/Ambros Uchtenhagen*, Infektionsprophylaxe in der Strafanstalt Bochuz, Anstaltsbezogener Kurzbericht, Okt. 2000, 5.

¹¹⁸So scheint denn auch ein entsprechender Anspruch auf Erlassebene soweit ersichtlich einzig im Kanton Zürich verankert zu sein: Siehe z.B. § 38 der Hausordnung der Strafanstalt Pöschwies.

¹¹⁹So auch *Christa Berger/Ambros Uchtenhagen*, Infektionsprophylaxe und Gesundheitsförderung im Strafvollzug – Kurzfassung des Forschungsberichts zuhanden des BAG, November 2000, S. 9.

¹²⁰So auch *Murdoch* (Anm. 26) S. 226ff, der allerdings die Meinung vertritt, der Europäische Gerichtshof würde, infolge der unterschiedlichen Praxis der europäischen Staaten in dieser Frage, den Staaten einen entsprechenden Freiraum zugestehen.

¹²¹Empfehlung R(98)7 (Anm. 54), Ziff. 45.

¹²²WHO Guidelines (Anm. 37), Ziff. 23. So auch HIV/AIDS Prevention (Anm. 37) S. 17 und S. 26, Ziff. 77; Dublin Declaration (Anm. 37), Art. 1. Siehe auch *Norwegian Medical Association* (Anm. 96): „Every prison should have in place an agreed prescribing policy for drug users. Ideally if a prisoner is on prescribed substitute drugs such as methadone then the prescription should be continued until the prisoner is sentenced. It is then the usual practice to reduce the prescribed drug until abstinence is achieved“.

¹²³EGMR, *McGlinchey and Others v. United Kingdom*, Application 50390/99, Ziff. 43ff.

¹²⁴*Baechtold* (Anm. 8) S. 204

nen zusätzlich heroingestützte Substitutionstherapien anzubieten. Unseres Wissens bestehen in der Schweiz zwei derartige Pilotversuche¹²⁵, die ohne nennenswerte Probleme abzulaufen scheinen.

Eine methadongestützte Behandlung kann indes das Risiko eines zusätzlichen Konsums illegaler Betäubungsmittel nicht vollständig beseitigen. Daher können Drogensüchtige in einer Haftsituation trotz Methadonabgabe „gezwungen“ sein, illegale Betäubungsmittel von den vergleichsweise wenigen anstaltsinternen Quellen zu beziehen. Damit dürfte in einem Haftkontext das Risiko, verunreinigtes Heroin zu spritzen, noch grösser sein als beim illegalen Bezug ausserhalb einer Haftanstalt, weshalb auch das Problem überdosisbedingter Todesfälle in Haftanstalten virulenter sein kann. Ebenfalls gilt es im Haftkontext das Problem der Beschaffungskriminalität und allenfalls der Beschaffungsprostitution zu berücksichtigen, wobei Letztere möglicherweise wiederum Auswirkungen auf die Übertragung von Infektionskrankheiten haben könnte. Trotz dieser Hinweise kann u.E. aber, anders als bei der Zurverfügungstellung von sterilen Spritzen, aus gesundheitsrelevanten Grund- und Menschenrechten nicht auf eine staatliche Schutzpflicht geschlossen werden, Inhaftierten in einem ärztlich kontrollierten Rahmen den Bezug von Heroin zu ermöglichen. Der geforderte enge Konnex erscheint hier zum Schutz der Gesundheit im Allgemeinen und zur Vermeidung der Übertragung von Infektionskrankheiten im Besonderen als zu wenig direkt.

7. Bereitstellung von sterilen Injektionsinstrumenten oder von Desinfektionsmitteln

Auch wenn kein genaues Datenmaterial vorliegt, scheint allgemein anerkannt, dass der gemeinsame Spritzengebrauch in zahlreichen Haftanstalten, die keine sterilen Spritzen zur Verfügung stellen, ein häufiges Phänomen darstellt¹²⁶ und damit die Gefahr einer Übertragung von Infektionskrankheiten auf diesem Weg beachtlich erscheint. Aus diesem Grund starteten verschiedene Haftanstalten mit offenem und geschlossenem Vollzug in den 1990er Jahren Pilotprojekte zur Abgabe steriler Spritzen an Inhaftierte¹²⁷. Seit dem Jahr 2000 wurden keine neuen Versuche gestartet oder gar eine Regelversorgung eingeführt, und unseres Wissens hat einzig der Kanton Bern eine Befugnis zur Abgabe steriler Spritzen in Rechtserlassen normiert¹²⁸. Vielmehr weigern sich bis heute zahlreiche Kantone resp. Haftanstalten explizit, Programme zum Spritzentausch einzuführen. Dies, obwohl eine Evaluation dieser Pilotversuche im Jahr 2000¹²⁹ ergeben hat, dass trotz einer gleich bleibenden Anzahl intravenös Drogen konsumierender Inhaftierter sowohl der gemeinsame Spritzengebrauch wie Neuinfektionen mit HIV und Hepatitis beseitigt werden konnten und auch ein signifikanter Rückgang von Überdosierungen und Abszessen konstatiert werden konnte. Zudem scheint die Abgabe steriler Spritzen zu keinen Zwischenfällen geführt zu haben¹³⁰.

¹²⁵ Ab 1995 in der Strafanstalt Schöngrün/SO und seit 2000 in der Strafanstalt Realta/GR.

¹²⁶ Berger/Uchtenhagen (Anm. 70) S. 4.

¹²⁷ Im Einzelnen 1992 Oberschöngrün (Männer, Solothurn); 1994 Hindelbank (Bern, 100 Frauen, z. T. freie Zirkulation); 1996 Champ Dollon (Männer, Genf); 1997 Realta (Graubünden, 100 Männer, freie Zirkulation); 1998 Witzwil (Männer, Bern) und Thorberg (Männer, Bern); 2000 Saxerriet (Männer, St. Gallen). Siehe dazu Baechtold (Anm. 8) S. 205.

¹²⁸ Verordnung über den Straf- und Massnahmenvollzug (SMVV), vom 5. Mai 2004; BSG 341.11, Art. 52: „Im Einvernehmen mit den zuständigen Ärztinnen und Ärzten kann steriles Injektionsmaterial als infektionsprophylaktische Massnahme an drogensüchtige Personen abgegeben werden“.

¹²⁹ Marlene Läubli/Markus Weber, Swiss Federal Office of Public Health, Evaluation Services, Prevention and Harm Reduction Measures within the Swiss Prison Context: Summary of Evaluation and Research Findings - 1993-1999. Bern 2000.

¹³⁰ Baechtold (Anm. 8) S. 205.

Die Abgabe steriler Injektionsgeräte in Haftanstalten scheint sich damit wie auch ausserhalb solcher Einrichtungen (in Kombination mit anderen Massnahmen) als effizientes und vergleichsweise kostengünstiges Mittel zur Unterbindung der Übertragung von Infektionskrankheiten erwiesen zu haben.

Auf internationaler Ebene finden sich indes kaum soft law-Richtlinien, die diese Massnahme den Staaten explizit nahe legen. Dies erstaunt wenig, verfolgen doch – anders als die Schweiz – auf universeller und selbst auf europäischer Ebene zahlreiche Staaten generell eine rein repressive Drogenpolitik. Daher finden sich in der internationalen Gerichtspraxis keine Hinweise zu dieser Thematik, und die Empfehlungen des Ministerkomitees des Europarats beschränken sich auf allgemein gehaltene Aussagen, wonach in Haftanstalten alle zur Hygiene notwendigen Mittel abzugeben¹³¹ und Informationen über die Desinfektion von Spritzbesteck zu verbreiten seien¹³². Deutlichere Aussagen finden sich indes in Verlautbarungen internationaler Fachorganisationen, die weniger auf nationale Befindlichkeiten Rücksicht zu nehmen haben und die etwa festhalten, Präventionsmassnahmen sollten „be based on risk behaviours actually occurring in prisons, notably needle sharing among injecting drug users“. Mit anderen Worten sollten Staaten, welche saubere Spritzen an Betäubungsmittelkonsumenten zur Verfügung stellen, in Erwägung ziehen, „to providing clean injection equipment during detention“¹³³. Unter menschenrechtlichen Gesichtspunkten, so etwa UNAIDS, könne die Verweigerung der Bereitstellung steriler Spritzen gar eine Verletzung des Verbots der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung darstellen¹³⁴.

Damit legen grundsätzlich sowohl grund- und menschenrechtliche Schutzpflichten wie auch in der Schweiz das Äquivalenzprinzip nahe, diese Massnahme flächendeckend in Hafteinrichtung anzuwenden, es sei denn zwingende Sicherheitsüberlegungen oder gewichtige andere öffentliche Interessen könnten gegen diese Präventionsmassnahme ins Feld geführt werden.

Ausgehend von der kaum bestrittenen Tatsache, dass in Hafteinrichtungen trotz aller entgegenstehenden Bemühungen nicht nur illegale Betäubungsmittel sondern auch Spritzen im Umlauf sind, überzeugt das Sicherheitsargument kaum, erhöht doch ein Spritzentauschprogramm die Anzahl solcher Instrumente nicht. Zudem zeigt die erwähnte Evaluation der Pilotprojekte, dass, wie erwähnt, Spritzen kaum als Waffen eingesetzt wurden. Ebenso wenig kann rechtlich das häufig ins Feld geführte Argument überzeugen, es sei wenig konsequent, einerseits in Haftanstalten sowohl illegale Drogen (aber auch Alkohol) zu verbieten¹³⁵ und andererseits Spritzen abzugeben und damit den intravenösen Betäubungsmittelkonsum faktisch zu tolerieren. Dieser Hinweis illustriert zwar tatsächlich ein Spannungsfeld, das möglicherweise im Strafvollzug, welcher die Gefangenen auf ein straffreies Leben vorzubereiten hat¹³⁶, besonders augenfällig erscheint, grundsätzlich aber nicht anders zu bewerten ist als ausserhalb von Hafteinrichtungen. So überwiegt hier wie dort das öffentliche Interesse am Schutz der

¹³¹Empfehlung R(93)6 (Anm. 65), Ziff. 11.

¹³²A.a.O., Ziff. 18. Siehe aber CPT, *Drugs in Prison* (Anm. 116), Ziff.2.2, wo die Zurverfügungstellung von sterilen Injektionsgeräten immerhin thematisiert wird.

¹³³WHO Guidelines (Anm. 37), Ziff. 4 und 24. Siehe auch explizit *International Guidelines on HIV/AIDS and Human Rights* (Anm. 37), Ziff. 122; *HIV/AIDS Prevention* (Anm. 37) S. 15ff und S. 24, Ziff. 60; *Dublin Declaration* (Anm. 37), Principle 6 und Art. 1; *Warsaw Declaration* (Anm. 37), Objective 5, und Stellungnahme des WHO-Regionalbüros Europa, S. 22f.

¹³⁴*International Guidelines on HIV/AIDS and Human Rights* (Anm. 37), Ziff. 130.

¹³⁵Siehe z.B. Zürich: Justizvollzugsverordnung vom 24. Oktober 2001, § 90 Abs. 3; Aargau: Verordnung vom 9. Juli 2003 über den Vollzug von Strafen und Massnahmen (Strafvollzugsverordnung, SMV), § 72; St. Gallen: Verordnung über die Gefängnisse und Vollzugsanstalten vom 13. Juni 2000, sGS 962.14; Art. 33;

¹³⁶Art. 75 Abs. 1 StGB.

Gesundheit nicht nur der Gefangenen, sondern der gesamten Gesellschaft, vor potentiell tödlichen Infektionskrankheiten demjenigen an der Durchsetzung des Verbots des Drogenkonsums, eines Delikts das notabene „nur“ als Übertretung definiert wird und bei dessen strafrechtlicher Beurteilung überdies grundsätzlich das Opportunitätsprinzip angewendet werden kann¹³⁷. Allein gestützt auf das EpG kam daher auch das Bundesamt für Justiz zur Schlussfolgerung¹³⁸:

„Die Verantwortlichen einer Strafanstalt sind verpflichtet, zweckmässige Massnahmen zur Verhinderung der Übertragung ansteckender Krankheiten wie der Übertragung des HI-Virus oder Hepatitis B zu treffen. Die Abgabe von sterilem Injektionsmaterial ist eine besonders zweckmässige, ja möglicherweise sogar die zweckmässigste Massnahme zur Verhinderung des HI-Virus oder von Hepatitis B in Strafanstalten. Unter diesen Umständen kann u.E. *mit guten Gründen die Auffassung vertreten werden, es bestehe eine gestützt auf das Epidemiengesetz und [das StGB] abgestützte Pflicht zur Abgabe von sterilem Injektionsmaterial.*“

Die Zurückhaltung kantonaler Strafvollzugseinrichtungen hinsichtlich der Einführung von Spritzenabgabe- oder Sprizentauschprogrammen kann sich daher nicht auf eine zulässige rechtliche Begründung stützen, sondern scheint primär auf dem Beharren auf der unzutreffenden Fiktion eines drogenfreien Strafvollzugs oder der Angst vor populistischen Vorwürfen eines allzu „verweichlichten“ Strafvollzugs zu beruhen¹³⁹.

Nachdem festgestellt wurde, dass die Kantone basierend auf grund- und menschenrechtlichen Schutzpflichten gehalten sind, nebst repressiven auch präventive Massnahmen gegen die Übertragung von Kontaktinfektionen durch intravenösen Drogenkonsum zu ergreifen, stellt sich schliesslich die Frage, ob dieser Verpflichtung tatsächlich einzig durch die Abgabe steriler Spritzen nachgekommen, oder ob ihr allenfalls auch durch die Bereitstellung von Desinfektionsmitteln Genüge getan werden kann. Denn, wie oben erwähnt¹⁴⁰, scheint die Bereitschaft von Strafanstalten, derartige Mittel abzugeben, weit grösser zu sein als im Falle von Spritzen. Dies mag darauf beruhen, dass das Sicherheitsrisiko für das Personal mit diesem Vorgehen – wenn auch infolge der sich ohnehin in Umlauf befindlichen Spritzen nur marginal – reduziert werden kann. Diesem geringen Sicherheitsgewinn steht die durch empirische Studien erhärtete zweifelhafte Eignung der Abgabe von Desinfektionsmittel zur Verhinderung einer Übertragung von HIV oder Hepatitis gegenüber¹⁴¹. Eine Güterabwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an einem möglichst sicheren Haftumfeld und dem Schutz der Gesundheit Inhaftierter muss daher in aller Regel klar zugunsten des letztgenannten Interesses ausfallen. Haftanstalten verletzen daher ihre Schutzpflichten, falls sie sich als Ersatz für die Spritzenabgabe auf die Zurverfügungstellung von Desinfektionsmitteln beschränken¹⁴².

¹³⁷ Art. 19a Ziff. 3 BetmG: „Untersteht oder unterzieht sich der Täter wegen Konsums von Betäubungsmitteln einer ärztlich beaufsichtigten Betreuung, so kann von einer Strafverfolgung abgesehen werden. Das Strafverfahren wird durchgeführt, wenn sich der Täter der Betreuung oder der Behandlung entzieht“.

¹³⁸ Siehe Gutachten des BJ (Anm. 60) S. 5 (Hervorhebung durch die Verfasser).

¹³⁹ Siehe dazu auch *Morgenthaler* (Anm. 2) 12.

¹⁴⁰ Siehe Ziff. I lit. B.

¹⁴¹ Siehe WHO, Evidence for Action Technical Papers, Effectiveness of Interventions to Manage HIV/AIDS in Prison Settings – Needle and Syringe Programmes and Bleach, noch nicht publiziert, S. 27ff. Dieser Bericht erwähnt insbesondere neuere Studien ausserhalb eines Haftumfeldes, welche diesen Befund belegen. Die wenigen Studien, die sich mit der Abgabe dieser Mittel in Haftanstalten beschäftigen, erwähnen überdies, das gefängnispezifische Umfeld erhöhe das Risiko, dass die Desinfektionsmittel nicht sachgerecht angewendet würden (a.a.O., Ziff. 2.2.1).

¹⁴² In seltenen Ausnahmefällen, etwa bei besonderer Fremd- oder Eigengefährdung einer inhaftierten Person kann die Güterabwägung möglicherweise aber auch zu einem gegenteiligen Schluss führen.

8. Fazit

Neben zulässigen repressiven Massnahmen verpflichten grund- und menschenrechtlich verankerte Schutzpflichten die Staaten in Haftsituationen zu folgenden präventiven Massnahmen gegen die Übertragung von Infektionskrankheiten:

- Bereitstellung allgemeiner, auch für ausländische Inhaftierte verständlicher gesundheitsrelevanter Informationen insbesondere zur Vermeidung einer Ansteckung mit Infektionskrankheiten
- Gewährung der Möglichkeit freiwilliger Tests auf Infektionskrankheiten
- Sicherstellung einer möglichst geringen Gesundheitsgefährdung durch Infrastrukturmassnahmen in baulicher und organisatorischer Hinsicht, wobei insbesondere auf eine Überbelegung von Zellen zu verzichten ist
- Ermöglichung von Subsistenztherapien für neu eintretende drogenabhängige Inhaftierte
- Bereitstellung von Präservativen
- Bereitstellung von sterilen Spritzen

III. KOMPETENZEN DES BUNDES IM BEREICH GESUNDHEIT UND HAFT

A. ÜBERBLICK

Der Vollzug von Freiheitsstrafen liegt in den Händen der Kantone. Ebenso sind die Kantone mit der Durchführung der fürsorgerischen Freiheitsentziehung und der Administrativhaft gemäss Ausländerrecht beauftragt. Schliesslich obliegt auch der Vollzug von Polizei- und Untersuchungshaft im Rahmen eines Strafverfahrens den Kantonen. Der Bund selbst hat keine Haftanstalten und kein Vollzugspersonal. Er kann allerdings den Kantonen Vorgaben machen und diese verpflichten, falls ihm Verfassung und Gesetz eine Kompetenz dazu erteilen. Oben wurden materielle *Rechte und Pflichten von Inhaftierten* in Bezug auf die Gesundheit eingehend dargestellt. Im Folgenden stellt sich die Frage, ob und in welchem Umgang der Bund gegenüber den Kantonen die oben (Teil II) umschriebenen grund- und menschenrechtlichen Verpflichtungen durchsetzen kann. Er ist dazu befugt, in jenen materiellen Bereichen, in welchen er Regelungs- oder Durchsetzungskompetenzen besitzt. Diese können sich einerseits aus der Gesundheitsverfassung und der Gesundheitsgesetzgebung ergeben (unten C), andererseits aus der rechtlichen Ausgestaltung der verschiedenen Haftformen (Straf- und Massnahmevollzug gestützt auf das Strafgesetzbuch, unten D; Administrativhaft gestützt auf die Gesetzgebung über Ausländerinnen und Ausländer, unten E; Untersuchungs- und Sicherheitshaft gestützt auf Strafprozessergesetze, unten F; fürsorgerische Freiheitsentziehung gestützt auf das Zivilgesetzbuch, unten G). Eine mittelbare Kompetenz des Bundes gegenüber den Kantonen könnte sich aus dem Bundesgesetz über eine Nationale Kommission zur Verhütung von Folter ergeben (unten H). Schliesslich hat der Bund gestützt auf die verfassungsmässigen Kompetenzen in den Bereichen Forschung und Statistik Möglichkeiten, sich mit dem Vollzug von Freiheitsstrafen und anderen Haftformen auseinander zu setzen und in den Kompetenzbereich der Kantone zu greifen (unten I.).

B. KOMPETENZAUSSCHEIDUNG BUND – KANTONE IM ALLGEMEINEN

Art. 3 BV erklärt die Kantone für souverän, soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist. Die Kantone üben alle Rechte aus, die dem Bund nicht übertragen sind.

Der Bund darf also nur dort legiferieren, wo ihm die Bundesverfassung eine Kompetenz dafür überträgt (sog. Verfassungsvorbehalt zulasten des Bundes). Die Begründung neuer Bundeskompetenzen setzt eine Revision der Bundesverfassung voraus. Die Kantone wiederum sind *subsidiär* für alle Staatsaufgaben zuständig, die nicht dem Bund übertragen sind (sog. subsidiäre Generalkompetenz). Damit sorgt die Verfassung für eine lückenlose Kompetenzordnung¹⁴³.

Bezüglich *Rechtswirkungen der Aufgabenzuweisung*, d.h. der Frage, wie sich die verfassungsrechtliche Zuweisung einer Aufgabe an den Bund auf die Zuständigkeiten der Kantone auswirkt, nennt die Lehre folgende Typen¹⁴⁴:

- *Konkurrierende Kompetenzen des Bundes*: Diese entfalten *nachträglich derogierende Wirkung*, was bedeutet, dass das kantonale Recht erst mit dem Erlass der eidgenössischen Ausführungsgesetzgebung ausser Kraft tritt. Das kantonale Recht tritt aber nur soweit aus-

¹⁴³ Vgl. dazu ausführlich *Pierre Tschannen*, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern 2004, S. 272ff.

¹⁴⁴ Vgl. für die folgenden Ausführungen *Tschannen* (Anm. 143) S. 284ff.

ser Kraft, als die Bundeskompetenz durch die Gesetzgebung auch tatsächlich ausgeschöpft wird. Solche Zuständigkeiten erkennt man an Wendungen wie „Der Bund regelt ...“, „Der Bund kann Vorschriften erlassen ...“ oder „Der Bund erlässt Vorschriften ...“.

- *Ausschliessliche Kompetenzen des Bundes:* Diese entfalten ursprünglich derogierende Wirkung, was bedeutet, dass das kantonale Recht schon mit der Begründung der Bundeskompetenz ausser Kraft tritt, unabhängig davon, ob ein ausführendes Bundesgesetz besteht und ob gegebenenfalls ein solches die Materie abschliessend regelt. Solche Kompetenzen sind selten (so beispielsweise das Heerwesen, Art. 58ff. BV oder das Geld- und Währungswesen, Art. 99 BV). Die gebräuchliche Wendung, mit welcher eine solche Kompetenz angezeigt wird, lautet „... ist Sache des Bundes“. Diese Wendung kann allerdings auch bei einer konkurrierenden Kompetenz vorkommen (etwa in den Bereichen Ausländerrecht, Art. 121 BV, und Strafrecht, Art. 123 BV).
- *Parallele Kompetenzen:* Diese beeinträchtigen die kantonale Kompetenz im selben Sachbereich nicht, Kompetenzen des Bundes und der Kantone bestehen unabhängig nebeneinander (z.B. die Sicherheit des Landes, Art. 57 BV, oder verschiedene Förderungskompetenzen des Bundes, wie etwa die Forschungsförderung, Art. 64 BV).

Im Weiteren wird zur Beantwortung der Frage, in welchem Mass der Bund bei der Erfüllung seiner Kompetenzen zuständig ist, nach der *Intensität der Aufgabenerfüllung* unterschieden¹⁴⁵:

- Als Regelfall gilt dabei die *umfassende Kompetenz*. Dies bedeutet, dass der Bund alle Rechtsfragen bis hin zu Einzelheiten im betreffenden Sachbereich erschöpfend regeln darf. Bei ausschliesslichen Bundeszuständigkeiten ist dies immer der Fall, bei konkurrierenden meistens.
- Daneben geben *Grundsatzgesetzgebungskompetenzen* (auch *Rahmengesetzgebungskompetenzen* genannt) dem Bund die Befugnis, einen Bereich lediglich in eingeschränkter Weise zu regeln, indem eine Harmonisierung des betreffenden Aufgabenbereichs herbeigeführt wird, aber so, dass den Kantonen ein erheblicher Regelungsspielraum verbleibt (Wendung: „Der Bund legt Grundsätze fest ...“ oder „Der Bund erlässt Mindestvorschriften ...“; z.B. Raumplanung, Art. 75 BV); diese Kompetenz verbietet dem Bund auch nicht die Regelung von Einzelheiten, falls dies aus eidgenössischer Sicht als wichtig erachtet wird.
- Schliesslich gibt es Bundeszuständigkeiten, die sich bloss auf einzelne Abschnitte eines Bereichs beziehen. Diese nennt man *fragmentarische Kompetenzen*. Darunter fällt namentlich auch das *Gesundheitswesen*, da dem Bund nur wenige, eng begrenzte Aufgaben zukommen (siehe nachfolgend). In diesen Teilbereichen ist der Bund aber umfassend zuständig, womit die Abgrenzung zur Kategorie der umfassenden Kompetenz als unklar, wenn nicht gar überflüssig erscheint¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Vgl. zum folgenden *Tschannen* (Anm. 143) S. 286ff.

¹⁴⁶ *Tschannen* (Anm. 143, S. 288) hält diese Kategorie daher zu Recht für verzichtbar.

C. KOMPETENZORDNUNG IM BEREICH DES GESUNDHEITSRECHTS

1. Verfassungsrechtliche Kompetenzordnung

Gemäss Art. 118 Abs. 1 BV trifft der Bund „im Rahmen seiner Zuständigkeiten Massnahmen zum Schutz der Gesundheit“. Die Botschaft zur Bundesverfassung hält dazu fest¹⁴⁷, das Gesundheitswesen sei grundsätzlich Sache der Kantone, der Bund sei jedoch für einige besondere, sachlich begrenzte Aufgaben in diesem Bereich zuständig. Diese werden in Abs. 2 von Art. 118 BV aufgezählt. Es handelt sich um Vorschriften, die der Bund in folgenden Bereichen zu treffen hat:

- Umgang mit Lebensmitteln sowie mit Heilmitteln, Betäubungsmitteln, Organismen, Chemikalien und Gegenständen, welche die Gesundheit gefährden können;
- Bekämpfung übertragbarer, stark verbreiteter oder bösartiger Krankheiten von Menschen und Tieren;
- Schutz vor ionisierenden Strahlen.

Art. 118 BV gibt dem Bund damit eine konkurrierende (nachträglich derogierende) Kompetenz, im Bereich des Schutzes der Gesundheit gewisse Teilbereiche – die aber umfassend – zu regeln. Dabei kann der Bund gemäss Abs. 1 von Art. 118 BV, zwar „Massnahmen zum Schutz der Gesundheit“ treffen, aber nur „im Rahmen seiner Zuständigkeiten“. Der Bund kann daher nicht alle erdenklichen Massnahmen zum Schutz der Gesundheit ergreifen, sondern nur jene, die ihm durch Art. 118 Abs. 2 BV oder andere Verfassungsbestimmungen ausdrücklich zugewiesen werden¹⁴⁸. Die Botschaft zur Bundesverfassung weist allerdings darauf hin, dass der Bund nicht nur in diesen Bereichen, sondern *bei all seinen Tätigkeiten in seinem Kompetenzbereich gesundheitspolitische Überlegungen einzubeziehen hat* (BBl 1997 I 332)¹⁴⁹. Dies gilt bezogen auf die Fragestellung dieser Studie namentlich auch für den Bereich des Strafrechts¹⁵⁰.

Darüber hinaus kommt mehreren Grundrechten der Bundesverfassung gesundheitsrelevante Bedeutung zu (vgl. dazu ausführlich oben Teil II), ohne dass diese aber eigentliche Kompetenznormen bilden würden. Schliesslich bestimmt Art. 41 BV im Sinne *eines Sozialziels*, dass sich „Bund und Kantone (...) in Ergänzung zu persönlicher Verantwortung und privater Initiative“ dafür einsetzen, dass b) „jede Person die für ihre Gesundheit notwendige Pflege erhält“¹⁵¹. Laut Art. 41 Abs. 3 BV sind diese Ziele im Rahmen der verfassungsmässigen Zuständigkeiten von Bund und Kantonen und ihrer verfügbaren Mittel anzustreben. Aus den Sozialzielen sollen keine unmittelbaren Ansprüche auf staatliche Leistungen abgeleitet werden können (Art. 41 Abs. 4). Gemäss Botschaft zur Bundesverfassung handelt es sich bei Art.

¹⁴⁷BBl 1997 I 332.

¹⁴⁸Vgl. dazu *Pierre Tschannen/Philipp Häsler*, Verfassungsgrundlagen des Bundes im Gesundheitswesen. Gutachten zuhanden des Bundesamtes für Gesundheit, 2002, S. 25. Die Autoren weisen darauf hin, dass sich Abs. 1 von Art. 118 BV entnehmen lässt, dass die Einzelkompetenzen des Bundes im Bereich des Gesundheitswesens auf ein *gemeinsames Staatsziel*, den Schutz der Gesundheit, auszurichten sind.

¹⁴⁹Gemäss *Tschannen/Häsler* (Anm. 148, S. 25f) ist diese programmatische Wirkung nichts Aussergewöhnliches, da der Bund nach dem Grundsatz der Einheit der Verfassung bei der Wahrnehmung seiner Kompetenzen gehalten sei, alle jeweils berührten Verfassungsanliegen mit zu berücksichtigen. Der Schutz der Gesundheit werde damit aber *nicht zu einer Querschnittmaterie*, welche auf andere Rechtsgebiete ausstrahlen würde.

¹⁵⁰Im Weiteren enthält die Verfassung Kompetenznormen für den Bund im Bereich der Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie im Humanbereich (Art. 119), der Transplantationsmedizin (Art. 119a) und der Gentechnologie im Ausserhumanbereich (Art. 120). Diese beiden Bereiche berühren den Gegenstand der vorliegenden Studie nicht. Als „gesundheitsrelevant“ zu erwähnen gilt es im Weiteren Art. 110 Abs.1 lit. a BV, wonach der Bund Vorschriften erlassen kann über „den Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer“.

¹⁵¹Vgl. dazu oben Ziff. II.A.2.a.

41 BV um eine *Staatszielbestimmung*¹⁵²: Als solche schafft sie keine neuen (Bundes-) Kompetenzen. Bei Art. 41 BV handelt es sich aber auch nicht um eine bloss sozialpolitische Deklamation, sondern um eine „Rechtsnorm mit einer gewissen begrenzten Kraft“; der Staat ist verpflichtet, sich für die Verwirklichung der Ziele einzusetzen.

2. Zu den Kompetenzen des Bundes gestützt auf Art. 118 Abs. 2 lit. b BV im Einzelnen

Art. 118 Abs. 2 lit. b BV¹⁵³ verpflichtet den Bund zur „Bekämpfung übertragbarer, stark verbreiteter oder bösartiger Krankheiten von Menschen und Tieren“. Auch in diesem Bereich verfügt der Bund also über eine konkurrierende, nachträglich derogierende Kompetenz¹⁵⁴. Erfasst werden damit sowohl präventive wie repressive Massnahmen: Laut Botschaft zur Bundesverfassung stehen dem Bund als Mittel vorbeugende Massnahmen (Krankheitsverhütung) wie auch heilende Massnahmen (Stoppen der Weiterverbreitung, Ausrottung, Heilung) zur Verfügung: „Der Bund ist nicht auf die eigentliche Gesundheitspolizei beschränkt; er kann auch in anderen Bereichen tätig werden, soweit dies der Bekämpfung der fraglichen Krankheiten dient. Schliesslich kann er auch Leistungen erbringen (z.B. Schaffung von Forschungszentren, Förderung des Spitalbaus, Aufklärungsarbeit)“¹⁵⁵. Beschränkt wird die Kompetenz des Bundes zur Krankheitsbekämpfung durch die Erfordernisse der *Übertragbarkeit* und der *weiten Verbreitung* (damit ein Eingreifen des Bundes in der gesamten Schweiz gerechtfertigt ist) oder der *Bösartigkeit*¹⁵⁶ der Krankheiten. Die Bekämpfung gravierender, aber nicht ansteckender Krankheiten ist so von der Bundeskompetenz nicht erfasst, sondern liegt in der Kompetenz der Kantone¹⁵⁷. Dazu gehören etwa allgemeine Präventionsvorkehrungen, die Bekämpfung von Suchtkrankheiten, die psychischen Erkrankungen oder auch Krankheiten wie Krebs¹⁵⁸. Die Verordnung über Arzt- und Labormeldungen¹⁵⁹ enthält eine Liste von meldepflichtigen Krankheiten, die unter den Bereich von Art. 118 Abs. 2 lit. b BV fallen dürften¹⁶⁰. Dazu zählen beispielsweise Diphtherie, Gonorrhö, Meningokokken-Erkrankung, Märsen, Malaria, Pest, Pocken, Polio, SARS, Aids, Syphilis, Tuberkulose, Gelbfieber und das Auftreten von verschiedenen Hepatitis-Viren (A, B und C) oder auch von Salmonellen oder Legionellen.

Der Bund hat im Bereich des Gesundheitswesens keine allgemeine Kompetenz; grundsätzlich liegt diese bei den Kantonen. Dies gilt namentlich für den Bereich der Gesundheitsversorgung, in welchem die Kantone weitgehend autonom sind. Der Bund hat jedoch laut Verfassung in einigen besonders wichtigen Teilbereichen Gesetzgebungskompetenzen und nament-

¹⁵² Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 200.

¹⁵³ Art. 118 Abs. 2 lit. a BV gibt dem Bund überdies eine umfassende, nachträglich derogierende Kompetenz im Umgang mit bestimmten Gegenständen, namentlich Lebensmitteln, Heilmitteln, Betäubungsmitteln (in der alten Bundesverfassung waren die Betäubungsmittel noch nicht genannt worden.), Organismen, Chemikalien und weiteren Gegenständen, welche die Gesundheit gefährden können. Unter „Umgang“ wird in weitem Sinne die Herstellung, Verarbeitung, Aufbewahrung, Verwendung, Einfuhr, Abgabe und der Bezug verstanden (Botschaft Bundesverfassung (Anm. 152) S. 333; vgl. auch Tschannen/Häsler (Anm. 148) S. 26f, mit weiteren Hinweisen. Der Begriff der weiteren „Gegenstände, welche die Gesundheit gefährden können“ zeigt, dass die Aufzählung nicht abschliessend ist, und dass dem Bund unter gegebenen Umständen die Kompetenz zukommt, Bereiche mit weiteren gesundheitsgefährdenden Gegenständen (Gebrauchs- und Verbrauchsgegenstände) zu regeln.

¹⁵⁴ Vgl. Botschaft Bundesverfassung (Anm. 152) S. 333.

¹⁵⁵ Botschaft Bundesverfassung (Anm. 152) S. 334.

¹⁵⁶ Bösartig ist eine Krankheit, wenn sie das Leben bedroht oder eine schwere oder dauernde Beeinträchtigungen der Gesundheit nach sich zieht; Botschaft Bundesverfassung (Anm. 152) S. 333.

¹⁵⁷ Vgl. *Tomas Poledna*, Allgemeiner Überblick, in: *Tomas Poledna/Ueli Kieser* (Hrsg.), Gesundheitsrecht. Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band VIII, Basel u.a. 2005, S. 23.

¹⁵⁸ Vgl. *Tschannen/Häsler* (Anm. 148) S. 31, mit weiteren Hinweisen.

¹⁵⁹ SR 818.141.11, vom 13. Januar 1999.

¹⁶⁰ So *Tschannen/Häsler* (Anm. 148) S. 31.

lich – für den Zusammenhang dieser Studie besonders wichtig – in Bezug auf die Bekämpfung übertragbarer bösartiger Krankheiten und auf den Umgang mit Betäubungsmitteln¹⁶¹.

3. Aufgabenzuteilung innerhalb der Bundesverwaltung im Gesundheitswesen

Soweit die Bundesverfassung oder die Gesetzgebung nichts anderes bestimmt, ist der Vollzug des Bundesrechts Sache der Bundesverwaltung¹⁶². Die Zuständigkeitsbereiche der einzelnen Verwaltungseinheiten sind dabei durch Verordnung festgelegt:

Gemäss Art. 9 Abs. 1 der Organisationsverordnung für das EDI vom 28. Juni 2000¹⁶³ ist das Bundesamt für Gesundheit (BAG) „die Fachbehörde für die menschliche Gesundheit, für die nationale Gesundheitspolitik, für die Mitarbeit der Schweiz in der internationalen Gesundheitspolitik, für die soziale Sicherheit in den Bereichen Krankheit und Unfall sowie für die ihm übertragenen Bereiche des Konsumentenschutzes.“ Gemäss Abs. 2 von Art. 9 verfolgt das BAG unter anderen folgende Ziele: a) die *Gesundheit* im Sinne eines umfassenden körperlichen, geistigen und sozialen Wohlbefindens *schützen und fördern*; b) *neue Bedrohungen* für die Gesundheit *früh erkennen* und zur wirksamen *Bewältigung von Krisen* jederzeit bereit sein; c) die Bevölkerung und die im Gesundheitsbereich tätigen Kreise mit den nötigen *Informationen über Fragen der Gesundheit* und der gesundheitlichen Entwicklung versorgen; (...) f) den *Zugang der gesamten Bevölkerung zu einer umfassenden medizinischen Betreuung* und einer qualitativ guten Pflege bei weiterhin tragbaren Gesundheitskosten *sicherstellen*.

Laut Abs. 3 kommen dem BAG bei der Verfolgung der genannten Ziele unter anderem folgende in unserem Zusammenhang relevante Funktionen zu:

„a) Es ist vorbereitend und mitwirkend tätig bei der Erarbeitung der Erlasse über das öffentliche Gesundheitswesen wie auch über die soziale Sicherheit gegenüber den Folgen von Krankheit und Unfall und beaufsichtigt und koordiniert ihren Vollzug, insbesondere in folgenden Bereichen:

1. Überwachung und Bekämpfung übertragbarer, stark verbreiteter oder bösartiger Krankheiten, namentlich auch Prävention von Suchtkrankheiten, (...),
 4. Umgang mit Lebensmitteln unter Vorbehalt der Zuständigkeit des Bundesamtes für Veterinärwesen (BVET) sowie mit Heilmitteln, Betäubungsmitteln, Organismen, Chemikalien und Gegenständen, welche die Gesundheit gefährden können,
- b) Es steuert die Forschung auf dem Gebiet der Gesundheit und der Aus-, Weiter- und Fortbildung in den akademischen Medizinalberufen.
- c) Es wirkt mit bei der Steuerung von wichtigen gesundheits- und sozialpolitischen Prozessen und bei der Erarbeitung der dafür notwendigen Grundlagen.
- d) Es informiert über den Gesundheits-, Konsumenten- und Versicherungsschutz.
- e) Es überprüft die Wirkung rechtsetzender und anderer Massnahmen auf die Gesundheit.
- f) Es stellt eine aktive internationale Zusammenarbeit sicher“.

Dem BAG kommen damit weitreichende Kompetenzen innerhalb der Bundesverwaltung im Rahmen der Verfassungskompetenzen und der Gesetzgebung zur Erfüllung der Aufgaben im Bereich des Schutzes der Gesundheit zu, namentlich Planung, Information, Beratung, Entscheidung, Kontrolle und Organisation¹⁶⁴.

¹⁶¹ So Tomas Poledna/Brigitte Berger, Öffentliches Gesundheitsrecht, Bern 2002, S. 11.

¹⁶² Siehe Tschannen/Häsler (Anm. 148), S. 37.

¹⁶³ Organisationsverordnung für das Eidgenössische Departement des Innern (OV-EDI) vom 28. Juni 2000, SR 172.212.1.

¹⁶⁴ Vgl. Tschannen/Häsler (Anm. 148) S. 38.

Im Weiteren befassen sich verschiedene andere Bundesstellen mit Gesundheitsfragen¹⁶⁵, die allerdings für den vorliegenden Zusammenhang ohne grössere Bedeutung sind¹⁶⁶.

4. Kompetenzen aus der Gesetzgebung im Bereich des Gesundheitsrechts

Betreffend gesundheitsrelevanter Rechte in Haft und im Besonderen des Schutzes vor übertragbaren Krankheiten sind hauptsächlich die Kompetenzbereiche „übertragbare Krankheiten“ und „Umgang mit Betäubungsmitteln“ betroffen.

a. Epidemiengesetz mit Ausführungserlassen

Das Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz) vom 18. Februar 1970 stellt das wichtigste Vollzugsgesetz¹⁶⁷ im Bereich der Bekämpfung übertragbarer, stark verbreiteter oder bösartiger Krankheiten i.S. von Art. 118 Abs. 2 BV dar. Unter „Bekämpfung“ versteht das Gesetz nicht nur die Behandlung der einmal ausgebrochenen Krankheit, sondern *auch ihre Verhütung*¹⁶⁸. Indem das Epidemiengesetz eine umfassende Regelung aufstellt, haben die Kantone in diesem Bereich keine Kompetenz, selbstständig zu legiferieren. Aufgrund des Gesetzes kommt ihnen aber eine Reihe von Vollzugsaufgaben zu. In erster Linie haben sie gemäss Art. 11 die Massnahmen zur Bekämpfung der übertragbaren Krankheiten zu treffen.

Bezüglich der *Kompetenzen des Bundes* sieht das Epidemiengesetz – soweit für die vorliegende Studie von Interesse – folgende Aufgaben vor:

- Gemäss Art. 3 kommt dem *Bundesamt für Gesundheit* eine *Informationsaufgabe*¹⁶⁹ zu, so durch die Veröffentlichung von Zusammenstellungen (Abs. 1), die „Unterrichtung“ von Behörden, der Ärzteschaft und der Öffentlichkeit durch „weitere Mitteilungen“, wenn ein Bedarf besteht (Abs. 2), und schliesslich durch die Herausgabe von *Richtlinien zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten*¹⁷⁰ und deren laufende Anpassung an den neuesten wissenschaftlichen Stand (Abs. 3). Durch Information, die Abgabe von Empfehlungen oder die Herausgabe von Richtlinien können aber Bürgerinnen und Bürger nicht zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen verpflichtet werden¹⁷¹. Gemäss herrschender Lehre bedarf es für Warnungen und Empfehlungen, die sich an die Öffentlichkeit oder eine bestimmte

¹⁶⁵ Vgl. die Aufzählung bei *Tschannen/Häsler* (Anm. 148) S. 39; dazu zählen etwa das Bundesamt für Justiz, das Bundesamt für Veterinärwesen oder das Bundesamt für Umwelt, Wald und Landschaft.

¹⁶⁶ Mit Ausnahme von Kompetenzen des Bundesamtes für Justiz im Bereich des Straf- und Massnahmenvollzugs; vgl. unten lit. D.

¹⁶⁷ Ein weiteres Gesetz im Bereich der Bekämpfung übertragbarer Krankheiten, das Bundesgesetz betreffend Massnahmen gegen die Tuberkulose vom 13. Juni 1928 (SR 818.102), ist mit Inkrafttreten des Epidemiengesetzes in weiten Teilen obsolet geworden.

¹⁶⁸ Gemäss der Botschaft des Bundesrates zum Epidemiengesetz vom 11. Februar 1970 handelt es sich dabei um eine „Selbstverständlichkeit“, BBl 1970 I 406.

¹⁶⁹ Zum Stellenwert und zur Tragweite staatlicher Informationen vgl. u.a. *Pierre Tschannen*, Amtliche Warnungen und Empfehlungen, Referate und Mitteilungen des Schweizerischen Juristenvereins 1999/4, S. 355ff; *Markus Müller/Thomas Müller-Graf*, Staatliche Empfehlungen, Gedanken zu Rechtscharakter und Grundrechtsrelevanz, Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR) 1995 I, S. 357ff; *Markus Müller*, Die M+M+R-Impfkampagne des Bundes auf dem juristischen Prüfstand, Schweizerische Ärztezeitung (SÄZ) 1994, S. 385ff.

¹⁷⁰ Als bereits erlassene Richtlinien im Sinne von Absatz 3 nannte die Botschaft von 1970 (a.a.O., oben Anm. 168): Die «Richtlinien des Eidgenössischen Gesundheitsamtes zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten», das Merkblatt «Bekämpfung der Salmonelleninfektionen» und «Bekämpfung der menschlichen Tollwut» (BBl 1970 I 407).

¹⁷¹ Vgl. BGE 121 II 478: „Nicht als verbindliche Rechtssätze (Erlasse) gelten die sog. Verwaltungsverordnungen (Direktiven, Weisungen, Dienstanweisungen, Dienstreglemente, allgemeine Dienstbefehle, Rundschreiben, Kreisschreiben, Zirkulare, Wegleitungen, Anleitungen, Instruktionen, Richtlinien, Merkblätter oder Leitbilder). Solche Verwaltungsverordnungen sind allgemeine Dienstanweisungen generell-abstrakter Natur (...). Sie verpflichten den Bürger nicht zu einem bestimmten Tun, Dulden oder Unterlassen, sondern enthalten bloss Regeln für das verwaltungsinterne Verhalten der Beamten.“

Gruppe richten und verhaltenslenkend oder verhaltenssteuernd wirken, einer formell-gesetzlichen Grundlage¹⁷². Die Lehre anerkennt dabei, dass Art. 3 des Epidemien-gesetzes eine genügende Grundlage auch für verhaltenslenkende Informationskampagnen in einem gewissen Rahmen darstellt¹⁷³.

- Der Bund trifft Massnahmen, „um zu verhüten, dass übertragbare Krankheiten aus dem Ausland eingeschleppt werden“ (Art. 7)¹⁷⁴. Die Verordnung des EDI über grenzsanitäts-dienstliche Massnahmen vom 9. Dezember 2005¹⁷⁵, die sich auf die Verordnung über den Grenzsanitätsdienst¹⁷⁶ stützt, beauftragt das BAG, einreisende Asylsuchende, Schutzbe-dürftige und Flüchtlinge über das Gesundheitssystem in der Schweiz und über die Präven-tion von übertragbaren Krankheiten zu *informieren* (insbesondere über HIV/Aids und Impfungen; Art. 1). Die früher vorgesehene grenzsanitarische Untersuchung ist damit ent-fallen. Gemäss Art. 2 der Verordnung des EDI befragt und beurteilt das BAG einreisende *Personen des Asylbereichs* nur noch in Bezug auf ansteckende Tuberkulose und beurteilt dabei den gesundheitlichen Allgemeinzustand dieser Personen; in dringenden Fällen kann das BAG bei einreisenden Personen weitergehende Untersuchungen auf ansteckende Tu-berkulose, Untersuchungen auf andere übertragbare Krankheiten und zusätzliche Mass-nahmen anordnen, insbesondere Impfungen und die Isolation von ansteckenden oder mög-licherweise ansteckenden Personen.
- Der Bund übt die Oberaufsicht über die Durchführung des Gesetzes aus und „koordiniert wenn nötig die Massnahmen der Kantone“ (Art. 9). Dem Bund kommt bereits gestützt auf Verfassungsrecht (Art. 49 Abs. 2 und 186 Abs. 4 BV) die Aufgabe zu, über die Einhaltung des Bundesrechts durch die Kantone zu wachen und zu sorgen¹⁷⁷. Wie weit das Recht der Oberaufsicht gemäss Art. 9 EpG reicht, ist teilweise umstritten. Gemäss einem Gutachten des Bundesamtes für Justiz aus dem Jahr 1987¹⁷⁸ schliesst diese Bestimmung i.V. mit Art. 10 und 3 Abs. 3 EpG „eine *Verwaltungsaufsicht* in sich, für deren jeweilige konkrete situ-ationsgerechte Ausgestaltung der Bundesrat einen relativ grossen Spielraum beanspruchen kann. Die Mittel dieser Verwaltungsaufsicht haben sich nach Gegenstand, Ziel und Adres-sat der Aufsichtsmassnahme zu richten und können letztlich bis zur so genannten Bundes-exekution führen. Diese Aufsicht schliesst auch die Möglichkeit in sich, dass der Bundes-rat einen Kanton anweist, eine getroffene Massnahme rückgängig zu machen“. Es gibt al-lerdings auch Auffassungen, die dem Bund hier weniger weit reichende Mittel einräumen wollen¹⁷⁹. Immerhin dürfte gesichert sein, dass der Bundesrat die Kantone ohne weiteres auffordern kann, aufgrund des Epidemien-gesetzes notwendige Massnahmen im Haftkon-text zu ergreifen.

¹⁷²Vgl. im Zusammenhang mit dem Epidemien-gesetz die Ausführungen bei *Mike Schüpbach/Peter Forster/Thomas Zeltner*, Krankheitsbekämpfung, in: *Tomas Poledna/Ueli Kieser* (Hrsg.), Gesundheitsrecht, Schweizerisches Bundeswaltungs-recht Band VIII, Basel 2005, S. 215f, mit weiteren Hinweisen.

¹⁷³*Schüpbach/Forster/Zeltner* (Anm. 172), S. 216, mit weiteren Hinweisen.

¹⁷⁴Vgl. hierzu die Verordnung über den Grenzsanitätsdienst vom 17. Juni 1974 (SR 818.125.1), mit welcher unter anderem durch die Revision vom 15. Dezember 2003 (AS 2003 4837) auf die Gefahr der Einschleppung neu auftretender Infek-tionskrankheiten – wie insbesondere SARS – reagiert worden ist, indem das EDI verschiedene Massnahmen bei der Ein-reise am Flughafen anordnen kann; vgl. dazu auch die dazugehörige Verordnung des EDI zur Verhinderung der Ein-schleppung von neu auftretenden Infektionskrankheiten vom 15. Dezember 2003 (SR 818.125.12).

¹⁷⁵SR 818.125.11.

¹⁷⁶A.a.O., Anm. 174.

¹⁷⁷Vgl. dazu auch Teil IV, A.5.

¹⁷⁸*Bundesamt für Justiz*, Rechtsfragen in Zusammenhang mit Aids, S. 5.

¹⁷⁹Vgl. die Stellungnahme des Rechtsdienstes des BAG (zum internen Gebrauch) vom 5. Juni 2003 über „Kompetenzen und Zuständigkeiten für Massnahmen gegen SARS nach dem Epidemien-gesetz“, S. 6ff und S. 34.

- Für den Fall „ausserordentlicher Umstände“ kann der Bundesrat für das ganze Land oder für einzelne Landesteile die notwendigen Massnahmen anordnen und die Kantone mit der Durchführung der entsprechenden Massnahmen beauftragen (Art. 10). Solche ausserordentlichen Umstände sind nur unter restriktiven Voraussetzungen anzunehmen und Art. 10 darf nur in Notsituationen angewendet werden¹⁸⁰. Falls die Notstandsklausel allerdings Anwendung findet, erlaubt sie dem Bund im Sinne einer Generalkompetenz im Rahmen des Gesetzeszweckes und der Verfassungsschranken alle geforderten Massnahmen zu ergreifen, auch diejenigen Massnahmen, die vom Gesetz den Kantonen übertragen worden sind¹⁸¹. Gestützt auf Art. 10 des Epidemiengesetzes hat der Bundesrat u.a. die Verordnung über Massnahmen zur Bekämpfung einer Influenza-Pandemie¹⁸², die Verordnung über die Prävention der Creutzfeldt-Jakob-Krankheit bei chirurgischen und medizinischen Eingriffen¹⁸³ und die Verordnung über epidemiologische Studien zur Erfassung von Daten über das Human Immunodeficiency Virus¹⁸⁴ verabschiedet. Ebenfalls gestützt auf Art. 10 erliess der Bundesrat die SARS-Verordnung¹⁸⁵, die heute nicht mehr in Kraft ist. Im Rahmen eines konkreten Anwendungsfalles hatte sich das Bundesgericht mit der Frage der Zuständigkeit des Bundesrates zum Erlass von Massnahmen gestützt auf Art. 10 EpG zu befassen¹⁸⁶. Für das Bundesgericht bildet dabei Art. 10 letztlich eine Konkretisierung der polizeilichen Generalklausel; dem Bundesrat stehe dabei „ein erheblicher Spielraum“ zu.

Ob Art. 10 des Epidemiengesetzes dem Bund die Kompetenz einräumen könnte, im Bereich der Übertragung ansteckender Krankheiten in Haft (insbesondere im Strafvollzug) tätig zu werden, hängt davon ab, ob sich die gesundheitliche Problematik – auch in Bezug auf den Schutz des Personals – so zuspitzt, dass „ausserordentliche Umstände“ anzunehmen sind. Es bedarf mit anderen Worten einer *erhöhten Ansteckungs- und Ausbreitungsgefahr* von Infektionskrankheiten und der Gefahr einer seuchenhaften Ausbreitung der Krankheit¹⁸⁷. Dies wäre etwa der Fall bei Ausbruch von SARS in einer Strafvollzugsanstalt, welche das Risiko birgt, auf die weitere Umgebung oder auf andere Haftanstalten überzuspringen. Ob in concreto ausserordentliche Umstände vorliegen, ist eine Frage der Beurteilung, die von Fachleuten vorzunehmen ist. Es wäre indessen schwierig, eine Anwendung zu rechtfertigen, wenn sich eine Situation, die schon seit Jahren besteht, nicht verschärft. Zeigt sich andererseits eine deutliche Zunahme von übertragbaren Erkrankungen, ist die Frage zu diskutieren, ob der Bund eine Verordnung in Bezug auf die Situation im Strafvollzug und anderen Haftformen erlassen will oder andere Massnahmen treffen möchte.

- Schliesslich hat der Bundesrat gemäss Art. 38 des Gesetzes die Kompetenz zum Erlass der notwendigen Ausführungsbestimmungen nach Anhörung der Kantone und der zuständigen Fachkreise, während die Kantone die Ausführungsbestimmungen für ihr Gebiet zu erlassen haben.

¹⁸⁰Vgl. zum Willen des Gesetzgebers und zur Auslegung von Art. 10 EpG ausführlich *Müller* (Anm.60) S. 66ff.

¹⁸¹Vgl. dazu *Müller* (Anm.60) S. 68.

¹⁸²Influenza-Pandemieverordnung vom 27. April 2005 (IPV), SR 818.101.23.

¹⁸³Vom 20. November 2002 (CJVK), SR 818.101.21.

¹⁸⁴HIV-Studienverordnung vom 30. Juni 1993, SR 818.116.

¹⁸⁵AS 2003 785.

¹⁸⁶BGE 131 II 670ff, 676f E. 3.1.

¹⁸⁷Vgl. BAG, „Kompetenzen und Zuständigkeiten für Massnahmen gegen SARS nach dem Epidemiengesetz“ (Anm. 179) S. 14.

Die *Ausführungserlasse zum Epidemiengesetz*¹⁸⁸ räumen dem Bund keine für den Zusammenhang dieser Studie nennenswerten Kompetenzen ein, mit Ausnahme von Kompetenzen im Bereich Forschung und Statistik, die sich in diesen Erlassen finden¹⁸⁹.

Das Epidemiengesetz, das sich auf Art. 118 Abs. 2 BV stützt, räumt dem Bund folgende Kompetenzen im Bereich der Bekämpfung übertragbarer Krankheiten in Haft ein:

- Dem Bundesamt für Gesundheit kommt eine weitreichende Informationskompetenz zu. Es kann sich unter anderem an Behörden, auch der Kantone, und an die Öffentlichkeit wenden und Richtlinien erlassen. Das Bundesamt könnte sich folglich auch mit Informationen an inhaftierte Personen richten. Solche Informationen und Richtlinien sind allerdings weder für die Behörden noch für die InsassInnen von Haftanstalten verpflichtend.
- Der Bund kann im Rahmen der Oberaufsicht über die Durchführung des Gesetzes die Kantone auffordern, nicht mit dem Gesetz kompatible Massnahmen zu ändern oder notwendige Massnahmen zu ergreifen, etwa durch den Erlass von entsprechenden Weisungen.
- Würde sich eine erhöhte Ansteckungs- und Ausbreitungsgefahr von Infektionskrankheiten zeigen mit der Gefahr einer seuchenhaften Ausbreitung, die insbesondere Haftanstalten betrifft, kann der Bundesrat alle notwendigen Massnahmen anordnen.
- Schliesslich ist der Bundesrat zum Erlass von Ausführungsbestimmungen befugt. Dies würde beispielsweise auch die Kompetenz beinhalten, eine Verordnung über den Umgang mit ansteckenden Krankheiten in Haft zu erlassen.

b. Betäubungsmittelgesetz mit Ausführungserlassen

Soweit die Gesundheit in Haft durch die Einnahme von Drogen und insbesondere durch den Einsatz von (verunreinigten) Spritzen gefährdet ist, sind allfällige Kompetenzen des Bundes aufgrund des „Bundesgesetzes über die Betäubungsmittel und psychotropen Stoffe“¹⁹⁰, kurz Betäubungsmittelgesetz (BetmG), zu prüfen.

Zu den Betäubungsmitteln im Sinne des Gesetzes gehören „abhängigkeitserzeugende Stoffe und Präparate der Wirkungstypen Morphin, Kokain, Cannabis“ (Art. 1 Abs. 1), damit u.a. auch Heroin. Das Gesetz unterstellt die Herstellung und Verarbeitung von Betäubungsmitteln oder den Handel damit einer Bewilligungspflicht (Art. 4). Gewisse Betäubungsmittel, darunter Heroin (Diazetylmorphin), sind nicht bewilligungsfähig (Art. 8). Eine *Ausnahmebewilligung* darf aber durch das Bundesamt für Gesundheit erteilt werden, wenn kein internationales Abkommen entgegensteht, und soweit die aufgeführten Betäubungsmittel der *wissenschaftlichen Forschung* oder zu *Bekämpfungsmassnahmen* dienen oder soweit sie für eine *beschränkte medizinische Anwendung* benützt werden (Art. 8 Abs. 5).

Die gemäss Gesetz zu ergreifenden Massnahmen gegen den Betäubungsmittelmissbrauch richten sich in erster Linie an die Kantone, die gemäss Art. 15a BetmG die Aufklärung und Beratung fördern und die „notwendigen Einrichtungen“ zu schaffen haben (Abs. 1). Sie „sor-

¹⁸⁸Vgl. etwa die Verordnung über die Meldung übertragbarer Krankheiten vom 13. Januar 1999 (Meldeverordnung, SR 818.141.1), welche im Detail die meldepflichtigen Krankheiten und Krankheitserreger aufzählt und die Verfahren (Meldepflichten) regelt; im Weiteren die Verordnung über epidemiologische Studien zur Erfassung von Daten über das Human Immunodeficiency Virus (HIV-Studienverordnung) vom 30. Juni 1993, SR 818.116.

¹⁸⁹Siehe unten I.

¹⁹⁰Bundesgesetz vom 3. Oktober 1951 (BetmG), SR 812.121.

gen für die Betreuung der Personen, die wegen Betäubungsmittelmissbrauch ärztliche Behandlung oder fürsorgliche Massnahmen benötigen“ (Abs. 2). Im Weiteren haben Kantone u.a. die Verschreibung, Abgabe und Verabreichung von *Betäubungsmitteln zur Behandlung* von betäubungsmittelabhängigen Personen *einer besonderen Bewilligung* zu unterstellen (Abs. 5).

Folgende Bundeskompetenzen sind in Bezug auf die Situation in Haft von besonderem Interesse:

- Gemäss Art. 2 Abs. 2 hat der Bund eine Oberaufsichtsfunktion über die Kantone, die sich indessen auf die Kontrollfunktion der Kantone bezüglich Betäubungsmittel bezieht und daher von geringer Bedeutung für die Einwirkungsmöglichkeiten auf Gesundheitsfragen im Gefängnis ist.
- Mit der Revision des Betäubungsmittelgesetzes durch den Bundesbeschluss über die *ärztliche Verschreibung von Heroin* von 1998¹⁹¹ hat das BAG die Kompetenz erhalten, *Ausnahmebewilligungen zur Behandlung von drogenabhängigen Personen mit Heroin* zu erteilen (sog. *heroingestützte Behandlung*), allerdings in diesem Bereich ausschliesslich an spezialisierte Institutionen (Art. 8 Abs. 6). Das Gesetz nennt die Voraussetzungen für die Behandlung von Menschen mit Heroin (Art. 8 Abs. 7). Der Vollzug der Massnahmen gegen den Betäubungsmittelmissbrauch obliegt hingegen, wie oben erwähnt, grösstenteils den Kantonen (vgl. Art. 15 und 15a), der Bund unterstützt die Kantone und private Organisationen bei der Durchführung des Gesetzes durch Dienstleistungen (Art. 15c Abs. 3).
- Während die Betäubungsmittelverordnung¹⁹² keine weiteren für unseren Zusammenhang wesentlichen Kompetenzzuordnungen vornimmt, auferlegt die *Verordnung über die ärztliche Verschreibung von Heroin*¹⁹³ dem BAG in Art. 16 verschiedene Aufgaben, so etwa die Erteilung der Bewilligung für die *Institutionen*, die zur heroingestützten Behandlung geeignet sind, und die Erteilung der *Arzt- und Patientenbewilligung* (Abs. 1 lit. a). Das BAG hat gegenüber den Institutionen eine *Aufsichts- und Kontrollpflicht* (Abs. 1 lit. c) und gibt ihnen „*Empfehlungen und erlässt Weisungen* namentlich zur Koordination und zur Qualitätssicherung der heroingestützten Behandlung“ (Abs. 1 lit. d). Das Amt fördert im Weiteren die *Weiterbildung des Fachpersonals* (Art. 1 lit. e) und *fördert und unterstützt die Erforschung* weiterer Fragen im Zusammenhang mit der heroingestützten Behandlung (Abs. 1 lit. f). Die Frage, ob Strafvollzugs- oder andere Haftanstalten als zur heroingestützten Behandlung geeignete Institutionen angesehen werden können, wird von der Gesetzgebung nicht ausdrücklich geregelt, ist aber Praxis¹⁹⁴. Die Verordnung über die ärztliche Verschreibung von Heroin regelt im Weiteren Mindeststandards für Institutionen (Art. 9)¹⁹⁵ und die Voraussetzungen, unter welchen das *BAG die Institutionsbewilligung erteilt* (Art. 18 Abs. 1). Ausdrücklich regelt die Verordnung den Fall, wie bei Patienten bei einer Hospitalisation oder bei der *Verbüssung einer Freiheitsstrafe von maximal 30 Tagen* die heroingestützte Behandlung weitergeführt werden kann (Art. 18 Abs. 2): Danach kann die Klinik bzw. der ärztliche Dienst der Strafvollzugsanstalt in „begründeten

¹⁹¹ Vom 9. Oktober 1998, in Kraft bis längstens zum 31. Dezember 2004; verlängert bis zum 31. Dezember 2009 durch Art. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Juni 2003 (AS 2004 4387).

¹⁹² Verordnung über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe (BetmV), vom 29. Mai 1996, SR 812.121.1.

¹⁹³ Vom 8. März 1999, SR 812.121.6.

¹⁹⁴ So bieten die Strafanstalten Schöngrün und Realta die heroingestützte Behandlung an.

¹⁹⁵ Namentlich interdisziplinäre Behandlung und Betreuung; fachliche Kompetenz der Medizinal- und Fachpersonen; ausreichendes Behandlungs- und Betreuungspersonal; Räumlichkeiten an geeigneter Lage; Sicherheit des Heroinverkehrs und Qualitätssicherung.

Ausnahmefällen“ eine auf diese Zeit befristete Bewilligung erhalten, ohne alle Voraussetzungen der Verordnung zu erfüllen.

- Die Schlussbestimmungen zum Betäubungsmittelgesetz ermächtigen den Bundesrat schliesslich u.a., die zum Vollzug des Gesetzes erforderlichen Verordnungen und Beschlüsse zu erlassen (Art. 30 Abs. 1). Die Kantone sind hingegen zuständig, Behörden zur Umsetzung des Gesetzes zu bezeichnen und ihrerseits die in ihren Bereich fallenden erforderlichen Vorschriften zu erlassen (Art. 34).

Das Betäubungsmittelgesetz, räumt dem Bund namentlich die Kompetenz ein, Bewilligungen zur Behandlung von drogenabhängigen Personen mit Heroin an spezialisierte Institutionen zu erteilen. Für eine Substitutionsbehandlung mit Methadon hingegen ist keine solche Bewilligung des Bundes notwendig, und dem Bund kommen demnach weniger Einflussmöglichkeiten zu.

Als Institutionen zur Behandlung mit Heroin kommen *Haftanstalten* in Frage. Tatsächlich sind solche in der Praxis mit der Heroinabgabe betraut worden. Gegenüber diesen Institutionen hat das BAG eine *Aufsichts- und Kontrollpflicht* und kann *Empfehlungen und Weisungen* abgeben. Das BAG hat zudem eine Forschungskompetenz im Bereich der heroingestützten Behandlung¹⁹⁶.

Schliesslich hat der Bundesrat die Kompetenz, Ausführungsbestimmungen zu erlassen, wobei er sich allerdings an die im Gesetz vorgegebenen Zuständigkeiten halten muss. Daher ergeben sich aus dem Betäubungsmittelgesetz und seinen Ausführungsverordnungen selbst relativ wenige Kompetenzen des Bundes in Bezug auf Personen in Haft. Namentlich kann er den Kantonen keine gezielten Massnahmen, wie etwa eine heroingestützte Behandlung, vorschreiben. Die Kantone sind indessen allgemein gehalten, die Verhütung des Betäubungsmittelmissbrauchs zu fördern und für die Betreuung der Personen zu sorgen, die wegen Betäubungsmittelmissbrauchs Behandlung oder andere Massnahmen benötigen.

Nachtrag: Entwurf zu einer Revision des Betäubungsmittelgesetzes

Mit Bericht vom 4. Mai 2006¹⁹⁷ hat die Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates einen Entwurf zu einer umfangreichen Änderung des Betäubungsmittelgesetzes unterbreitet. Mit dieser Revision soll die Vier-Säulen-Politik des Bundes (Prävention, Therapie, Schadenminderung und Repression) rechtlich konsolidiert werden. Gemäss Art. 1a des Entwurfes sollen Bund und Kantone Massnahmen in diesen vier Bereichen vorsehen. Im Weiteren soll die heroingestützte Behandlung definitiv gesetzlich verankert werden sowie Massnahmen zur Schadenminderung (niederschwellige Hilfseinrichtungen für Drogenabhängige wie bspw. Spritzenabgabe zur HIV/Aids-Prävention und Injektionsräume). Die Vorlage möchte den Jugendschutz und die Prävention stärken. Verstärkt werden soll zudem die Koordinationsrolle des Bundes im Bereich der Prävention, der Therapie und der *Schadenminderung*, damit künftig eine einheitliche Qualität der verschiedenen Massnahmen gewährleistet werden kann. Entsprechend sieht Art. 3b des Entwurfes zu einem revidierten Betäubungsmittelgesetz vor, dass der *Bund* „Programme von nationalem Interesse zur Prävention“ durch-

¹⁹⁶ Vgl. dazu unten I.

¹⁹⁷ Parlamentarische Initiative Teilrevision des Betäubungsmittelgesetzes, Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 4. Mai 2006, BBl 2006 8573ff.

führt und insbesondere die Früherfassung suchtbedingter Störungen fördert. Der Bund „informiert die Öffentlichkeit über die Suchtproblematik“. Hingegen soll gemäss einem neuen Art. 3e die Behandlung von betäubungsmittelabhängigen Personen mit Betäubungsmitteln von den Kantonen bewilligt werden. Der Bundesrat legt zwar noch die Rahmenbedingungen fest, die Bewilligung soll aber künftig von den Kantonen erteilt werden, so dass hier gewisse Aufsichtsfunktionen des Bundes entfallen würden. Den Kantonen obliegt die Aufgabe, *Massnahmen zur Schadenminderung und Überlebenshilfe* „zur Verhinderung oder Verminderung von gesundheitlichen und sozialen Schäden bei Personen mit suchtbedingten Störungen“ zu treffen (Art. 3g des Entwurfes). Gemäss Art. 3i Abs. 3 des Entwurfes kann der Bund „nach Anhörung der Kantone *selbst ergänzende Massnahmen zur Verminderung der Suchtprobleme treffen* oder private Organisationen mit deren Verwirklichung betrauen.“ Diese Bestimmung würde dem Bund – in Verbindung mit seiner erweiterten Oberaufsichtsfunktion (neu in Art. 29) – eine wesentliche Kompetenzerweiterung bringen, wobei die Tragweite der Massnahmen, die er gemäss Art. 3i treffen könnte, vorderhand wenig bestimmt ist. Die Erläuterungen der Kommission machen allerdings klar, dass es vor allem darum geht, dass der Bund die Möglichkeit haben soll, Impulse zu geben für neue, innovative Projekte, wie die Lancierung von Pilotprojekten¹⁹⁸.

Indem das Gesetz für den Bund eine Oberaufsichtsfunktion (Art. 29) vorsieht, die sich auf die gesamte von den Kantonen umzusetzende Vier-Säulen-Politik beziehen würde, bekäme er ein neues, starkes Durchsetzungsmittel gegenüber den Kantonen. Gemäss der Kommission, die den Gesetzesentwurf vorbereitet hat, soll mit der Oberaufsicht sichergestellt werden, „dass die Kantone die ihnen durch das Gesetz auferlegten Pflichten erfüllen. Diese Aufsicht umfasst nichtgerichtliche Befugnisse, wie z.B. die Erlaubnis, Bericht bei den Kantonen einzuholen oder Inspektionen zu veranlassen“¹⁹⁹.

Die vorgeschlagene Revision des Betäubungsmittelgesetzes würde dem Bund wesentlich stärkere Kompetenzen geben, Anliegen insbesondere im Bereich der Prävention und Schadenminderung gegenüber den Kantonen auch im Kontext des Freiheitsentzuges einzufordern.

D. KOMPETENZORDNUNG IM BEREICH DES STRAFVOLLZUGES

1. Verfassungsrechtliche Grundlagen

Art. 123 Abs. 1 BV erklärt den Bund auf dem Gebiet des Strafrechts und des Strafprozessrechts für zuständig. Für die Organisation der Gerichte, die Rechtsprechung in Strafsachen sowie für den Straf- und Massnahmenvollzug sind hingegen nach Art. 123 Abs. 2 BV die Kantone zuständig, „soweit das Gesetz nichts anderes vorsieht“. Laut Botschaft zur neuen Bundesverfassung ist der Strafvollzug „im Rahmen der sehr allgemeinen Bestimmungen des StGB Sache der Kantone“²⁰⁰. Letztere seien verpflichtet, die Anstalten zu errichten und zu betreiben, die für den Vollzug der vom Strafgesetzbuch vorgesehenen Sanktionen erforderlich seien²⁰¹. Der Bund wird durch Abs. 3 von Art. 123 BV ermächtigt, aber nicht verpflichtet²⁰²,

¹⁹⁸Parlamentarische Initiative Teilrevision Betäubungsmittelgesetz (Anm. 197), BBl 2006 8605.

¹⁹⁹Parlamentarische Initiative Teilrevision Betäubungsmittelgesetz (Anm. 197), BBl 2006 8617.

²⁰⁰Mit der Annahme der sog. „Verwahrungsinitiative“ im Februar 2004 sind Bestimmungen in die Bundesverfassung gekommen (Art. 123a BV), die Grundsätze der Behandlung von Sexual- und Gewaltstraftätern enthalten, welche sich auch auf die Vollzugsmodalitäten auswirken, wie etwa der Ausschluss von Hafturlaub bei dieser Täterkategorie.

²⁰¹Botschaft Bundesverfassung (Anm. 152) S. 340.

²⁰²So die Botschaft zur Bundesverfassung (Anm. 152) S. 340.

an die Errichtung von Vollzugsanstalten, für Verbesserungen im Straf- und Massnahmenvollzug sowie an „Einrichtungen, die erzieherische Massnahmen an Kindern, Jugendlichen und jungen Erwachsenen vollziehen“, Beiträge zu gewähren. Durch die Möglichkeit, die Ausrichtung dieser Beiträge an Bedingungen zu knüpfen, könne der Bund „lenkend auf die Erfüllung dieser Aufgaben durch die Kantone einwirken“, hält die Botschaft zur Bundesverfassung²⁰³ fest.

Die *bisherige Kompetenzregelung* zwischen Bund und Kantonen im Bereich des Straf- und Massnahmenvollzugs wird aber mit der Revision der Bundesverfassung durch den Bundesbeschluss über die Neugestaltung des Finanzausgleichs²⁰⁴, der voraussichtlich – nach den erforderlichen Anpassungen der Spezialgesetze – im Jahre 2008 in Kraft treten wird²⁰⁵, *obsolet werden*. Der neue Art. 123 Abs. 2 der Bundesverfassung lautet:

„Der Bund kann Vorschriften zum Straf- und Massnahmenvollzug erlassen. Er kann den Kantonen Beiträge gewähren:

- a. für die Errichtung von Anstalten;
- b. für Verbesserungen im Straf- und Massnahmenvollzug;
- c. an Einrichtungen, die erzieherische Massnahmen an Kindern, Jugendlichen und jungen Erwachsenen vollziehen.“

Der Entwurf des Bundesrates sah statt der „Kann-Bestimmung“ noch vor, dass der Bund „Vorschriften zum Straf- und Massnahmenvollzug“ *erlässt*²⁰⁶, was in der parlamentarischen Behandlung allerdings abgeändert wurde²⁰⁷. Materiell ändert sich dadurch nicht viel, erhält doch der Bund eine konkurrierende Kompetenz im Bereich des Straf- und Massnahmenvollzuges mit nachträglich derogierender Wirkung; sobald der Bund legiferiert, wird das kantonale Recht ausser Kraft treten. Bezüglich der Intensität der Aufgabenerfüllung erhält der Bund mit der neuen Bestimmung eine umfassende Kompetenz zur Regelung des Straf- und Massnahmenvollzuges. Er kann damit alle Rechtsfragen bis in alle Details regeln.

Der Bundesrat²⁰⁸ hat die neue Regelung mit der Kompetenz zum Erlass von Vorschriften auf dem Gebiet des Straf- und Massnahmenvollzugs u.a. mit dem Argument vorgeschlagen, eine „Zusammenfassung aller vollzugsrelevanten Vorschriften [sei] ein Beitrag zu erhöhter Rechtssicherheit. Die strafvollzugsrelevanten Rechtsnormen sind heute weit verstreut, sie finden sich in kantonalen Erlassen, zum Teil im StGB. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts und *Strafvollzugsgrundsätze aus internationalen Übereinkommen* sind ebenfalls zu berücksichtigen“. Mit der Schaffung einer verfassungsmässigen Grundlage für die Einführung einheitlicher Standards im Strafvollzug erübrige sich ferner eine Prüfung der einschlägigen Regelungen der Kantone im Zusammenhang mit Subventionsgesuchen. Im Weiteren solle der Straf- und Massnahmenvollzug zum obligatorischen Bestandteil der interkantonalen Zusam-

²⁰³ Botschaft Bundesverfassung (Anm. 152) S. 340 und S. 526, im Rahmen der Justizreform; gemäss Erläuterungen zu diesem Reformpaket verbleibt „der Straf- und Massnahmenvollzug (...) im bisherigen Rahmen (...) in der Zuständigkeit der Kantone, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt“ (a.a.O., S. 526).

²⁰⁴ Bundesbeschluss zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (NFA) vom 3. Oktober 2003, BBl 2003 6591ff (6594). Die Verfassungsänderungen sind in der Volksabstimmung vom 28. November 2004 von Volk und Ständen angenommen worden.

²⁰⁵ Vgl. dazu die gemeinsame Web-Seite von Bund und Kantonen zum neuen Finanzausgleich, www.nfa.ch.

²⁰⁶ BBl 2002 2563.

²⁰⁷ Die Debatten in National- und Ständerat schweigen sich über die Gründe aus. Der entsprechende Vorstoss kam aus der vorberatenden Kommission des Ständerates (Erstrat) und wurde in den Räten nicht mehr diskutiert.

²⁰⁸ Vgl. die Botschaft zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen (NFA) vom 14. November 2001, BBl 2002 2446. Hervorhebungen durch die Verfasser.

menarbeit mit Lastenausgleich erklärt werden. In den Erläuterungen der Botschaft zu den „aufgabenbezogenen Verfassungsbestimmungen“ führt der Bundesrat an²⁰⁹, bis heute bestehe „kein Konsens in der Frage, wie weit der Bund die Kompetenz hat, Strafvollzugsgrundsätze zu erlassen. Die vorgeschlagene Änderung bringt die erwünschte verfassungsrechtliche Klarheit: Mit der gewählten Formulierung wird eine konkurrierende, nachträglich derogierende Kompetenz des Bundes geschaffen“. Die Kann-Formulierung, die sich im Entwurf des Bundesrates auf die Frage der Beiträge an die Kantone bezog, signalisiere, dass dem Bund in Bezug auf das „ob“ seines Handelns ein gewisser Ermessensspielraum zustehe, den er brauche, um auf kantonale Anliegen Rücksicht zu nehmen. An einer anderen Stelle der Botschaft führt der Bundesrat aus²¹⁰, „[w]ann und in welchem Umfang eine Zusammenlegung aller vollzugsrelevanten Vorschriften auf dem Gebiet des Straf- und Massnahmenvollzugs vorgenommen werden soll, wird der Bundesrat bei der Erarbeitung der zweiten NFA-Botschaft zu entscheiden haben. Dies kann durch die Ausarbeitung eines eigenständigen Vollzugsgesetzes oder durch Revision des Strafgesetzbuches erfolgen. Sollte Letzteres in Aussicht genommen werden, hiesse dies unmittelbar nach der Revision des StGB oder dessen Inkraftsetzung dieses erneut zu revidieren“.

Der Bund hat spätestens mit Inkrafttreten des NFA im Bereich des Straf- und Massnahmenvollzuges eine Gesetzgebungskompetenz mit nachträglich derogierender Wirkung. Er ist befugt, den Bereich bis alle Einzelfragen zu regeln; sobald er legiferiert, wird das kantonale Recht ausser Kraft treten. Solange der Bund seine Kompetenz aber nicht wahrnimmt, gilt das kantonale Recht im Bereich des Straf- und Massnahmenvollzuges.

2. Strafgesetzbuch und Ausführungserlasse

Das Strafgesetzbuch (StGB) enthält verschiedene Kompetenznormen, die Bund und Kantone Aufgaben und Pflichten zuweisen. Am 1. Januar 2007 sind die Änderungen des StGB vom 13. Dezember 2002²¹¹ (Revision des Allgemeinen Teils des StGB) in Kraft getreten, wodurch das Strafsystem eine grundlegende Änderung erfahren hat, so u.a. mit der Einführung der Einheitsfreiheitsstrafe²¹². Bei dieser bestimmt der Richter lediglich deren Dauer, die Vollzugsbedingungen aber werden durch die Vollstreckungsbehörden festgelegt²¹³. Das revidierte Strafgesetzbuch enthält neu allgemeine Grundsätze bezüglich der therapeutischen Massnahmen und der Verwahrung (Art. 56 bis 58 StGB). Das Gesetz unterscheidet nun bei *stationären therapeutischen Massnahmen* zwischen der *Behandlung von psychischen Störungen* (Art. 59) und Suchtbehandlung (Art. 60 StGB). Bezüglich Suchtbehandlung hält das Gesetz fest, das Gericht könne eine solche Behandlung anordnen, wenn der Täter „von Suchtstoffen oder in anderer Weise abhängig“ sei und wenn weitere Voraussetzungen vorliegen (Verbrechen oder Vergehen in Zusammenhang mit Abhängigkeit und Erwartung, dass der Gefahr weiterer Taten in diesem Zusammenhang begegnet wird). Die Behandlung hat gemäss Art. 60 Abs. 3 StGB in einer *spezialisierten Einrichtung* oder, wenn nötig, in einer *psychiatrischen Klinik* zu

²⁰⁹Botschaft des Bundesrates (Anm. 208), BBl 2002 2472.

²¹⁰Botschaft des Bundesrates (Anm. 208), BBl 2002 2447.

²¹¹AS 2006 3459.

²¹²Statt Haft, Gefängnis und Zuchthaus sieht das neue Gesetz nur noch die Freiheitsstrafe vor, die in der Regel mindestens 6 Monate und höchstens 20 Jahre beträgt, ausser das Gesetz bestimmt ausdrücklich, dass die Freiheitsstrafe lebenslanglich dauert.

²¹³Vgl. *Baechtold* (Anm. 8) S. 103.

erfolgen. Sie ist „den besonderen Bedürfnissen des Täters und seiner Entwicklung anzupassen“.

Bezüglich Kompetenzen des Bundes im Bereich gesundheitsrelevanter Rechte ist insbesondere auf folgende Punkte hinzuweisen:

- Laut Art. 372 StGB vollziehen die Kantone die aufgrund des Strafgesetzbuches von ihren Gerichten gefällten Urteile und sind verpflichtet, die Urteile der Bundesstrafbehörden gegen Ersatz der Kosten zu vollziehen. Art. 377 StGB verpflichtet die Kantone zur Errichtung der notwendigen Anstalten und ermächtigt sie, zu diesem Zweck Vereinbarungen mit anderen Kantonen zu treffen (Strafvollzugskonkordate; diese können auch den gemeinsamen Betrieb oder ein Mitbenützungsrecht an Anstalten anderer Kantone vorsehen, Art. 378). Gemäss Art. 378 Abs. 2 StGB informieren die Kantone einander „über die Besonderheiten ihrer Anstalten und Einrichtungen, namentlich über die Betreuungs-, Behandlungs- und Arbeitsangebote; sie arbeiten bei der Zuteilung der Gefangenen zusammen.“
- Im Weiteren wird den Kantonen die Pflicht auferlegt, dafür zu sorgen, „dass die *Anstaltsreglemente und der Betrieb der Anstalten diesem Gesetz entsprechen*“ (Art. 377 Abs. 4 StGB). Art. 392 des alten StGB auferlegte schliesslich dem Bundesrat die Pflicht, *im Sinne der Oberaufsicht des Bundes* (Art. 49 Abs. 2 BV²¹⁴) über „die Beobachtung des Gesetzes und der dazu gehörigen Ausführungsbestimmungen zu wachen“. Wohl weil es sich dabei um eine Selbstverständlichkeit handelte, findet sich diese Bestimmung im revidierten Strafgesetzbuch nicht mehr. Hinzuzuweisen ist im Übrigen auch auf Art. 186 Abs. 4 BV, wonach der Bundesrat für die Einhaltung der Verträge der Kantone sorgt, die er zu genehmigen hat, „wo es die Durchführung von Bundesrecht verlangt“ (Art. 186 Abs. 2 BV).
- Von zentraler Bedeutung für die vorliegende Studie ist schliesslich die Bestimmung von *Art. 387 StGB*. Diese gibt dem Bund die Kompetenz, nach Anhörung der Kantone Bestimmungen zu erlassen gemäss lit. a) über „den Vollzug von Gesamtstrafen, Zusatzstrafen und mehreren gleichzeitig vollziehbaren Einzelstrafen und Massnahmen“, gemäss lit. d) über den Vollzug von Strafen und Massnahmen an Frauen i.S. von Artikel 80 (insbesondere bei Schwangerschaft, Geburt, die Zeit unmittelbar nach der Geburt, zur gemeinsamen Unterbringung von Mutter und Kleinkind) und laut lit. c) schliesslich auch über „den *Vollzug von Strafen und Massnahmen an kranken, gebrechlichen und betagten Personen*“. Die Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Strafgesetzbuches von 1998, mit der diese Bestimmung erstmals eingeführt wurde, hält dazu fest²¹⁵:

„[Es] besteht im Bereich des Vollzuges von Strafen und Massnahmen an kranken Personen ein erheblicher Regelungsbedarf. Zu denken ist insbesondere an den *Vollzug bei Aids-infizierten Personen und Drogenabhängigen*. Gerade für die Durchführung von Aids-Präventionsprogrammen und Drogenabgabeprogrammen sollte eine einheitliche Regelung auf Bundesebene vorgesehen werden können. Im Weiteren muss gewährleistet sein, dass eine bestehende medizinische Betreuung oder Behandlung bei Drogenabhängigen auch nach einer Verhaftung aufrechterhalten wird.“

Gemäss Art. 6 der Verordnung (1) zum StGB²¹⁶ sind die Kantone nach geltendem Recht - solange der Bundesrat seine Kompetenz nicht ausübt - verpflichtet, Bestimmungen zu erlas-

²¹⁴ „Der Bund wacht über die Einhaltung des Bundesrechts durch die Kantone“.

²¹⁵ Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom 21. September 1998, BBl 1999 2181.

²¹⁶ Verordnung (1) zum Schweizerischen Strafgesetzbuch (VStGB 1) vom 13. November 1973, SR 311.01.

sen über u.a. den „Vollzug von Strafen und Massnahmen an kranken, gebrechlichen und betagten Personen“.

Art. 387 Abs. 1 lit. c StGB gibt dem Bundesrat explizit die Kompetenz, Bestimmungen über den Vollzug von Strafen und Massnahmen an kranken Personen zu erlassen. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll – angesichts des erheblichen Regelungsbedarfs – damit insbesondere die Situation von Aids-Infizierten und Drogenabhängigen verbessert werden, etwa mit Aids-Präventions- und Drogenabgabeprogrammen oder mit der Verankerung der Pflicht, eine bestehende medizinische Betreuung oder Behandlung bei Drogenabhängigen auch nach einer Verhaftung aufrechtzuerhalten.

Die Kantone haben im Weiteren die Pflicht, die materiellen Vorgaben des Strafgesetzbuches an den Strafvollzug umzusetzen, so u.a. den Normalitätsgrundsatz und die besonderen Fürsorgepflichten, die sich aus der Situation im Freiheitsentzug ergeben²¹⁷.

Die Kompetenzen des Bundes aus der Gesetzgebung im Gesundheitsbereich im Allgemeinen (insbesondere gestützt auf das Epidemien- und Betäubungsmittelgesetz) gelten auch im Kontext der strafrechtlichen Freiheitsstrafen und der entsprechenden Massnahmen.

3. Bundesgesetz über Leistungen des Bundes für den Straf- und Massnahmenvollzug (LSMG)

Gestützt auf das Bundesgesetz über die Leistungen des Bundes für den Straf- und Massnahmenvollzug (LSMG)²¹⁸ gewährt der Bund Beiträge an den Neu-, Um- oder Ausbau von Vollzugsanstalten für Erwachsene sowie an den Bau und Betrieb von Erziehungseinrichtungen. Der Bund kann auch Modellversuche unterstützen.

In diesem Rahmen kann der Bund lenkend auf den Strafvollzug einwirken, da die Leistungen bezwecken, „die Anwendung der Vorschriften und Grundsätze des Straf- und Massnahmenvollzugs zu erleichtern“ und „Grundlagen für Neuerungen auf diesem Gebiet bereitzustellen“ (Art. 1 LSMG). Die Ausrichtung von Beiträgen ist u.a. an die Voraussetzung gebunden, dass damit Verbesserungen im Sinne von Artikel 1 bewirkt werden (Art. 3 Abs. 1 lit. d LSMG).

Besondere Kompetenzen in Bezug auf die Gesundheitsförderung kommen dem Bund gestützt auf das LSMG nur in geringem Masse zu.

4. De lege ferenda: Anpassungen des Strafgesetzbuches und des LSMG an die neue Aufgabenverteilung zwischen Bund und Kantonen (NFA)

Auf folgende Punkte der Revision des Strafgesetzbuches und des LSMG im Zuge der Neuregelung der Aufgabenverteilung zwischen Bund und Kantonen ist hauptsächlich hinzuweisen:

- Während in die Bundesverfassung im Rahmen der Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen neu eine Kompetenz eingefügt worden ist, wonach der Bund Vorschriften zum Straf- und Massnahmenvollzug erlassen kann (siehe oben Ziffer 1), enthält der Entwurf des Bundesrates vom September 2005 zur Ausführungsgesetzgebung²¹⁹ mit Art. 372 Abs. 3 StGB lediglich eine neue Bestimmung,

²¹⁷Vgl. dazu ausführlich oben Teil II, A.4; vgl. auch *Baechtold* (Anm. 8) S. 107f.

²¹⁸Vom 5. Oktober 1984, SR 341.

²¹⁹Botschaft zur Ausführungsgesetzgebung zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (NFA) vom 7. September 2005, BBl 2005 6029.

wonach die *Kantone einen einheitlichen Vollzug strafrechtlicher Sanktionen gewährleisten*. Die Bestimmung bezieht sich auf die Pflicht der Kantone zum Straf- und Massnahmenvollzug im Allgemeinen²²⁰. Gemäss Botschaft des Bundesrates²²¹ ist es Sache der Kantone „festzulegen, wie weit die postulierte Einheitlichkeit des Vollzugs gehen soll. *Im Minimum müssen die materiellen Grundsätze gemäss übergeordnetem Recht (Völkerrecht, Bundesrecht, Praxis des Bundesgerichts) einheitlich vollzogen werden*“.

- Der Bundesrat hat in seinem Entwurf *auf den Erlass eines umfassenden Bundesgesetzes über den Straf- und Massnahmenvollzug verzichtet*, u.a. mit der Argumentation²²², für die Kantone wäre es „kaum verkraftbar“ gewesen, wenn zusätzlich zu den laufenden Umsetzungen des neuen Allgemeinen Teils des StGB und der neuen Strafprozessordnung „nun auch noch ein neues Rahmengesetz für den Straf- und Massnahmenvollzug umzusetzen wäre“. Im Übrigen würde ein solches Gesetz notgedrungen einen grossen Umfang aufweisen und den NFA massiv belasten. Die interkantonale Zusammenarbeit wickle sich in drei bereits bestehenden funktionsfähigen Konkordaten ab. Insofern bestünden beim Straf- und Massnahmenvollzug gute Voraussetzungen für eine zweckmässige föderalistische Aufgabenerfüllung. Für den Vollzug sind daraus für den Bundesrat u.a. folgende Forderungen abzuleiten: Die Sicherstellung eines einheitlichen Vollzuges und die *Gewährung von Bundesbeiträgen nur bei der Sicherstellung eines bundesrechtskonformen Vollzugs*.
- Massnahmen drängen sich für den Bundesrat allerdings nicht nur im Verhältnis Bund – Kantone auf, sondern auch auf der Ebene der interkantonalen Zusammenarbeit. Diese Ebene müsse namentlich mit dem Ziel einer verbindlicheren Form der Zusammenarbeit unter den Kantonen weiter gestärkt werden. Hier seien die Kantone und die Konkordate aufgerufen, entsprechende Massnahmen einzuleiten. Ebenso hat der Sprecher der vorberatenden Kommission, *Bürigi*, im Ständerat ausgeführt²²³, Ziel der Revisionsvorschläge sei die *Sicherstellung eines einheitlichen und bundesrechtskonformen Strafvollzugs*. In Absatz 3 von Art. 372 StGB werde diese Zielsetzung als ausdrücklicher Auftrag an die Kantone festgehalten. In diesem Zusammenhang habe seine Kommission die Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektoren (KKJPD) ersucht, in einem Bericht darzulegen, wie die Kantone die in Artikel 372 Absatz 3 des revidierten Allgemeinen Teils des StGB stipulierte Verpflichtung, für einen einheitlichen Vollzug strafrechtlicher Sanktionen zu sorgen, umzusetzen gedenken. Die Kommission sei zum Schluss gekommen, dass diese neue Bestimmung im StGB aufgrund der bereits bestehenden Strukturen (drei Konkordate mit einem koordinierenden Ausschuss), welche sich bewährt haben, nicht einfach Schall und Rauch bleiben werde.
- Bezüglich des Bundesgesetzes über die Leistungen des Bundes für den Straf- und Massnahmenvollzug führt die NFA-Vorlage gemäss Entwurf des Bundesrates unter anderem zu einer *Verschärfung der Voraussetzungen*, gemäss welchen Beiträge an Neu-, Um- oder Ausbauten von Vollzugsanstalten gewährt werden. Namentlich können Beiträge des Bundes an die Kantone *gekürzt oder verweigert werden*, wenn der *bundesrechtskonforme Vollzug* im Kanton, in dem das Bauprojekt verwirklicht werden soll, *nicht sichergestellt ist*. Damit erhält der Bund ein griffigeres Druckmittel, um einen bundesrechtskonformen

²²⁰Gemäss Art. 372 Abs. 1 StGB vollziehen die Kantone „die von ihren Strafgerichten auf Grund dieses Gesetzes ausgefallenen Urteile. Sie sind verpflichtet, die Urteile der Bundesstrafbehörden gegen Ersatz der Kosten zu vollziehen“.

²²¹Botschaft NFA (Anm. 219) S. 6096.

²²²Botschaft zur Ausführungsgesetzgebung NFA (Anm. 219) S. 6094.

²²³Amtliches Bulletin Ständerat 2006 S. 132f.

Vollzug sicherzustellen, der auch die Einhaltung der gesundheitsrelevanten bundes- und völkerrechtlichen Mindeststandards beinhaltet. Bisher konnte der Bund mit den projektbezogenen Beiträgen, wie der Botschaft des Bundesrates entnommen werden kann²²⁴, „nicht sicherstellen, dass auf dem Hoheitsgebiet eines Kantons ein einheitlicher und bundesrechtskonformer Vollzug gewährleistet wird“. Zur Durchsetzung dieses Bundesanspruchs und zur Optimierung der Wirkung von Baubeiträgen schlage der Bundesrat daher vor, Art. 3 Abs. 3 des LSMG entsprechend zu ergänzen. Mit der neuen Bestimmung solle eine Art Malus-System eingeführt werden, indem einem Kanton Beiträge an eine bestimmte Institution gekürzt oder verweigert werden könnten, sofern in einer anderen kantonalen Institution die Normen nicht eingehalten würden.

Den Änderungen des Strafgesetzbuches und des LSMG sind im Parlament kein Widerstand erwachsen, so dass diese Normen mit Inkrafttreten des Neuen Finanzausgleichs, der für das Jahr 2008 vorgesehen ist, Rechtskraft erlangen werden²²⁵.

Mit dem Inkrafttreten der Revision des Strafgesetzbuches und des LSMG durch die Neuregelung des Finanzausgleiches werden die Kantone einen einheitlichen Vollzug strafrechtlicher Sanktionen zu gewährleisten haben. Im Minimum müssen dabei die materiellen Grundsätze gemäss übergeordnetem Recht (Völkerrecht, Bundesrecht, Praxis des Bundesgerichts) einheitlich vollzogen werden.

Die Gewährung von Bundesbeiträgen aus dem LSMG kann künftig an die Sicherstellung eines bundesrechtskonformen Vollzugs geknüpft werden, womit der Bund ein griffigeres Durchsetzungsmittel bekommt; Beiträge des Bundes an die Kantone können gekürzt oder verweigert werden, wenn der bundesrechtskonforme Vollzug im Kanton, in dem das Bauprojekt verwirklicht werden soll, nicht sichergestellt ist, worunter auch die Einhaltung der gesundheitsrelevanten bundes- und völkerrechtlichen Mindeststandards fällt.

E. KOMPETENZORDNUNG IM BEREICH DER AUSLÄNDERRECHTLICHEN HAFT UND DER AUSLIEFERUNGSHAFT

1. Ausländerrechtliche Administrativhaft (insbesondere Ausschaffungshaft)

Gemäss Art. 121 BV ist die Gesetzgebung über die Ein- und Ausreise, den Aufenthalt und die Niederlassung von Ausländerinnen und Ausländern sowie über die Gewährung von Asyl Sache des Bundes. Auf diese Befugnis stützt sich die gesetzliche Grundlage für die Anordnung von Haft im Bereich des Ausländerrechts: Mit dem Bundesgesetz über Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht vom 18. März 1994 wurde u.a. eine Vorbereitungschaft eingeführt und die bereits bestehende Ausschaffungshaft verlängert.

Das neue Ausländergesetz (AuG), über welches im September 2006 abgestimmt worden ist und das am 1. Januar 2008 in Kraft treten soll²²⁶, führt neu eine Durchsetzungschaft ein (Art. 78 AuG) und sieht eine maximale Haftdauer von Vorbereitungs-, Ausschaffungs- und Durch-

²²⁴Botschaft zur Ausführungsgesetzgebung NFA (Anm. 219), BBl 2005 6097.

²²⁵Das Bundesgesetz über die „Schaffung und die Änderung von Erlassen zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (NFA) ist in der Herbstsession 2006 des Parlamentes angenommen worden (Datum der Schlussabstimmung 6. Oktober 2006).

²²⁶Einige Bestimmungen sind bereits im Rahmen der Inkraftsetzung des revidierten Asylgesetzes auf den 1. Januar 2007 wirksam geworden.

setzungshaft von 24 Monaten vor, bei Minderjährigen im Alter zwischen 15 und 18 Jahren von maximal zwölf Monaten (Art. 79 AuG). Zu den Haftbedingungen hält das neue Gesetz in Art. 81 Abs. 2 AuG (alt Art. 13d Abs. 2 ANAG) lediglich fest, dass die Haft in „geeigneten Räumlichkeiten zu vollziehen“ ist und dass eine Zusammenlegung mit Personen in Untersuchungshaft oder im Strafvollzug zu vermeiden ist. Den Inhaftierten sei soweit möglich eine geeignete Beschäftigung anzubieten.

Ein Antrag auf *Erlass von ausführlicheren Bundesbestimmungen* und auf eine Oberaufsicht über den *Vollzug der Haft durch den Bund* wurde in der parlamentarischen Beratung *abgelehnt*²²⁷. Entsprechend haben die Kantone Ausführungsbestimmungen erlassen, welche die Vollzugsmodalitäten mehr oder weniger detailliert regeln. Aufgrund der Kompetenz des Bundes im Bereich des Ausländerrechts hat dieser aber unzweifelhaft die Kompetenz, selbst detailliertere Vorschriften auch im Bereich des Haftvollzugs zu erlassen, auch wenn er bis anhin aufgrund föderalistischer Erwägungen darauf verzichtet hat.

Im Weiteren enthält auch das in der parlamentarischen *Beratung stehende Zwangsanwendungsgesetz* des Bundes²²⁸, das die Anwendung von polizeilichem Zwang im Zuständigkeitsbereich des Bundes einheitlich regeln soll (insbesondere für alle Behörden, die beim Vollzug der Ausländer- und der Asylgesetzgebung polizeilichen Zwang anwenden müssen oder auch für Behörden, die im Auftrag einer Bundesbehörde Personen mit Freiheitsbeschränkungen transportieren) zwar ein paar wenige Grundsätze betreffend medizinischer Versorgung und Untersuchung²²⁹ (Art. 15ff), und eine Haftungsnorm des Bundes bei widerrechtlich verursachten Schäden (Art. 21), aber keine neuen expliziten Kompetenzen für die Regelung der Haft.

2. Auslieferungshaft

Das Rechtshilfegesetz des Bundes²³⁰ und die ausführende Rechtshilfeverordnung²³¹ regeln die Anordnung von Auslieferungshaft, enthalten aber kaum Vorgaben an den Vollzug. Gemäss Art. 20 Abs. 1 der Verordnung wird die Haft „in der Regel nach den Vorschriften des Kantons vollzogen“. Das Bundesamt kann aber nach Rücksprache mit dem Kanton abweichende Anordnungen treffen, wenn es die Umstände erfordern.

Die Gesetzgebung im Bereich der ausländerrechtlichen Administrativhaft und der Auslieferungshaft enthält weder materielle Vorgaben an den Vollzug noch besondere Kompetenzen des Bundes in Bezug auf die Regelung von Gesundheitsproblemen in Haft. Allerdings müssen die für die Vorbereitungs-, Ausschaffungs- und Durchsetzungshaft geltenden Standards mindestens denjenigen für Strafgefangene entsprechen.

Es ist dem Bund aber aufgrund seiner Gesetzgebungskompetenz unbenommen, auf dem Verordnungsweg detailliertere Vorschriften an den Vollzug der Haft aufzustellen.

²²⁷ Amtl. Bull. N 1994 124ff; gemäss Bundesrat Koller seien keine Bundesanstalten gewünscht: „Wir halten ausdrücklich am Prinzip fest, dass die Kantone für den Vollzug dieses Gesetzes verantwortlich sind“ (S. 126).

²²⁸ Bundesgesetz über die Anwendung von Zwang im Ausländerrecht und beim Transport von Personen im Auftrag der Bundesbehörden (ZAG), Botschaft des Bundesrates vom 16. Januar 2006, BBl 2006 2489.

²²⁹ Im Übrigen wird in der Aus- und Weiterbildung für Personen, deren Aufgaben mit der Anwendung von polizeilichem Zwang verbunden sein kann und die vom Bundesrat geregelt wird (Art. 19) besonderer Wert gelegt auf die „Beurteilung gesundheitlicher Risiken der Gewaltanwendung und Leistung erster Hilfe“ (Art. 20 lit. d).

²³⁰ Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. März 1981 (IRSG, SR 351.1)

²³¹ Verordnung über internationale Rechtshilfe in Strafsachen vom 24. Februar 1982 (IRSV, SR 351.11.)

Auf jeden Fall gelten die Kompetenzen des Bundes aus der Gesetzgebung im Gesundheitsbereich im Allgemeinen (insbesondere gestützt auf das Epidemien- und Betäubungsmittelgesetz) auch im Kontext der administrativrechtlichen Haftarten (namentlich gestützt auf das Ausländergesetz und das Rechtshilfegesetz).

F. KOMPETENZORDNUNG IM BEREICH DER UNTERSUCHUNGS- UND SICHERHEITSHAFT

Das Strafverfahren lag bis heute in der Kompetenz der Kantone. Damit bestimmten diese auch die Voraussetzungen und Anforderungen an Untersuchungs- oder Sicherheitshaft (Polizeihaft). Der Kanton Bern beispielweise regelt im Gesetz über das Strafverfahren²³², dass die inhaftierte Person in ihrer persönlichen Freiheit nur insoweit eingeschränkt werden darf, als der Untersuchungszweck, die Sicherheit des Personals und der Öffentlichkeit sowie die Ordnung in der Haftanstalt es erfordern. Im Weiteren bestimmt im Kanton Bern Art. 1 des Gesetzes über den Straf- und Massnahmenvollzug²³³, dass dieses Gesetz neben der Regelung des Vollzugs von Freiheitsstrafen unter dem Vorbehalt besonderer Bestimmungen auch anwendbar ist auf die fürsorgliche Freiheitsentziehung, sofern sie in den Einrichtungen des Straf- und Massnahmenvollzug erfolgt. Der Vollzug der Untersuchungs- und Polizeihaft erfolgt ebenfalls nach diesem Gesetz, sofern das Gesetz über das Strafverfahren nichts anderes regelt (Abs. 3 von Art. 1). Im Übrigen regelt das bernische Gesetz über den Straf- und Massnahmenvollzug, dass *Gefängnisse* neben dem Vollzug von Freiheitsstrafen auch dem Vollzug von Untersuchungs-, Sicherheits- und Auslieferungshaft, von Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht, der Polizeihaft, der Haft auf dem Transport und von polizeilichem Gewahrsam dient.

Zu erwähnen ist an dieser Stelle, dass im Bereich der *Polizeihaft* der Bund über keine Gesetzgebungskompetenz verfügt; diese liegt ausschliesslich bei den Kantonen. Es handelt sich damit um die einzige Haftart, die in der alleinigen Zuständigkeit der Kantone liegt.

Mit der Revision der Bundesverfassung durch die Justizreform des Jahres 2000 wurde dem Bund neben der Gesetzgebung im Bereich des Strafrechts auch die Zuständigkeit zur Regelung des Strafprozessrechts übertragen (Art. 123 Abs. 1 BV). Aktuell ist die Vorlage für eine *Schweizerische Strafprozessordnung* in der parlamentarischen Beratung. Gemäss der Botschaft des Bundesrates zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts²³⁴ wird künftig die Anordnung und Durchführung von Untersuchungs- und Sicherheitshaft²³⁵ bundesrechtlich geregelt sein. Der Entwurf enthält bezüglich des Vollzugs der Untersuchungs- und Sicherheitshaft verschiedene materielle Grundsätze, *behält allerdings die Regelung der Rechte und Pflichten der Inhaftierten*, ihre Beschwerdemöglichkeiten, die Disziplinar-massnahmen sowie die Aufsicht über die Haftanstalten den Kantonen vor (Art. 234 Abs. 5). Damit verzichtet er auf eine weitergehende Kompetenz zur Regelung der Rechte und Pflichten der Inhaftierten in Untersuchungs- und Sicherheitshaft.

Der Bund verfügt aufgrund von Art. 123 Abs. 1 BV neu über die Kompetenz zur Gesetzgebung auf dem Gebiet des Strafprozessrechts. Mit dem einheitlichen schweizerischen Strafpro-

²³²Vom 15. März 1995, BSG 321.1.

²³³Vom 25. Juni 2003, BSG 341.1.

²³⁴Vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 1085

²³⁵Als Untersuchungshaft gilt danach die Haft, die mit der Anordnung durch das Zwangsmassnahmengengericht beginnt und mit dem Eingang der Anklage beim erstinstanzlichen Gericht, mit dem Antritt einer freiheitsentziehenden Sanktion oder mit der Entlassung aus der Untersuchungshaft endet. Als Sicherheitshaft gilt die Haft während der Zeit des Eingangs der Anklageschrift und der Rechtskraft des Urteils, dem Antritt einer Freiheitsstrafe oder der Freilassung; vgl. Art. 219 des Entwurfes, BBl 2006 1454.

zessrecht wird der Bund auch Grundsätze für die Ausgestaltung von Untersuchungs- und Sicherheitshaft regeln. Der Entwurf verzichtet allerdings auf die volle Ausschöpfung seiner Kompetenz, indem die Regelung der Rechte und Pflichten von Inhaftierten den Kantonen vorbehalten wird.

Der Bund wäre allerdings befugt, auf dem Wege der Gesetzgebung weitere gesundheitsrelevante Rechte von Personen in Untersuchungs- und Sicherheitshaft vorzusehen. Auf jeden Fall gelten die Kompetenzen des Bundes aus der Gesetzgebung im Gesundheitsbereich im Allgemeinen (insbesondere gestützt auf das Epidemien- und Betäubungsmittelgesetz) im Kontext der Untersuchungs- und Sicherheitshaft, sei dies aufgrund der aktuellen Rechtslage im Kompetenzbereich der Kantone, sei dies künftig im Rahmen der bundesrechtlichen Regelung.

Auf dem Gebiet der *Polizeihaft* hingegen verfügt der Bund über keine Gesetzgebungskompetenzen; diese liegt ausschliesslich bei den Kantonen. Auch wenn die Dauer dieser freiheitsentziehenden Massnahme meist kurz ist und ihr daher bezüglich Gesundheitsprävention nicht die gleich bedeutende Rolle wie die Freiheitsstrafe zukommt, schliesst dies eine Krankheitsübertragung gerade nicht aus. Als oft erste Station in einem „Haftanstaltenparcours“ wäre die Polizeihaft zudem im Sinne von Prävention und Aufklärung von einiger Bedeutung. Daher ist diese Haftart nicht zu vernachlässigen, auch wenn der Bund hier über keine spezifische haftrechtliche, so doch immerhin – wie bei den übrigen Massnahmen des Freiheitsentzuges – über einschlägige gesundheitsrechtliche Regelungskompetenzen durch die Epidemien- und Betäubungsmittelgesetzgebung verfügt.

G. KOMPETENZORDNUNG IM BEREICH DER FÜRSORGERISCHEN FREIHEITSENTZIEHUNG

Neben den Haftformen aufgrund des Strafgesetzbuches (inklusive Untersuchungshaft) und der Administrativhaft gemäss Ausländergesetz (Vorbereitungs- und Ausschaffungshaft, Durchsetzungshaft) gilt es die fürsorgerische Freiheitsentziehung zu erwähnen. Gemäss Art. 397a des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) darf eine mündige oder entmündigte Person „wegen Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Trunksucht, anderen Suchterkrankungen oder schwerer Verwahrlosung in einer geeigneten Anstalt untergebracht oder zurückbehalten werden, wenn ihr die nötige persönliche Fürsorge nicht anders erwiesen werden kann“. Im Übrigen können gemäss Art. 15b des Betäubungsmittelgesetzes²³⁶ „betäubungsmittelabhängige Personen“ nach den Bestimmungen des ZGB über die fürsorgerische Freiheitsentziehung „in einer geeigneten Anstalt untergebracht oder zurückbehalten werden“. Gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung können die Kantone „die ambulante Nachbehandlung oder Nachkontrolle anordnen“.

Für die Anordnung der fürsorgerischen Freiheitsentziehung – eine vormundschaftliche Massnahme – ist die Vormundschaftsbehörde am Wohnsitz oder am Aufenthaltsort (bei einer akuten Gefahr) zuständig (Art. 397b ZGB), wobei die Zuständigkeiten und das Verfahren durch die Kantone geregelt werden. Die bundesrechtliche Regelung der fürsorgerischen Freiheitsentziehung im Schweizerischen Zivilgesetzbuch ist dem Willen zu verdanken, Art. 5 Ziff. 1 lit. e der Europäischen Menschenrechtskonvention einheitlich umsetzen zu können. Das Schwergewicht der bundesrechtlichen Regelung besteht denn auch in der Vereinheitlichung

²³⁶Vgl. oben C.4.a.

der materiellen Voraussetzungen für die Anordnung der fürsorgerischen Freiheitsentziehung²³⁷.

Das Bundesrecht schreibt in Art. 397e ZGB nur gewisse Mindeststandards i.S. von *Verfahrensgarantien* fest, so u.a. das Recht der betroffenen Person, über die Gründe der Anordnung unterrichtet zu werden und darüber aufmerksam gemacht zu werden, dass sie ein Gericht anrufen kann, oder den Grundsatz, dass ein Begehren um gerichtliche Beurteilung unverzüglich an das zuständige Gericht weiterzuleiten ist. Über die Bedingungen der Freiheitsentziehung schweigt sich das Bundesrecht aus. Das Bundesgericht hatte sich allerdings verschiedentlich mit der Frage zu beschäftigen, was als geeignete Anstalt i.S. des Gesetzes angesehen werden kann²³⁸.

Die Ausgestaltung der Aufenthaltsbedingungen im Freiheitsentzug liegt demnach in der Kompetenz der Kantone, die sich allerdings an den verfassungsmässigen Rahmen zu halten und namentlich die Grund- und Menschenrechte der Betroffenen zu achten haben, wie sie sich aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts und der internationalen Menschenrechtsorgane ergeben²³⁹.

Die Kantone regeln die Bedingungen bezüglich fürsorgerischer Freiheitsentziehung. Weder kann der Bund aufgrund der aktuellen Rechtslage den Kantonen bezüglich der Ausgestaltung der Haft Vorschriften machen, noch wäre etwa eine analoge Anwendung der Grundsätze des Strafgesetzbuches im Bereich der Haftbedingungen zulässig. Der Bund könnte allenfalls gestützt auf eine Revision des Zivilgesetzbuches und nachfolgenden Ausführungserlassen detailliertere Regeln bezüglich gesundheitsrelevanter Rechte der von dieser Massnahme betroffenen Personen aufstellen.

Gesundheitsrelevante Rechte der Personen, denen die Freiheit fürsorgerisch entzogen worden ist, können indessen vom Bund gestützt auf die Rechtsgrundlagen des Gesundheitsrechts umgesetzt werden.

Da die fürsorgerische Freiheitsentziehung nur in den seltensten Fällen in Haftanstalten des Strafvollzuges durchgeführt wird, sondern in spezialisierten Pflege- und Therapieheimen oder psychiatrischen Anstalten, dürften sich allerdings in der Praxis auch weniger schwerwiegende Probleme aus gesundheitsrechtlicher Sicht stellen.

H. EXKURS: DAS GEPLANTE BUNDESGESETZ ÜBER DIE KOMMISSION ZUR VERHÜTUNG VON FOLTER

Die Schweiz hat am 7. Juni 2004 das Fakultativprotokoll zur Anti-Folterkonvention der UNO vom 18. Dezember 2002 unterzeichnet. Das Protokoll verpflichtet die Vertragsstaaten, eine (nationale) Kommission zur Verhütung von Folter einzurichten. Der Bundesrat beabsichtigt, diese Verpflichtung mit einem „Bundesgesetz über die nationale Kommission zur Verhütung von Folter“ umzusetzen und hat im Dezember 2006 eine Botschaft mit einem Gesetzesentwurf an das Parlament verabschiedet.²⁴⁰ Die Kommission soll u.a. die Aufgabe haben, regelmässig die Situation von inhaftierten Personen zu überprüfen, regelmässige Inspektionen vor

²³⁷ Vgl. BGE 121 III 207.

²³⁸ Vgl. etwa BGE 121 III 308.

²³⁹ Vgl. die ausführliche Darstellung oben in Teil II.

²⁴⁰ Botschaft zum Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des Fakultativprotokolls zum Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigendere Behandlung oder Strafe, vom 8. Dezember 2006, BBl 2007 S. 265ff; Gesetzesentwurf BBl 2007 S. 281ff.

Ort durchzuführen und Empfehlungen an die zuständigen Behörden abzugeben, um die Behandlung und die Situation der Inhaftierten zu verbessern und Folter und grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe zu verhüten (Art. 2). Die mit Freiheitsentzug befassten Stellen sollen der Kommission die Informationen zur Verfügung stellen, welche diese zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigt, namentlich auch über die Behandlung der Inhaftierten und der Bedingungen des Freiheitsentzuges (Art. 8 Abs. 1); die Kommission soll Zugang zu allen Orten des Freiheitsentzuges erhalten und auch direkt unter vier Augen mit den Inhaftierten und weiteren Personen unterhalten können, die sachdienliche Angaben machen können (Art. 8 Abs. 2 und 3).

Die vorgesehene nationale Kommission zur Verhütung von Folter – gestützt auf ein Bundesgesetz und zur Umsetzung eines internationalen Übereinkommens – könnte eine wichtige Rolle bei der Realisierung menschenrechtlich begründeter gesundheitsrelevanter Rechte von Gefangenen spielen. Die vorgesehene Verpflichtung der mit dem Freiheitsentzug befassten Stellen zur offenen Zusammenarbeit mit der Kommission und die Informationspflicht betreffend Behandlung von Inhaftierten und Bedingungen des Freiheitsentzuges stellen dabei wirksame Instrumente zur Verfügung. Diese neue Institution würde es ermöglichen, neben den Bemühungen des Bundes gestützt auf dessen Kompetenzen, gegenüber den Kantonen auf die Einhaltung von einheitlichen, zentralen Gesundheitsstandards in Haft zu drängen.

I. WEITERE RELEVANTE KOMPETENZBEREICHE DES BUNDES

1. Forschung

Gemäss Art. 64 BV fördert der Bund die wissenschaftliche Forschung (Abs. 1). Der Bund hat damit eine parallele und umfassende Kompetenz, welche aber entsprechende Tätigkeiten der Kantone nicht berührt²⁴¹. Laut Botschaft zur Bundesverfassung handelt es sich um eine Zuständigkeit, welche den Bund zum Handeln verpflichtet; er trägt die Hauptverantwortung für die Forschungsförderung²⁴². Der Bund kann Forschungsprojekte unterstützen oder Forschungsaufträge erteilen, wobei nicht massgebend ist, ob der Forschungsgegenstand in einem direkten Bezug zur Erfüllung einer bestimmten Staatsaufgabe steht²⁴³.

Darüber hinaus weisen verschiedene Gesetzesbestimmungen dem Bund Kompetenzen im Bereich der Forschungsförderung zu; so fördert etwa gemäss Art. 15c Abs. 1 des Betäubungsmittelgesetzes der Bund „mit Beiträgen oder andern Massnahmen die wissenschaftliche Forschung über die Wirkungsweise der Betäubungsmittel, sowie die Ursachen, Auswirkungen und *Bekämpfungsmöglichkeiten* des Betäubungsmittelmissbrauchs.“ Die „Verordnung über epidemiologische Studien zur Erfassung von Daten über das Human Immunodeficiency Virus“²⁴⁴ gibt dem Bund und namentlich dem Bundesamt für Gesundheit die Kompetenz zur Durchführung verschiedener Arten von epidemiologischen Studien als Grundlage für die Planung von Massnahmen gegen Aids. Das BAG entscheidet dabei über die Durchführung einer landesweiten Studie (Art. 3 Abs. 1).

²⁴¹ Vgl. *Pierre Tschannen/Martin Buchli*, Verfassungs- und Gesetzesgrundlagen des Bundes im Bereich der Suizidprävention, Rechtsgutachten zuhanden des Bundesamtes für Gesundheit, Bern 2004, S. 13, mit Hinweisen.

²⁴² Botschaft Bundesverfassung (Anm. 152) S. 281.

²⁴³ So *Tschannen/Buchli* (Anm. 241) S. 13.

²⁴⁴ HIV-Studienverordnung, SR 818.116.

Dem Bund und namentlich auch dem BAG in dessen Tätigkeitsbereich²⁴⁵ kommen die Kompetenzen zu, Forschungsprojekte zu unterstützen und Forschungsaufträge zu erteilen. Diese Kompetenz bezieht sich zweifellos auch auf Fragen der Gesundheitsvorsorge in Haftanstalten und gesundheitsrelevanter Rechte von Inhaftierten.

2. Statistik

Art. 65 BV Abs. 1 verpflichtet den Bund zur Erhebung der „notwendigen statistischen Daten über den Zustand und die Entwicklung von Bevölkerung, Wirtschaft, Gesellschaft, Raum und Umwelt in der Schweiz“. Soweit die Statistik Forschungszwecken dient, genügt dabei bereits Art. 64 (Forschung) als Grundlage. Die Botschaft zur Bundesverfassung verweist allerdings darauf, dass nicht alle Aufgaben der amtlichen Statistik Forschungscharakter haben²⁴⁶. Wie bei der Forschung beschränkt sich auch bei der Statistik die Kompetenz nicht nur auf Bereiche, in welchen der Bund zuständig ist; unabhängig von der Kompetenzordnung sollen alle notwendigen statistischen Daten erhoben und ausgewertet werden können²⁴⁷. So „sammelt und analysiert“ das Bundesamt für Gesundheit gemäss seiner Gesamtstrategie „Daten zum Gesundheitszustand der Bevölkerung in der Schweiz. Es evaluiert Massnahmen und informiert Behörden und Öffentlichkeit über neue Erkenntnisse“²⁴⁸. Diese Tätigkeit ist insofern unproblematisch, solange es um Daten geht, die nicht personenbezogen sind. Hingegen sind gemäss *Tschannen/Häsler*²⁴⁹ „verpflichtende Massnahmen, wie z.B. eine Meldepflicht für bestimmte Krankheiten, aus kompetenzrechtlicher Sicht nur im Sachbereich von Art. 118 BV zulässig“. Eine weitere Kompetenz, gestützt auf Gesetzesrecht, räumt etwa Art. 8a des Betäubungsmittelgesetzes ein, indem das BAG die Berechtigung erhält, personenbezogene Daten zur Überprüfung der Voraussetzungen und des Verlaufs heroingestützter Behandlungen zu bearbeiten. Gestützt auf dasselbe Gesetz hat der Bund darüber hinaus den Auftrag, „eine Dokumentations-, Informations- und Koordinationsstelle“ zu schaffen (Art. 15c Abs. 3).

Im Weiteren kann das Bundesamt für Gesundheit gestützt auf Art. 15 Abs. 1 lit. a der Meldeverordnung²⁵⁰ im Bereich der übertragbaren Krankheiten neben anderen vom Bundesamt für Statistik Angaben zur Demographie, zu Todesursachen und zu Hospitalisationen (medizinische Statistik der Krankenhäuser) durch übertragbare Krankheiten verlangen oder vom Bundesamt für Sozialversicherung gemäss lit. b „demographische und medizinische Angaben zu (...) behindernden übertragbaren Krankheiten“. Dies bedingt wiederum, dass diesen Amtsstellen die Kompetenz zur Erhebung der notwendigen Daten auch gegenüber den Kantonen zukommt.

Die Erfassung von Daten durch das Bundesamt für Gesundheit über den Gesundheitszustand in den Gefängnissen, wie beispielsweise die Rate von Ansteckungen und übertragbaren Krankheiten, entspricht der verfassungsmässigen Kompetenzordnung. Dies erscheint angesichts der prekären Datenlage im Bereich von Gesundheit, Drogen und Haft von einiger praktischer Bedeutung.

²⁴⁵ Vgl. oben C.3.

²⁴⁶ Botschaft Bundesverfassung (Anm. 152) S. 281.

²⁴⁷ *Tschannen/Buchli* (Anm. 241) S. 14.

²⁴⁸ Gesamtstrategie BAG aus dem Jahr 2001, zitiert nach *Tschannen/Häsler* (Anm. 148), S. 42.

²⁴⁹ *Tschannen/Häsler* (Anm. 148) S. 42.

²⁵⁰ Verordnung über die Meldung übertragbarer Krankheiten des Menschen, vom 13. Januar 1999, SR 818.141.1.

IV. SCHLUSS

Sowohl die Organisation der Gesundheitsversorgung wie auch der Vollzug der Freiheitsstrafen liegen primär in der Kompetenz der Kantone. Diese tragen damit die Hauptverantwortung für die Umsetzung der notwendigen Massnahmen zur Vermeidung der Übertragung von Krankheiten in Haft. Der Bund ist indessen berechtigt und beauftragt, einerseits die menschenrechtlichen Verpflichtungen, welche die Schweiz eingegangen ist, auch im Haftbereich umzusetzen, andererseits der Verfassung (namentlich der Grundrechtsordnung) und der Gesetzgebung (insbesondere im Bereich der Gesundheit oder des Strafrechts) Nachachtung zu verschaffen: Dem Bund kommt gemäss Art. 49 Abs. 2 BV die Aufgabe zu, über die Einhaltung des Bundesrechts durch die Kantone zu sorgen. In Verbindung mit Art 5 Abs. 4 BV („Bund und Kantone beachten das Völkerrecht“) gilt diese Bundesaufsicht auch zur Sicherstellung der Einhaltung des Völkerrechts²⁵¹; dies ist deshalb von Bedeutung, da der Bund – und nicht der Kanton – bei völkerrechtswidrigem Verhalten seiner Gliedstaaten haftbar wird²⁵². Im Weiteren stützt sich die Bundesaufsicht auch auf Art. 184 Abs. 4 BV, wonach der Bundesrat für die Einhaltung des Bundesrechts sowie der Kantonsverfassungen und der Verträge der Kantone sorgt und die notwendigen Massnahmen trifft.

Der Bund verfügt damit gestützt auf seine Oberaufsichtsfunktionen gegenüber den Kantonen, und gestützt auf vielfältige Kompetenzbereiche über mehrere Handlungsoptionen. Für den Bereich des Straf- und Massnahmenvollzuges würde sich – gestützt auf eine explizite Grundlage im Strafgesetzbuch – eine einheitliche Regelung durch eine Verordnung des Bundesrats aufdrängen, da übertragbare Krankheiten nicht vor den Kantons- und Anstaltsmauern Halt machen und eine umfassende Herangehensweise notwendig ist. Möglich und denkbar sind auch andere Lösungen, die vom Bund mit den Kantonen erarbeitet werden müssten. Nicht verhandelbar sind dabei die gesundheitsrelevanten Rechte der Personen, denen die Freiheit entzogen ist.

²⁵¹ Vgl. etwa *Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier*, *Droit constitutionnel suisse*, 2. Auflage, Bern 2006, Band 1, S. 385.

²⁵² So sind die Kantone auch gemäss Art. 7 des Bundesgesetzes über die Mitwirkung der Kantone an der Aussenpolitik des Bundes (BGMK, SR 138.1) verpflichtet, erforderliche Anpassungen ihres Rechts vorzunehmen, soweit die Umsetzung des internationalen Rechts ihnen obliegt.