

Sprachbarrieren bei der Bekämpfung übertragbarer Krankheiten in Haftsituationen

ANSPRÜCHE FREMDSPRACHIGER INHAFTIERTER UND VERPFLICHTUNGEN DES STAATES

GUTACHTEN ZUHANDEN DER SEKTION AIDS DES BUNDESAMTS FÜR GESUNDHEIT

ERSTATTET VON

PROF. DR. JÖRG KÜNZLI, RECHTSANWALT UND LL.M

DR. ALBERTO ACHERMANN, RECHTSANWALT UND LL.M

BERN, 15. DEZEMBER 2009

Inhaltsverzeichnis

I.	Ausgangslage / Fragestellung	4
II.	Das Amtssprachenregime	6
III.	Übersetzungspflichten im Gesundheitswesen.....	8
1.	Rechtliche Behandlungspflicht.....	8
2.	Die Aufklärungspflicht von Medizinalpersonen, insbesondere Ärztinnen und Ärzten.....	9
2.1.	Aufklärungspflicht gestützt auf öffentliches Recht.....	9
2.2.	Privatrechtliche Aufklärungspflichten	15
2.3.	Strafrechtliche Aufklärungspflicht	15
2.4.	Standesregeln	16
3.	Insbesondere zur Aufklärungspflicht bei übertragbaren Krankheiten	16
4.	Beizug eines Übersetzers bzw. einer Übersetzerin.....	17
IV.	Übersetzungspflichten im Gesundheitswesen während Haftsituationen	18
1.	Das Äquivalenzprinzip	18
2.	Das Recht auf ärztliche Versorgung während Haftsituationen und das Fürsorgeprinzip...20	
3.	Konkretisierung der Übersetzungspflichten im Strafvollzugsrecht?	23
3.1.	Explizite Verankerung von Übersetzungspflichten im Gesundheitsbereich intra muros?	23
3.2.	Das Erfordernis des informed consent im Haftkontext	24
3.3.	Fazit: Verpflichtung des Staates zur Ermöglichung einer funktionierenden Kommunikation im Haftkontext	25
4.	Möglichkeiten zur Substitution der Übersetzung?	25
5.	Grundsatz: Kein Recht auf freie Arztwahl	25
6.	Recht auf freie Arztwahl bei spezifischen Haftformen?	26
6.1.	Halbgefangenschaft	26
6.2.	Arbeitsexternat	26

6.3.	Offener Strafvollzug	27
6.4.	Ausländerrechtliche Administrativhaft.....	27
6.5.	Untersuchungshaft.....	28
7.	Übersetzungspflichten bei fehlendem Recht auf freie Arztwahl?	28
7.1.	Die Geltung des Arztgeheimnisses im Strafvollzug.....	29
7.2.	Zulässigkeit der Übersetzung durch Mitinsassen oder Anstaltspersonal?	31
7.3.	Verpflichtung zum Beizug von Übersetzern	32
8.	Das Legalitätsprinzip im Strafvollzugsrecht und das Erfordernis einer expliziten Verankerung von Übersetzungsrechten- und -verpflichtungen in Strafvollzugserlassen ..	32
V.	Exkurs: Verpflichtung zur Prävention von Infektionskrankheiten in Haftsituationen gegenüber fremdsprachigen Inhaftierten	33
1.	Rekapitulation: Das Fürsorgeprinzip	33
2.	Zeitpunkt für Präventionsmassnahmen	33
2.1.	Bei Haftantritt	33
2.2.	Bei Verlegung in eine neue Hafteinrichtung.....	36
2.3.	Bei Haftende	36
VI.	Die rechtliche Stellung des medizinischen Personals, insbesondere des Gefängnisarztes im Freiheitsentzug.....	36
1.	Fragestellung	36
2.	Das Dilemma der Medizin im Freiheitsentzug	37
3.	Nationale und internationale Empfehlungen	37
4.	Die Stellung der Gefängnisärzteschaft in den Kantonen	41
4.1.	Modell 1: Verträge mit frei praktizierenden Ärztinnen und Ärzten	41
4.2.	Modell 2: Medizinische Betreuung durch Amtsärzte und Amtsärztinnen	42
4.3.	Modell 3: Interner vollamtlicher Anstaltsarzt.....	42
4.4.	Modell 4: Spezifischer Gefängnisgesundheitsdienst	43
4.5.	Model 5: Betreuung durch Spitäler bzw. Spitalfachärzte	43
5.	Beurteilung	44
5.1.	Ausgangspunkt: Tätigkeit des Gefängnisarztes ist hoheitliches Handeln	44

5.2. Verantwortlichkeit und Haftung	45
5.3. Unabhängigkeit	47
VII. Schlussfolgerungen	48
Anhang I: Berücksichtigte kantonale Rechtsgrundlagen.....	51
Anhang II: Literaturverzeichnis.....	54

I. Ausgangslage / Fragestellung

Der Zugang fremdsprachiger Personen zur Gesundheitsversorgung ist aufgrund von Kommunikationsschwierigkeiten oft erheblich eingeschränkt. Als besonders problematisch erweist sich die Situation für Personen, denen die Freiheit entzogen ist:

- Je nach Art des Freiheitsentzugs bzw. der Freiheitsbeschränkung fehlt ihnen mehr oder weniger vollständig die Möglichkeit, eine sprachlich kompetente (gegebenenfalls) interkulturelle Übersetzerin bzw. einen Übersetzer beizuziehen. Angesichts des hohen Anteils an Ausländern in Anstalten des Freiheitsentzuges von ca. 70%¹ ist zu vermuten, dass ein beträchtlicher Teil der Insassinnen und Insassen die am Ort geltende Amtssprache nur ungenügend versteht.
- Zum anderen besteht in Haftsituationen aufgrund des Zusammenlebens vieler Menschen auf engstem Raum eine erhöhte Gefahr der Ansteckung mit übertragbaren Krankheiten. Auch wenn die Datenlage für die Schweiz nicht aussagekräftig ist, wird in der Literatur davon ausgegangen, dass Personen, denen die Freiheit entzogen ist, in besonderer Weise von Infektionskrankheiten wie HIV/Aids, Hepatitis B und C oder Tuberkulose betroffen sind.² Gemäss STAUB³ besteht in Schweizer Gefängnissen eine deutlich erhöhte Prävalenz bei HIV/Aids (zwischen 1 und 2.4% der Insassen gegenüber 0.3% bei der Wohnbevölkerung), Hepatitis B (mehr als 5.1% gegenüber 0.3%) und Hepatitis C (zwischen 6.9-9.5% gegenüber 0.5-1%). Für Tuberkulose dürfte die Prävalenz ebenfalls klar

¹ Vgl. die Angaben für das Jahr 2008 auf der Themenseite „Kriminalität- Freiheitsentzug“ des Bundesamtes für Statistik, www.bfs.admin.ch.

² Vgl. dazu *Achermann/Hostettler*, S. 7, mit Hinweisen.

³ *Thomas Staub*, ärztlicher Leiter des Arztdienstes der kantonalen Strafanstalt Pöschwies, Vortrag anlässlich des 17. Tuberkulose-Symposiums Münchenwiler, 20. März 2008.

erhöht sein. ACHERMANN/HOSTETTLER⁴ weisen darauf hin, dass sich im Kontext des Freiheitsentzuges Risikofaktoren kumulieren, was einerseits damit zusammenhängt, dass die InsassInnen häufig zu Risikogruppen zählen (z.B. Drogenabhängige, Sex-ArbeiterInnen, MigrantInnen aus Herkunftsregionen, in denen die Prävalenzen dieser Krankheiten hoch sind), andererseits damit, dass die spezifischen Bedingungen des Freiheitsentzuges besondere Risiken für die Weiterverbreitung bzw. Ansteckung in sich bergen (z.B. fehlende Präventions- und Schutzmöglichkeiten, schlechtere hygienische Verhältnisse, Überbelegung, Gewalt).

Aufgrund dieser Ausgangslage stellt sich die Frage nach einer *genügenden Kommunikation* zwischen Gesundheitsfachpersonen und Insassen – u.U. auch gegenüber dem Strafvollzugspersonal – in *besonders prägnanter Weise*. Eine genügende Verständigung dient dabei zwei Zielen:

- Der Eindämmung der Weiterverbreitung der Infektionskrankheiten durch *Testung* und *Prävention*, um Mitgefangene und Vollzugspersonal schützen zu können. Von mangelnder Präventionsarbeit betroffen können – angesichts der Migration von Inhaftierten zwischen verschiedenen Institutionen des Freiheitsentzuges – einerseits Personen in anderen Haftorten sein, aber auch die Gesamtbevölkerung, da die Infizierten bereits während der Haft, aber vor allem nach der Haft in Kontakt mit der Aussenwelt kommen.
- Der fundierten Diagnose Infizierter und der erfolgreichen Behandlung der Infektionskrankheit.

Das vorliegende Gutachten klärt die Frage nach den rechtlichen Vorgaben an die Kommunikation mit fremdsprachigen Inhaftierten, namentlich nach den *Pflichten des Staates* und den Ansprüchen der Personen im Freiheitsentzug, aber auch des Vollzugspersonals. Als Ausgangspunkt untersucht das Gutachten die Amtssprachenregelung (II) und die damit in einem Spannungsfeld stehenden Pflichten zur Übersetzung im Gesundheitswesen im Allgemeinen, besonders vor ärztlichen Eingriffen (III). Spezifisch beantwortet das Gutachten danach die Frage nach der Pflicht, eine genügende Kommunikation zwecks Behandlung von Infektionskrankheiten sicherzustellen und nach den staatlichen Präventionspflichten im Bereich des Schutzes vor Infektionskrankheiten gegenüber fremdsprachigen Inhaftierten (IV). Nach einem Exkurs zu allgemeinen Fragen der Prävention in Haftsituationen, namentlich der Eintrittsuntersuchung (V), untersucht das Gutachten schliesslich die rechtliche Stellung des Gesundheitsfachpersonals in Haftinstitutionen, namentlich die Rechtsstellung des Anstaltsarztes bzw. der Anstaltsärztin (VI). Der rechtlichen Klärung folgen zusammenfassende Schlussfolgerungen (VII).

⁴ Achermann/Hostettler, S. 7.

II. Das Amtssprachenregime

Das Sprachenrecht der Schweiz beruht auf dem *Territorialitätsprinzip*. Gemäss Art. 70 Abs. 1 BV sind die Amtssprachen des Bundes Deutsch, Französisch und Italienisch, im Verhältnis mit Personen rätoromanischer Sprache ist auch das Rätoromanische Amtssprache des Bundes. Abs. 2 von Art. 70 BV besagt, dass die *Kantone ihre Amtssprachen bestimmen*. Die Kantone haben dabei – um das Einvernehmen zwischen den Sprachgemeinschaften zu wahren – auf die herkömmliche sprachliche Zusammensetzung der Gebiete zu achten und Rücksicht auf die angestammten sprachlichen Minderheiten zu nehmen.

Der Bund ist also aufgrund von Art. 70 BV nur verpflichtet, sich in einer der vier Amtssprachen an die Bevölkerung zu wenden. Dies hält auch Art. 5 Abs. 1 des neuen Sprachengesetzes des Bundes⁵ fest. Das Gesetz statuiert im Weiteren keine Rechte für Fremdsprachige und auferlegt den Bundesbehörden keine Verpflichtungen etwa im Bereich der Übersetzung. Immerhin anerkennt der Gesetzgeber die Bedeutung einer funktionierenden Kommunikation mit allen sich auf seinem Territorium aufhaltenden Personen, indem er in Art. 6 Abs. 5 dieses Gesetzes festhält, der Bund verwende „nach Möglichkeit (...) im Verkehr mit Personen, die keine Amtssprache beherrschen“ eine Sprache, „welche diese Personen verstehen“.

Die *Kantone bestimmen ihre Amtssprachen* nach der Massgabe von Art. 70 Abs. 2 BV selbst, sind dabei allerdings an die Grundrechte der BV gehalten.⁶ Nicht alle Kantone regeln die Amtssprache(n) explizit in ihren Verfassungen; eine Ausnahme bilden hier die zwei- und dreisprachigen Kantone, in welchen das Amtssprachenregime ausdrücklich normiert wird.⁷ Eine explizite Regelung der Amtssprache ist in einsprachigen Kantonen in der Regel⁸ auch verzichtbar, wird diese doch bereits aus der vom Gesetzgeber verwendeten Sprache klar ersichtlich. Indessen enthalten die kantonalen Verfahrensgesetze regelmässig Bestimmungen zur *Verfahrensspra-*

⁵ Bundesgesetz über die Landessprachen und die Verständigung zwischen den Sprachgemeinschaften (Sprachengesetz, SpG), vom 5. Oktober 2007, am 1. Januar 2010 in Kraft getreten.

⁶ *Biaggini* (Kommentar BV, Art. 70, Rz. 8) nennt z.B. das Gebot der Rechtsgleichheit von Art. 8 BV und die Sprachenfreiheit gemäss Art. 18 BV.

⁷ So halten z.B. Art. 48 Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005, SR 131.211, § 7 Verfassung des Kantons Luzern vom 17. Juni 2007, SR 131.213, und § 76 Verfassung des Kantons Basel-Stadt vom 23. März 2005, SR 131.222.1, fest, die Amtssprache sei Deutsch. Gemäss Art. 1 der Verfassung von Republik und Kanton Tessin, vom 14. Dezember 1997, SR 131.229, ist der Kanton italienischer Sprache und Kultur. Art. 3 Verfassung des Kantons Waadt vom 14. April 2003, SR 131.231, bestimmt das Französische zur Amtssprache, ebenso Art. 4 der Verfassung von Republik und Kanton Neuenburg vom 24. September 2000, SR 131.223, und Art. 3 der Verfassung der Republik und des Kantons Jura vom 20. März 1977, SR 131.235. Art. 6 der Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993, SR 131.212, hält fest, das Deutsche und das Französische seien die Landes- und Amtssprachen. Für den Kanton Freiburg vgl. Art. 6 der Verfassung des Kantons Freiburg vom 16. Mai 2004, SR 131.219 (Deutsch und Französisch), für den Kanton Graubünden (dreisprachig Romanisch, Deutsch und Italienisch) Art. 3 der Verfassung des Kantons Graubünden vom 14. September 2003, SR 131.226, für den Kanton Wallis Art. 12 Verfassung des Kantons Wallis vom 8. März 1907, SR 131.232 (Deutsch und Französisch).

⁸ Ausnahmen bilden hier die Kantone Jura und Tessin, die angestammte sprachliche Minderheiten haben, die sich aber gemäss ihren Verfassungen als einsprachig verstehen.

che.⁹ Kaum je wird im kantonalen Recht die in der Anstalt des Freiheitsentzuges geltende Amtssprache geregelt.¹⁰

Als Gegenstück zum Territorialitätsprinzip garantiert Art. 18 BV die (individuelle) *Sprachenfreiheit*¹¹ und damit den *Gebrauch der Muttersprache*, aber auch – wie der Bundesrat in der Botschaft über eine neue Bundesverfassung ausführt¹² – einer zweiten oder dritten Sprache, die jemand beherrscht. Nach der Lehre ist auch der Gebrauch einer Sprache eigener Wahl darunter zu verstehen.¹³ Mit dem Grundrecht der Sprachenfreiheit wird anerkannt, dass die Möglichkeit, sich mittels Sprache auszudrücken, elementar für die Entfaltung einer Person und die Gestaltung ihrer Beziehungen zur Aussenwelt ist. Der Inhalt der Sprachenfreiheit hängt gemäss Botschaft zur Bundesverfassung¹⁴ davon ab, ob es sich um eine Beziehung zwischen Privaten oder um eine solche zum Staat handle. Bei der Beziehung zwischen Privaten gehe es um die Freiheit, sich in der Sprache seiner Wahl auszudrücken. Bei der Beziehung zum Staat sei die Sprachenfreiheit ein Minimalrecht, das im wesentlichen den Gebrauch der Sprache einer *nationalen Minderheit* in einem bestimmten Gebiet garantiere; es gehe darum, dass sich eine historische nationale Minderheit mit eigener Sprache nicht eine andere Amtssprache oder Unterrichtssprache aufzwingen lassen müsse.

Die Freiheit von *Fremdsprachigen* beschränkt sich in erster Linie *auf den freien Gebrauch der eigenen (Mutter-)Sprache* sowohl unter Privaten als auch in der Öffentlichkeit.¹⁵ Dies gilt an sich auch im Verkehr mit Behörden; das Grundrecht wird aber hier durch die *Amtssprachenregelung* als Ausfluss des Territorialitätsprinzips eingeschränkt. *Private können also nur dann in ihrer Muttersprache mit den Behörden verkehren, wenn diese zugleich eine Amtssprache ist.*¹⁶ Mit anderen Worten gilt im Freiheitsentzug die im jeweiligen Kanton geltende Amtssprache als Sprache, in welcher das Vollzugspersonal mit den Insassen verkehrt.

⁹ Vgl. statt vieler § 29 Abs. 2 der Verordnung des Nidwaldner Landrates vom 8. Februar 1985 über das Verwaltungsverfahren und die Verwaltungsrechtspflege, NG 265.1, oder Art. 23a der Verordnung des Kantonsrates Uri über die Verwaltungsrechtspflege vom 23. März 1994, RB 2.2345. Auf Bundesebene regelt Art. 33a des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG), dass das Verfahren vor Bundesbehörden in einer der vier Amtssprachen geführt wird, in der Regel in der Sprache, in der die Parteien ihre Begehren gestellt haben.

¹⁰ Siehe als seltenes Beispiel Ziff. 7.4 der Hausordnung des Massnahmezentrums Kalchrain vom 11. August 2008, der die *Umgangssprache* regelt: Danach ist im Massnahmezentrum Deutsch die Umgangssprache.

¹¹ Der kürzeste Artikel der Bundesverfassung lautet lapidar: „Die Sprachenfreiheit ist gewährleistet“.

¹² BBl 1997 I 162.

¹³ Vgl. statt vieler *Müller/Schefer*, S. 294f.

¹⁴ BBl 1997 I 162.

¹⁵ *Tschannen*, Staatsrecht, S. 233.

¹⁶ Vgl. auch BGE 127 V 226f: „Dans les rapports avec les autorités toutefois, la liberté de la langue est limitée par le principe de la langue officielle. En effet, sous réserve de dispositions particulières (...) il n'existe en principe aucun droit à communiquer avec les autorités dans une autre langue que la langue officielle“.

III. Übersetzungspflichten im Gesundheitswesen

Haben fremdsprachige Personen im Allgemeinen einen Anspruch auf eine hinreichende Kommunikation mit dem Gesundheitsfachpersonal, insbesondere mit Personen, die Heilbehandlungen¹⁷ durchführen, namentlich Ärztinnen und Ärzten? Besteht u.U. bei ungenügender sprachlicher Verständigung ein *Anspruch* auf Beizug einer Übersetzerin bzw. eines Übersetzers? Wenn ja, gegenüber wem?¹⁸

Ausgangspunkt zur Klärung dieser Fragen ist, ob eine Behandlungspflicht besteht; andernfalls kann die Medizinalperson den Patienten/die Patientin an eine andere Stelle weiterweisen. Ist diese Frage zu bejahen, ist zu klären, ob eine Heilbehandlung ohne Verständigung aus rechtlicher Sicht zulässig ist. Ist dies zu verneinen, stellt sich drittens die Frage, welche Personen für eine Übersetzung beigezogen werden können, mithin auch die Frage nach der Bedeutung des Arztgeheimnisses.

1. Rechtliche Behandlungspflicht

Die kantonale Gesetzgebung statuiert in den Gesundheits- und Spitalgesetzen vereinzelt¹⁹ explizit *Ansprüche von Patientinnen und Patienten auf Behandlung und Pflege*: Als Beispiel sei das Gesundheitsgesetz des Kantons Wallis²⁰ erwähnt, das in Art. 16 Abs. 1 festhält, *Jeder* habe „ungeachtet seiner wirtschaftlichen und sozialen Situation, Anspruch auf die seinem Gesundheitszustand entsprechende Behandlung“. Dabei sei die Würde des Einzelnen zu achten. Teilweise finden sich entsprechende Garantien auch in kantonalen Verfassungen.²¹ Um diesen Ansprüchen gerecht werden zu können, haben die Kantone ihr Gesundheitssystem entsprechend zu organisieren, sei dies im Rahmen der Spitalplanung, sei dies z.B. im Rahmen der Notfallplanung.

Im Weiteren regelt die Gesetzgebung praktisch aller Kantone eine *Aufnahme- und Behandlungspflicht der öffentlichen Spitäler*.²² So sind etwa gemäss Art. 17 des Berner Spitalversorgungsgesetzes vom 5. Juni 2005 die Leistungserbringer verpflichtet, „Personen mit Wohnsitz im Kanton Bern unabhängig von Alter, Geschlecht, Herkunft oder Versicherungsstatus aufzunehmen“. Regelmässig präzisiert die Gesetzgebung, dass Notfallpatienten ungeachtet des Wohnsitzes aufzunehmen sind.

Insofern kann als gesichert gelten, dass der Staat verpflichtet ist, den sich in seinem Bereich aufhaltenden Personen eine angemessene medizinische Behandlung zukommen zu lassen und

¹⁷ Zum rechtlichen Begriff der Heilbehandlung siehe *Fink*, S. 23ff.

¹⁸ Vgl. zu diesen Fragen auch ausführlich *Achermann/Künzli*, Übersetzen.

¹⁹ Vgl. dazu ausführlich *Achermann/Künzli*, Übersetzen, S. 27ff.

²⁰ Vom 9. Februar 1996, GS VS 800.1.

²¹ Laut Art. 68 der Verfassung des Kantons Freiburg vom 16. Mai beispielsweise hat der Staat dafür zu sorgen, dass „jeder Person die gleichen Pflegeleistungen zugänglich sind“.

²² Siehe die Hinweise bei *Achermann/Künzli*, Übersetzen, S. 28f.

behandlungsbedürftige Menschen einen Anspruch haben, diese Behandlung zumindest in einem kantonalen Spital zu erhalten, da dieses zur Aufnahme verpflichtet ist. In Haftsituationen stellt sich die Behandlungspflicht zudem in verschärfter Form und gilt das umfassende staatliche *Fürsorgeprinzip*.²³

2. Die Aufklärungspflicht von Medizinalpersonen, insbesondere Ärztinnen und Ärzten

Die Verpflichtung von Medizinalpersonen²⁴, vor einem Eingriff nach vorheriger Aufklärung die Einwilligung des Patienten einzuholen, basiert auf verschiedenen Rechtsquellen: Die Rechtsordnung kennt sowohl öffentlich-rechtliche Aufklärungspflichten, als auch solche gestützt auf das Privatrecht. Schliesslich lässt sich auch dem Strafrecht indirekt eine Aufklärungspflicht entnehmen, da Eingriffe ohne Einwilligung des Patienten strafbar sind.

2.1. Aufklärungspflicht gestützt auf öffentliches Recht

a) Bundesrecht

Der in Art. 10 Abs. 2 BV festgeschriebene Anspruch auf *Schutz der körperlichen Unversehrtheit* schützt vor jeglichem Eingriff in die körperliche Integrität, sei er schmerzhaft oder schmerzlos, ernsthaft oder harmlos, gesundheitsgefährdend oder heilend²⁵. Darunter fallen nicht nur operative Eingriffe, sondern auch Blutentnahmen, Impfungen oder Schirmbilduntersuchungen²⁶. Gemäss konstanter Praxis des Bundesgerichts schützt dieser Anspruch damit ein *Selbstbestimmungsrecht über den eigenen Körper*. Daher darf an öffentlichen Spitälern ein medizinischer Eingriff nur durchgeführt werden, falls die betroffene Person in Kenntnis aller relevanten Umstände, d.h. nach eingehender Aufklärung über Nutzen und Gefahren der medizinischen Intervention, ihr Einverständnis erteilt hat.²⁷

Sollen medizinische Eingriffe keine Verletzung dieses Gehalts der persönlichen Freiheit darstellen, sind sie folglich gegenüber fremdsprachigen Personen nur dann grundrechtskonform, falls Gewähr dafür besteht, dass der Patient im Vorfeld über alle relevanten Faktoren des Eingriffs aufgeklärt wurde, *er diese Information verstanden* hat und gestützt darauf seine Einwilligung

²³ Siehe unten IV.2.

²⁴ Zur Aufklärungspflicht bei den anderen Medizinalberufen (Zahnarzt, Apotheker und Chiropraktor) vgl. *Fink*, S. 5f und 192ff.

²⁵ Besonders deutlich BGE 118 Ia 434. Siehe aus der Literatur etwa *Kiener/ Kälin*, S. 130; *Müller/Schefer*, S. 71f.

²⁶ Siehe für eine Zusammenstellung der diesbezüglichen Praxis *Kiener/Kälin*, S. 131.

²⁷ Siehe etwa BGE 126 I 112, E. 3b: "Im Zusammenhang mit ärztlichen Eingriffen in Spitälern ist unter dem Gesichtswinkel der persönlichen Freiheit davon auszugehen, dass es dem Arzt gestützt auf das mit dem Spitaleintritt des Patienten entstandene Rechtsverhältnis grundsätzlich nicht erlaubt ist, ohne eingehende Aufklärung und ohne Einverständnis des Patienten einen medizinischen Eingriff vorzunehmen. Der Anspruch auf vorherige Information und auf Einholung des Einverständnisses folgt direkt aus der persönlichen Freiheit".

gab. Folglich gewährt dieser Anspruch ein subjektives Recht auf Information in einer für den Patienten verständlichen Sprache. Diese Verpflichtung kann häufig wohl nur unter Beizug eines Dolmetschers erfüllt werden. Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte anerkennt, dass jeder medizinische Eingriff ohne Vorliegen eines sog. „informed consent“ der betroffenen Person oder deren gesetzlichen Vertreters einen Eingriff in das Recht auf Privatleben und konkret in den Teilgehalt des Rechts auf physische Integrität darstellt.²⁸

Ganz deutlich lässt sich dieser Anspruch auf Information in verständlicher Sprache der von der Schweiz ratifizierten *Biomedizinkonvention*²⁹ entnehmen: Art. 5 hält unter dem Titel „Allgemeine Regel“ fest, eine Intervention im Gesundheitsbereich dürfe erst erfolgen, nachdem die betroffene Person über sie aufgeklärt worden ist und frei eingewilligt hat. Im Weiteren ist gemäss dieser Bestimmung die betroffene Person „zuvor angemessen über Zweck und Art der Intervention sowie über deren Folgen und Risiken aufzuklären“. Der erläuternde Bericht zur Konvention³⁰ verdeutlicht nicht nur, dass der Begriff „Intervention“ in „seinem weitesten Sinn zu verstehen“ ist und „alle Handlungen, die an einem Menschen aus Gesundheitsgründen vorgenommen werden“ umfasst³¹, sondern klärt auch, dass die geforderte Aufklärung in „*einer verständlichen Sprache*“ vorgenommen werden muss. Die betroffene Person soll „durch die Verwendung von Begriffen, die er bzw. sie verstehen kann, in die Lage versetzt werden, die Notwendigkeit oder den Nutzen von Zweck und Methode der Intervention gegen die damit verbundenen Risiken, die Unbill oder die Schmerzen, die sie verursacht, abzuwägen“³². Der Bundesrat leitet aus dieser Norm „*ein subjektives, gerichtlich durchsetzbares Recht, in einer verständlichen Sprache (...) aufgeklärt zu werden*“ ab.³³ Aus dem Zusammenspiel von Art. 3 und 5 dieses Vertrages ergibt sich somit eine Verpflichtung der Schweiz sicherzustellen, dass der Zugang zu medizinischen Leistungen für die einer Amtssprache nicht mächtigen Personen durch die Möglichkeit einer Information in einer für sie verständlichen Sprache möglichst vollständig gewährleistet werden kann.

²⁸ EGMR, *Glass v. The United Kingdom*, 61827/00 (2004), Ziff. 70. Dieses Recht wird hingegen nicht absolut geschützt; vielmehr sind Beschränkungen dieses Anspruchs zur Wahrnehmung öffentlicher Interessen, die das Verhältnismässigkeitsgebot beachten, rechtmässig. So könnten etwa medizinische Eingriffe, die sich in einer Notfallsituation zum Schutz des Lebens eines Kindes als absolut notwendig erweisen, in Ausnahmefällen trotz fehlender Zustimmung der Eltern rechtmässig sein (a.a.O., Ziff. 73ff).

²⁹ Übereinkommen zum Schutze der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin, für die Schweiz am 1. November 2008 in Kraft getreten (AS 2008 5137).

³⁰ Erläuternder Bericht zur Biomedizinkonvention der Rechtsabteilung des Europarates vom Mai 1997, DIR/JUR (97) 5, Ziff. 26.

³¹ A.a.O. Ziff. 34 erwähnt explizit „Interventionen zwecks Prophylaxe, Diagnose, Therapie, Rehabilitation und Forschung“.

³² A.a.O., Ziff. 36.

³³ Botschaft des Bundesrates betreffend die Biomedizinkonvention, vom 12. September 2001, BBl 2002 289. Vgl. auch *Judith Wyttenbach/Walter Kälin*, Grund- und Menschenrechte im transkulturellen Kontext, in *Dagmar Domenig* (Hrsg.), *Transkulturelle Kompetenz*, Lehrbuch für Pflege-, Gesundheits- und Sozialberufe, 2. Aufl., Bern 2007, S. 92.

Hinzuweisen gilt es in diesem Zusammenhang auf das neue *Erwachsenenschutzrecht* des Bundes, welches durch eine Änderung des Zivilgesetzbuches am 19. Dezember 2008³⁴ beschlossen worden ist: Gemäss dem neuen Art. 377 ZGB (unter dem Titel „Behandlungsplan“) plant die behandelnde Ärztin oder der Arzt unter Beizug der zur Vertretung bei medizinischen Massnahmen berechtigten Person die erforderliche Behandlung, wenn sich eine urteilsunfähige Person nicht in einer Patientenverfügung geäussert hat (Abs. 1). Die Ärztin oder der Arzt hat die vertretungsberechtigte Person über alle Umstände, die im Hinblick auf die vorgesehenen medizinischen Massnahmen wesentlich sind, insbesondere über deren Gründe, Zweck, Art, Modalitäten, Risiken, Nebenwirkungen und Kosten, über Folgen eines Unterlassens der Behandlung sowie über allfällige alternative Behandlungsmöglichkeiten *zu informieren* (Abs. 2). Zur Vertretung der urteilsunfähigen Person und zur Erteilung oder Verweigerung der Zustimmung zu den vorgesehenen ambulanten oder stationären Massnahmen berechtigt sind gemäss Art. 378 ZGB der Reihe nach die in einer Patientenverfügung bezeichnete Person, der Beistand/die Beiständin, Ehegatten bzw. eingetragene Partner, Personen in gemeinsamen Haushalt, Nachkommen, Eltern und Geschwister, sofern sie der urteilsunfähigen Person regelmässig und persönlich Beistand leisten.

Die Botschaft des Bundesrates verdeutlicht, dass die vertretungsberechtigten Personen nur nach hinreichender Aufklärung gültig entscheiden können, ob sie im Namen der urteilsunfähigen Person den medizinischen Massnahmen zustimmen oder sie ablehnen. Die Auflistung der wichtigsten Punkte, über die aufgeklärt werden müsse, sei nicht abschliessend.³⁵ Damit definiert das Erwachsenenschutzrecht des Bundes indirekt den Umfang ärztlicher Aufklärungspflicht, da die zur Vertretung berechtigte Person im gleichen Umfang zustimmen muss wie die urteilsfähige Person es tun müsste.

b) Kantonales Recht

Auf der Ebene der kantonalen Gesetzgebung³⁶ kennen heute alle Kantone Regeln in Bezug auf Aufklärungs- und Informationsverpflichtungen durch die Gesundheitsfachpersonen und auf das Einwilligungserfordernis seitens der Patienten, sei dies in Gesundheitsgesetzen, Patientengesetzen und –verordnungen oder (in seltenen Fällen) in Spitalgesetzen. Diese konkretisieren damit das Grundrecht der persönlichen Freiheit gemäss Art. 10 Abs. 2 BV mit dem Anspruch auf körperliche und geistige Unversehrtheit.

Der kantonalen Gesundheits- und Spitalgesetzgebung lässt sich ein gewisser einheitlicher Standard der Patientenrechte im Bereich der Anforderungen an Information, Aufklärung und Einwilligung entnehmen. Dieser lässt sich wie folgt zusammenfassen³⁷:

³⁴ Noch nicht in Kraft getreten, vgl. Text in BBl 2009 141ff.

³⁵ Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7001.

³⁶ Vgl. die ausführliche Darstellung in *Achermann/Künzli*, Übersetzen, S. 30ff.

³⁷ Vgl. die ausführliche Darstellung der Gesetzgebung bei *Achermann/Künzli*, Übersetzen, S. 30ff.

Sämtliche Kantone verpflichten die Gesundheitsfachpersonen, Patienten und Patientinnen zu *informieren* und *aufzuklären*, namentlich über

- Gesundheitszustand
- Diagnose
- Untersuchungen, Behandlungsplan, geplante vorbeugende Massnahmen
- Behandlungsmöglichkeiten
- Vor- und Nachteile einer Behandlung/Therapie, Nebenwirkungen, alternative Behandlungen oder Alternativen zu einer Behandlung, Aufklärung über die Heilmittel
- Risiken
- Ergebnisse der Behandlung
- Kostenfolgen, insbesondere Deckung durch die Krankenkasse (sog. wirtschaftliche Aufklärung oder Versicherungsaufklärung³⁸)

Bezüglich *Form und Umfang der Aufklärung* verlangt die kantonale Gesetzgebung, dass diese in *geeigneter und verständlicher Weise*, situationsgerecht, rechtzeitig, vollständig, angemessen, verständlich und klar zu erfolgen hat, unaufgefordert auf eine für den Patienten verständliche und annehmbare Weise. Gewisse Kantone regeln zusätzlich, dass auf Verlangen des Patienten eine schriftliche Zusammenfassung der Informationen verlangt werden darf. Mitunter wird auch ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Information vertraulich, ausserhalb der Hörweite Dritter erfolgen soll.

Im Notfall kann, gemäss kantonaler Gesetzgebung, die Information zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen.

Eine von den Gesundheitsämtern der Kantone Bern, Freiburg, Jura, Neuenburg, Waadt und Wallis herausgegebene Schrift zu den Patientenrechten fasst die Gesetzgebung wie folgt zusammen³⁹: „Die Fachperson ist verpflichtet, Patientinnen und Patienten von sich aus aufzuklären. Sie muss auf sachliche und vollständige Weise alle nötigen Informationen geben, damit die Patientin oder der Patient in Kenntnis aller Tatsachen der Behandlung zustimmen kann. Die Patientin oder der Patient hat das Recht Fragen zu stellen, Erklärungen zu verlangen und gegebenenfalls darauf hinzuweisen, dass sie oder er die Information nicht verstanden hat“. Einzelne Kantone weisen zudem ausdrücklich darauf hin, dass Patienten ein Recht auf Einsicht in die Behandlungsunterlagen und auf *Erläuterung* derselben haben.

³⁸ Siehe dazu *Fink*, S. 167ff; vgl. dort (S. 91ff) auch für die allgemeine Aufklärungspflicht aus dem Versicherungsrecht, insbesondere aus Art. 27 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (ATSG), SR 830.1.

³⁹ Die Patientenrechte im Überblick. Eine gemeinsame Broschüre der Kantone Bern, Freiburg, Jura, Neuenburg, Waadt und Wallis, hrsg. von den Gesundheitsämtern, 2006, www.sanimedia.ch.

Sämtliche Kantone verlangen eine *Einwilligung* der Patientinnen und Patienten zur Behandlung nach erfolgter Aufklärung (sei es in Bezug auf Eingriffe, sei es in Bezug auf andere medizinische oder pflegerische Massnahmen). Einzelne Kantone (wie etwa Freiburg oder Genf) verlangen explizit, die *Gesundheitsfachperson habe sich zu vergewissern*, dass die von ihr betreuten Patientinnen und Patienten die Informationen erhalten haben, die für eine gültige Einwilligung erforderlich sind.

Die *Form der Einwilligung* kann unterschiedlich sein und hängt vom jeweiligen Eingriff ab. Einzelne Kantone regeln ausdrücklich, dass

- gegen den ausdrücklichen Willen der Patienten keine Eingriffe am Körper (diagnostische Untersuchungen und therapeutische Massnahmen) vorgenommen werden dürfen;
- die Zustimmung des Patienten zur Vornahme einfacher Eingriffe (z.B. nicht invasive Behandlungen oder Routinebehandlungen wie Blutentnahmen oder Blutdruckmessungen) vermutet wird;
- es für grössere oder mit erhöhten Risiken verbundene Eingriffe der ausdrücklichen Einwilligung des Patienten, in der Regel durch Unterzeichnung einer Vollmacht, bedarf;
- im Falle der Verweigerung der Zustimmung zu einer Behandlung dies vom Patienten schriftlich zu bestätigen ist. Dies gilt auch für den Fall, dass eine Person auf Informationen und Aufklärung ausdrücklich verzichtet.
- In Notfällen wird die Einwilligung – unter Berücksichtigung allfälliger Patientenverfügungen – vermutet.

Im Zusammenhang mit der Kommunikation zwischen Gesundheitsfachpersonen und Patientinnen und Patienten ist die Tatsache zu erwähnen, dass die meisten kantonalen Spitalgesetzgebungen die Abgabe von schriftlichen Informationen an Patienten beim Spitaleintritt (sog. Patientenorientierung) vorsehen, welche Hinweise zum Betrieb, zur Hausordnung und zu Rechten und Pflichten enthalten. Die kantonale Gesetzgebung enthält aber keine ausdrücklichen Regelungen für den Umgang mit Fremdsprachigen. Indessen ist aufgrund der klaren Regelungen, wonach die Information der Patienten geeignet und verständlich zu sein hat, wonach sich die Gesundheitsfachpersonen sicher zu sein haben, dass ihre Information verstanden worden ist, und wonach die Zustimmung nur dann gültig ist, wenn die Aufklärung hinreichend war und die Person sich in voller Kenntnis der Sachlage entsprechend äussert, *kein anderer Schluss möglich, als dass vor Behandlungen und Eingriffen bei ungenügender Verständigung ein Übersetzer oder eine Übersetzerin beigezogen werden muss*. Zudem verpflichtet die Biomedizinkonvention zu einer Aufklärung in verständlicher Sprache;⁴⁰ diese Verpflichtung trifft insbesondere die kanto-

⁴⁰ Siehe oben a) mit Hinweis auf die Botschaft des Bundesrates, wonach die Konvention „ein subjektives, gerichtlich durchsetzbares Recht, in einer verständlichen Sprache (...) aufgeklärt zu werden“, verankert.

nale Gesundheitsinfrastruktur. Die Frage stellt sich lediglich, welche Personen dafür in Frage kommen, wer für die Übersetzung besorgt sein muss und wer die Kosten trägt.

Analog der Differenzierung bei der Form der Einwilligung gilt die Regel, dass je schwerwiegender der Eingriff ist, desto höhere Anforderungen an die Qualität der Übersetzung zu stellen sind, und dass es bei folgenreichen Eingriffen oder auch etwa in Situationen, in welchen verschiedene Alternativen offen stehen, einer hochqualifizierten, gegebenenfalls interkulturellen Übersetzung bedarf. Im Weiteren sind die Anforderungen an die Aufklärung geringer, je seltener ein bestimmtes Risiko eintritt.⁴¹ Besonders vertiefte Aufklärungspflichten gelten zudem gestützt auf Bundesrecht bei Transplantationen, bei der Fortpflanzungsmedizin, der Stammzellenforschung und bei genetischen Untersuchungen des Menschen.⁴²

Der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte in Deutschland lassen sich sehr differenzierte Aufklärungsanforderungen entnehmen:⁴³ Wie das schweizerische Recht geht auch das deutsche Recht vom Selbstbestimmungsrecht des Patienten als Grundlage der Aufklärungspflicht aus. Als Fälle mit besonderen Anforderungen lassen sich der Gerichtspraxis folgende Konstellationen entnehmen: Mehrere Behandlungsalternativen oder Sterilisationseingriffe; sehr hohe Anforderungen gelten bei nicht indizierten Eingriffen (z.B. kosmetische Eingriffe), abgestufte Anforderungen bei erhöhter Dringlichkeit und verminderter Schwere der Folgen. Eine besondere Situation bildet die Aufklärung von alten oder psychisch kranken Patienten und von Kindern und Jugendlichen.

Daraus ergeben sich auch gewisse Anforderungen an die Ausbildung und Professionalität der Übersetzenden, welche entsprechende Standards erfüllen und im Rahmen ihrer Sorgfaltspflichten geeignet sein müssen, eine umfassende Aufklärung zu garantieren. Dies gilt aufgrund der qualifizierten Anforderungen an Aufklärung durch die Gesundheitsfachperson und an die Zustimmung der Patientin bzw. des Patienten besonders auch in den von der Bundesgesetzgebung geregelten Bereichen mit ausdrücklich vorgesehenen Beratungsgesprächen, namentlich der Fortpflanzungsmedizin, für genetische Untersuchungen, Transplantationen und Stammzellenforschung.

Auf die Aufklärung fremdsprachiger Patienten kann nur *verzichtet* werden, falls die Patientin oder der Patient *dies ausdrücklich so wünscht*. Aber auch in Bezug auf diese geforderte ausdrückliche Willensäußerung bedarf es zwingend einer hinreichenden Übersetzungsleistung, da nur so rechtsgültig auf die Aufklärung verzichtet werden und nur so die fehlende Einwilligung als rechtlich zulässig gelten kann. Da nach einer Vielzahl kantonaler Regelungen für diesen Fall eine

⁴¹ Vgl. *Fink*, S. 147f.

⁴² Vgl. die Darstellung bei *Achermann/Künzli*, Übersetzen, S. 35ff; *Fink*, S. 94 und S. 116ff.

⁴³ Vgl. für die folgenden Angaben die sehr nützliche Zusammenstellung bei *Klaus Ulsenheimer/Uwe Schlüter/Michael H. Böcker/Michael Bayer*, Rechtliche Probleme in Geburtshilfe und Gynäkologie. Eine Fallsammlung zu den Themen Haftung, Aufklärung, Behandlungsfehler und Schweigepflicht, Stuttgart 1990, S. 44ff. Vgl. für die Schweiz auch *Fink*, S. 146ff.

schriftliche Bestätigung vorgesehen ist, lässt sich eine rechtsgültige Unterschrift auch nur nach genügender Übersetzung einholen. Das gleiche gilt, wenn der Patient oder die Patientin eine Untersuchung oder Behandlung bzw. einen Eingriff verweigern möchte.

Darüber hinaus ist der Verzicht auf eine genügende Information des Patienten nach der Patientenrechtsgesetzgebung der Kantone⁴⁴ – neben dem ausdrücklichen Verzicht – nur aus objektiven Gründen möglich, namentlich bei Notfällen, bei übermässiger Belastung des Patienten oder der Patientin oder bei einer vorhersehbaren ungünstigen Beeinflussung des Krankheitsverlaufes. Sprachliche Verständigungsschwierigkeiten sind kein solcher Grund. Allenfalls kann in einem Notfall, mangels Verfügbarkeit einer genügenden Übersetzung, die Information und Aufklärung nach den allgemeinen Regeln für Notfälle in einem späteren Zeitpunkt nachgeholt werden.

2.2. Privatrechtliche Aufklärungspflichten

Auch dem Privatrecht lässt sich eine Aufklärungspflicht des Arztes bzw. der Ärztin entnehmen, wie im Bereich des öffentlichen Rechts beruhend auf verschiedenen Bestimmungen⁴⁵: Einerseits ergibt sich eine ärztliche Pflicht zur Aufklärung aus dem Persönlichkeitsschutz gemäss Art. 27ff ZGB, aus dem Vertragsrecht (Art. 97 i.V. mit Art. 394ff OR) und aus dem Deliktsrecht (Art. 41ff OR, Haftung bei widerrechtlichem Zufügen eines Schadens und Pflicht zum Ersatz). Der Umfang und die Art der Aufklärung entsprechen in weiten Teilen den Anforderungen aus öffentlichem Recht, weshalb auf die Ausführungen oben verwiesen werden kann.⁴⁶ Kommt es zu einem Verfahren, ist es Sache des Arztes zu beweisen, dass er den Patienten umfassend aufgeklärt hat und dieser seine gültige Einwilligung gegeben hat. Daher sind sowohl die Aufklärung wie auch die Einwilligung vom Arzt bzw. der Ärztin in der Krankengeschichte zu dokumentieren, in der Regel in einem Aufklärungsprotokoll.⁴⁷ Für die Frage, inwiefern im Bereich der Gefängnismedizin überhaupt von einem privatrechtlichen, auf Vertrag basierenden Rechtsverhältnis zwischen Arzt und Patient gesprochen werden kann, ist auf die entsprechenden Ausführungen zu verweisen.⁴⁸

2.3. Strafrechtliche Aufklärungspflicht

Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts stellt jeder ärztliche Eingriff zunächst eine strafbare Körperverletzung dar, die nur durch die Einwilligung des Patienten gerechtfertigt werden

⁴⁴ Vgl. etwa § 12 des aargauischen Dekrets über die Rechte und Pflichten der Krankenhauspatienten vom 21. August 1990, wonach die Information bei übermässiger Belastung unterbleiben kann.

⁴⁵ Vgl. dazu ausführlich *Fink*, S. 133ff, mit zahlreichen Hinweisen.

⁴⁶ Vgl. im Weiteren ausführlich *Fink*, S. 139ff, die folgende Aufklärungskategorien unterscheidet: Eingriffsaufklärung; Aufklärung über Diagnose, Behandlung und Behandlungsalternativen; Risikoaufklärung; Aufklärung über typische Risiken; durch Behandlungsfehler verursachte Risiken; Prozentaufklärung.

⁴⁷ Vgl. die Hinweise bei *Fink*, S. 274f, zur Umkehr der Beweislast. Zur Dokumentationspflicht siehe dort ausführlich S. 183ff, zum Aufklärungsprotokoll S. 163ff.

⁴⁸ Siehe unten VI.5.1.

kann.⁴⁹ Auch aus diesem Ansatz ergibt sich eine umfassende Aufklärungspflicht. Unterbleibt diese und kommt der Eingriff ohne rechtsgültige Einwilligung des Patienten vor, macht sich der Arzt oder die Ärztin strafbar.⁵⁰

2.4. Standesregeln

Die Standesregeln der FMH halten in Art. 4 den Grundsatz fest, dass jede medizinische Behandlung „unter Wahrung der Menschenwürde und Achtung der Persönlichkeit, des Willens und der Rechte der Patientinnen und Patienten zu erfolgen hat“ und verlangen, dass Ärzte und Ärztinnen ihre Patienten und Patientinnen „in *verständlicher Form* über den Befund, die beabsichtigten diagnostischen und therapeutischen Massnahmen, deren Erfolgsaussichten und Risiken sowie über allfällige Behandlungsalternativen aufzuklären“ haben (Art. 10 Abs. 1). Verstösse gegen die Standesordnung können gemäss Art. 47 sanktioniert werden.

3. Insbesondere zur Aufklärungspflicht bei übertragbaren Krankheiten

Neben Präventionspflichten, die sich aus der Fürsorgepflicht des Staates ergeben⁵¹, ist in Bezug auf Behandlungspflichten und damit verbundene Aufklärungspflichten in unseren Zusammenhang der Bekämpfung übertragbarer Krankheiten⁵² besonders die Bedeutung der *therapeutischen Aufklärung* oder *Sicherungsaufklärung*⁵³ zu betonen. Diese dient der geforderten Behandlung und soll diese unterstützen⁵⁴: Der Patient soll über seine Krankheit informiert und dazu bewegt werden, sich an die Therapieanweisungen zu halten. Er oder sie soll sich selbstschonend verhalten und eine angeordnete Diät befolgen. Besondere Anforderungen ergeben sich auch in Hinblick auf die Information über die Medikation, besonders, wenn vom Patienten ein hohes Mass an Selbstverantwortung bei der Einnahme des Medikamentes oder der Medikamente erwartet wird. An sich ist es zumutbar, bei herkömmlichen Medikamenten vom Patienten zu verlangen, dass dieser die Packungsbeilage liest und selbst Fragen stellt.⁵⁵ Bei gefährlichen Medikamenten hingegen muss der Arzt bzw. die Ärztin in jedem Fall über die Risiken aufklären.

⁴⁹ BGE 124 IV 258, Regeste: „Ärztliche Eingriffe erfüllen, auch wenn sie medizinisch indiziert und kunstgerecht durchgeführt worden sind, jedenfalls insoweit den objektiven Tatbestand der Körperverletzung, als sie entweder in die Körpersubstanz eingreifen (z.B. bei Amputationen) oder mindestens vorübergehend die körperliche Leistungsfähigkeit oder das körperliche Wohlbefinden des Patienten nicht nur unerheblich beeinträchtigen oder verschlechtern. Solche Eingriffe können durch die ausdrückliche oder mutmassliche Einwilligung des Patienten gerechtfertigt werden“.

⁵⁰ Vgl. *Fink*, S. 272, mit Hinweisen. In Frage kommt eine Verurteilung wegen Tötlichkeit, Körperverletzung oder beim Tod des Patienten auch wegen Tötung.

⁵¹ Siehe unten IV.2.

⁵² Zur Diagnostik und Therapie bei Hepatitiserkrankungen in Haftsituationen siehe *Lehmann/Lehmann/Wedemeyer*, Spezifische Aspekte von Virushepatiden (HBV, HCV) und Drogenkonsum, in: *Kepler/Stöver*, S. 177ff, insbesondere S. 179ff. Sie verweisen auch die Bedeutung einer guten Compliance bei längeren Therapien.

⁵³ Davon unterschieden wird namentlich die Eingriffsaufklärung.

⁵⁴ Vgl. hierzu ausführlich *Fink*, S. 166f.

⁵⁵ *Fink*, S. 166.

Informationen zu einem *therapiegerechten Verhalten* setzen eine gute Kommunikation mit dem Arzt oder der Ärztin voraus. Neben mangelndem Verständnis oder mangelnder Verständigung können auch Vergesslichkeit etc. dazu führen, dass ein Patient die Therapie nicht einhält. Um dem Vorwurf der mangelnden Sicherungsaufklärung zu entgehen, hat der Arzt bzw. die Ärztin die Anweisungen genau zu dokumentieren.⁵⁶ Daher muss bei Sprachbarrieren zwischen einer Person in Haft und dem Arzt oder der Ärztin in Hinblick auf eine erfolgreiche Therapie zwingend eine übersetzende Person beigezogen werden. Die Missachtung der Sicherungsaufklärung müsste mangels genügender Kommunikation sonst als Behandlungsfehler angesehen werden.

4. Beizug eines Übersetzers bzw. einer Übersetzerin

Erweist sich der Beizug eines Übersetzers oder einer Übersetzerin für die Aufklärung als notwendig, stellt sich die Frage, wer für diese Übersetzung in Frage kommt. Einerseits besteht die Möglichkeit, dass sich der Patient/die Patientin selbst um einen Dolmetscher oder eine Dolmetscherin bemüht. Es stellt sich daher die Frage, ob von Patienten verlangt werden kann, sich nach Möglichkeit von *Bekannten oder Verwandten* mit Amtssprachenkenntnissen begleiten zu lassen und auf diese Weise eine funktionierende Kommunikation zu ermöglichen. Diese Frage ist in der Regel zu verneinen: Aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes und des Anspruches auf Vertraulichkeit wäre dies rechtlich unzulässig, mit Ausnahme des Austausches gewisser Informationen, welche die Privatsphäre wenig tangieren⁵⁷. So verankert das Recht auf Privatleben gemäss Art. 13 BV resp. Art. 8 EMRK einen Anspruch auf informelle Selbstbestimmung. Diese Garantie gewährleistet allen Personen einen Anspruch, selber darüber zu befinden, ob, wem und wann sie persönliche Lebenssachverhalte offenbaren wollen⁵⁸ und regelt damit Elemente des *Datenschutzes*. Der grundrechtliche Schutz bezieht sich dabei auf alle Daten, die einen Bezug zur Privat- oder gar Intimsphäre einer Person haben. Wie auch vom Datenschutzgesetz bestätigt⁵⁹, gehören gesundheitsrelevante Informationen zum zentralen Bereich persönlicher Daten. Im Übrigen garantiert Art. 10 der Biomedizinkonvention⁶⁰ ein ausdrückliches Recht auf Wahrung der Privatsphäre in Bezug auf Angaben über die Gesundheit. Die Norm bezweckt damit, den Schutz von Gesundheitsdaten „als hochsensible und intime Daten einer Person“ zu verstärken.⁶¹ Einer Patientin oder einem Patienten kann daher nicht zugemutet werden, zwecks Kosteneinsparung solche Angaben gegenüber Verwandten und Bekannten zu offenbaren. Aus dem gleichen Grund ist auch der Beizug fremdsprachigen Reinigungspersonals oder – in Situationen des Freiheitsentzuges – von *Strafvollzugsbeamten* nicht zulässig.

⁵⁶ So *Fink*, S. 167.

⁵⁷ Z.B. Angaben zu Personalien, Arbeitgeber etc.

⁵⁸ *Müller/Schefer*, S. 45; *Regina Kiener/Walter Kälin*, S. 158, und *Rainer J. Schweizer*, Art. 13 Abs. 2, St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung, Zürich/St. Gallen 2008.

⁵⁹ Art. 3 lit. c Ziff. 2 und 3 Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992, SR 235.1. Kantonale Datenschutzgesetze enthalten im Wesentlichen gleiche Einstufungen.

⁶⁰ Siehe dazu oben Ziffer 2.1.

⁶¹ Botschaft zur Biomedizinkonvention (Anm. 33), BBl 2002 305.

Indessen bleibt es dem Patienten selbst unbenommen, aus freiem Willen auf die Übersetzungsdienste von Bekannten oder Verwandten zurückzugreifen. In Situationen des Freiheitsentzuges sind diese Möglichkeiten – wie auch der Beizug eines professionellen Dolmetschers eigener Wahl – stark eingeschränkt, wenn nicht gar unmöglich, so dass die Pflicht zum Beizug einer qualifizierten übersetzenden Person der Institution des Freiheitsentzuges bzw. dem behandelnden Arzt⁶² obliegt.

Gemäss FINK⁶³ sollte im Falle, dass ein Arzt bei fremdsprachigen Patienten auf den Beizug einer übersetzenden Person verzichtet, weil er davon überzeugt ist, dass der Patient die Aufklärung verstanden hat, dieser Umstand ausdrücklich in der Krankenakte festgehalten werden. Unterbleibt dies und stellt sich in der Folge heraus, dass der Patient die Aufklärung nicht verstanden hat, haftet der Arzt oder die Ärztin wie bei unterlassener Aufklärung. Daher sollte sich der Arzt z.B. mit Zwischenfragen vergewissern, dass der Patient die Information tatsächlich verstanden hat.

Die Frage, wer die Kosten für die notwendige Übersetzung zu tragen hat, ist sehr komplex.⁶⁴ Für den Fall des Freiheitsentzuges stellt sich die Rechtslage indessen insofern klar dar, als dass die inhaftierte Person kaum über die Möglichkeiten verfügt, auf Dritte zuzugreifen. Grundsätzlich hat daher – auch im Sinne der umfassenden staatlichen Fürsorgepflicht⁶⁵ – die Anstalt bzw. der Staat die Kosten zu übernehmen.

IV. Übersetzungspflichten im Gesundheitswesen während Haftsituationen

1. Das Äquivalenzprinzip

Grund- und Menschenrechte inhaftierter Personen dürfen während ihrer Haftzeit nur in dem Umfang beschränkt werden, wie es die rechtmässig angeordnete Strafe des Freiheitsentzuges oder es das Leben in einer Hafteinrichtung mit sich bringt.⁶⁶ Dieser weitgehend unbestrittene Grundsatz ist nicht nur prominent in den Strafvollzugsgrundsätzen des Europarats aus dem Jahr 2006 verankert⁶⁷, sondern spiegelt sich auch in der Praxis internationaler Menschenrechtsorgane⁶⁸ und des Bundesgerichts⁶⁹, in der gesetzlichen Normierung im Schweizerischen Strafgesetz-

⁶² Vgl. auch *Fink*, S. 162.

⁶³ A.a.O., S. 162.

⁶⁴ Die Krankenkassen z.B. übernehmen diese Kosten nicht. Siehe dazu ausführlich *Achermann/Künzli*, Übersetzen, S. 53ff.

⁶⁵ Unten IV.2.

⁶⁶ Art. 74 StGB. Dazu statt vieler BGE 123 I 228 und etwa Ziff. 6.1 der Hausordnung Thorberg (2006).

⁶⁷ Ministerkomitee des Europarats, Europäische Strafvollzugsgrundsätze, Empfehlung Rec(2006)2 vom 11. Januar 2006, Ziff. 2. Zur normativen Geltung dieser Empfehlungen siehe *Achermann/Künzli* (Gesundheit und Haft), S. 14.

⁶⁸ Siehe etwa Ausschuss für Menschenrechte, General Comment 21.

buch (StGB)⁷⁰, in der künftigen schweizerischen Strafprozessordnung⁷¹ und in vielen kantonalen Strafvollzugserlassen⁷². Bereits daraus ergibt sich für den Bereich der medizinischen Betreuung das Prinzip der Gleichwertigkeit und Einheitlichkeit für diagnostische, therapeutische und präventive Gesundheitsmassnahmen innerhalb wie ausserhalb von Hafteinrichtungen. Mit anderen Worten, der „Strafvollzug soll (...) nur die Freiheit nehmen, nicht aber durch schlechtere medizinische Behandlung bestrafen“⁷³.

Diese grund- und menschenrechtlichen Vorgaben fanden, als *Äquivalenzprinzip* oder Angleichungsgrundsatz bezeichnet, an verschiedenen Stellen explizit Aufnahme in die Rechtsordnung: So etwa sowohl in die UN Basic Principles for the Treatment of Prisoners⁷⁴ wie auch in die Strafvollzugsgrundsätze des Europarats⁷⁵, in andere Empfehlungen des Ministerkomitees⁷⁶ und in die Standards des Folterpräventionskomitees des Europarats.⁷⁷ Auf nationaler Ebene fand dieser Grundsatz implizit Eingang in das Schweizerische Strafgesetzbuch (StGB), indem dessen Art. 75 Abs. 1 – nicht nur bezogen auf das Gesundheitswesen – bestimmt, der Strafvollzug habe „den allgemeinen Lebensverhältnissen soweit als möglich zu entsprechen“. Expliziter formulieren demgegenüber modernere kantonale Strafvollzugsgesetze diesen Grundsatz.⁷⁸ Besonders deutlich halten schliesslich die Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW) diesen Grundsatz in folgenden Worten fest:

„5. Gleichwertigkeit der Behandlung

5.1 Die unter Freiheitsentzug stehende Person hat Anrecht auf die gleiche Behandlungsqualität wie die Bevölkerung im Allgemeinen.

5.2 Wie in einem öffentlichen Krankenhaus kann die unter Freiheitsentzug stehende Person verlangen, dass ihr persönlicher Arzt soweit wie möglich bei der medizinischen Betreuung beigezogen wird. Die klinische Entscheidung liegt aber letztendlich immer beim von den zuständigen Behörden beauftragten Arzt“⁷⁹.

⁶⁹ Siehe bereits BGE 102 Ia 283.

⁷⁰ Art. 74 StGB; SR 311.0.

⁷¹ Art. 235 Abs. 1 Schweizerische Strafprozessordnung (StPO) vom 5. Oktober 2007; noch nicht in Kraft. Die StPO regelt den Vollzug der Untersuchungshaft nur in diesem Artikel und gewährt in Abs. 5 den Kantonen die Kompetenz, die Rechte und Pflichten von Untersuchungsgefangenen festzulegen.

⁷² Siehe etwa Bern: Art. 19 Abs. 2 Gesetz über den Straf- und Massnahmenvollzug (SMVG) vom 25. Juni 2003, BSG 341.1; Solothurn: § 15 Abs. 2 Gesetz über den Vollzug von Freiheitsstrafen, Ersatzfreiheitsstrafen, gemeinnützige Arbeit, therapeutische Massnahmen und Verwahrung vom 3. März 1991, BGS 331.11.

⁷³ *Bernd Dieter Meier*, Ärztliche Versorgung im Strafvollzug: Äquivalenzprinzip und Ressourcenknappheit, in Hillenkamp/Tag, S. 35.

⁷⁴ Vom 14. Dezember 1990, UN-Generalversammlungsresolution A/RES/45/111.

⁷⁵ Strafvollzugsgrundsätze (Anm. 67), Ziff. 40.3-40.5.

⁷⁶ Z.B. Ministerkomitee des Europarats, Empfehlung R(98)7, Ziff. 10.

⁷⁷ European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT), The CPT standards: „Substantive“ sections of the CPT's General Reports, CPT/Inf/E (2002) 1 - Rev. 2009, S. 33.

⁷⁸ Siehe statt vieler Bern: Art. 18 Abs. 1 des Gesetzes über den Straf- und Massnahmenvollzug (SMVG) vom 25. Juni 2003, BSG 341.1, vom 25. Juni 2003, BSG 341.1.

⁷⁹ Ausübung der ärztlichen Tätigkeit bei inhaftierten Personen, Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften, Schweizerische Ärztezeitung 2003, S. 306ff, Ziff. 5.

Aus diesem Grund erstaunt es wenig, dass die normative Verbindlichkeit des Äquivalenzprinzips auch in der medizinischen und juristischen Fachliteratur unbestritten bleibt.⁸⁰

Basierend auf dem Äquivalenzprinzip kann daher zweifelsohne geschlossen werden, dass auch intramural von einem Recht auf medizinische Behandlung, von einem Verbot der Vornahme jeglicher medizinischer Eingriffe und Abklärungen ohne Vorliegen eines „informed consent“, sowie von der Geltung des Arztgeheimnisses und damit von einem Recht von inhaftierten Patientinnen und Patienten auf qualifizierte Übersetzung bei bestehenden Kommunikationsproblemen mit Angehörigen des Gefängnisgesundheitswesens ausgegangen werden kann.

Offenkundig wird indes diesem kardinalen Prinzip der Gefängnismedizin in der schweizerischen Praxis zumindest nicht vollständig nachgelebt. So relativiert etwa der gegenwärtige leitende Gefängnisarzt der Strafanstalt Pöschwies den Äquivalenzgrundsatz in seinem zentralen Bereich und dies notabene gar in einer wissenschaftlichen Publikation: Gemäss *Staub* wird nämlich in der Praxis vom Grundsatz der Gleichwertigkeit der medizinischen Versorgung auf Grund „realistischer Unterschiede“ abgewichen, indem infolge „Aufwand und Kosten“ teilweise eine „Beschränkung der Behandlung“ vorgenommen werden muss.⁸¹ Eine derartige Praxis macht den Äquivalenzgrundsatz zur Makulatur und hält weder den Vorgaben der Grund- und Menschenrechte noch denjenigen des Strafgesetzbuches stand.

Deshalb soll in den nächsten Abschnitten die Frage nach dem Bestehen eines Rechts auf Übersetzen im Medizinalbereich in Haftsituationen spezifisch unter dem Blickwinkel des schweizerischen Strafvollzugsrechts beantwortet werden, um die auf der Anwendung des Äquivalenzprinzips beruhenden Resultate zu bestätigen.

2. Das Recht auf ärztliche Versorgung während Haftsituationen und das Fürsorgeprinzip

Ein subjektives Recht auf medizinische Behandlung spezifisch in Haftsituationen lässt sich einfacher begründen als ausserhalb dieses Kontexts. Dies weil einerseits das Recht auf Gesundheit bei Personen unter vollständigem staatlichen Gewahrsam einen unmittelbar zu erfüllenden An-

⁸⁰ Siehe etwa *Meier* (Anm. 73), S. 35ff; *ders.*, Äquivalenzprinzip, in *Keppeler/Stöver*, S. 76ff; *Jendly* S. 249f; *Baechtold* S. 105; *Brigitte Tag*, Intramurale Medizin in der Schweiz – Überblick über den rechtlichen Rahmen, in *Tag/Hillenkamp*, S. 8; *Thomas Hillenkamp*, Intramurale Medizin in Deutschland, in *Tag/Hillenkamp*, S. 106ff; *Thomas Staub*, Die Rolle des Arztes im schweizerischen Strafvollzug, in *Tag/Hillenkamp*, S. 435; *Karl Bolli*, Ethische und organisatorische Aspekte der Gesundheitsfürsorge in Gefängnissen, in *Que- loz/Riklin/Senn/de Sinner*, S. 23f.

⁸¹ *Staub* (Anm. 80), S. 435. Siehe dazu aber Merkblatt Gesundheitskosten vom 24. Okt. 2008 des Ostschweizer Strafvollzugskonkordats, welches festhält, „Medizinische und psychiatrische Behandlungen, die Abgabe von Medikamenten sowie Spital- oder Klinikaufenthalte erfolgen, soweit sie notwendig und unaufschiebbar sind. Die Gesundheitsversorgung im Rahmen der obligatorischen Grundversicherung gemäss dem Bundesgesetz über die Krankenversicherung (...) bildet Teil des absoluten Existenzminimums und ist in jedem Fall sicherzustellen“.

spruch auf Inanspruchnahme genügender medizinischer Dienstleistungen schafft⁸² und andererseits infolge der bundesgerichtlichen Praxis: Letztere entwickelte unter schöpferischer Auslegung des Grundrechts der persönlichen Freiheit⁸³ in Haftkonstellationen nicht nur detaillierte grundrechtliche Minimalanforderungen an einen menschenwürdigen, von schikanösen und sachlich nicht begründeten Eingriffen freien Vollzug⁸⁴, sondern sie anerkennt auch einen subjektiven Anspruch aller inhaftierten Personen auf genügende ärztliche Betreuung⁸⁵. Eine analoge Rechtsprechung kennen auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und der Ausschuss für Menschenrechte. Diese internationalen Überwachungsorgane gehen mittlerweile von einer eigentlichen *Fürsorgepflicht* des Staates aus, indem sie anerkennen, dass der Staat für die Gesundheit aller Inhaftierten umfassend verantwortlich ist⁸⁶ ohne dass diese explizit um diesen Schutz nachzusuchen haben.⁸⁷ Diese

Diese Einschätzung widerspiegelt sich auch in der Praxis des Ministerkomitees des Europarats: Ältere Empfehlungen fokussieren – wie folgendes Beispiel aus dem Jahr 1998 zeigt – auf die Statuierung eines Rechts auf Zugang zu Gesundheitseinrichtungen:

„Bei der Aufnahme in die Haftanstalt und später während der Haft sollen Gefangene jederzeit ungeachtet der Vollzugsform und ohne unangemessene Verzögerung Zugang zu einem Arzt oder einer voll ausgebildeten Krankenpflegekraft haben“⁸⁸.

Insbesondere die Europäischen Strafvollzugsgrundsätze aus dem Jahr 2006 gehen hingegen von einer weit umfassenderen Verantwortung des Staates für die Gesundheit von Personen in Haft aus, wenn sie allgemein festhalten: „Prison authorities shall safeguard the health of all prisoners in their care“⁸⁹. Noch deutlicher wird dieses *Fürsorgeprinzip* im offiziellen Kommentar zu diesen Grundsätzen artikuliert:

„When a State deprives people of the 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 the responsibility not simply to ensure effective access for prisoners to medical care but also to establish conditions that promote the well being of both

⁸² Dazu detailliert *Achermann/Künzli* (Gesundheit und Haft), S. 9f.

⁸³ Art. 10 der schweizerischen Bundesverfassung (BV).

⁸⁴ Dazu grundlegend BGE 102 Ia 279.

⁸⁵ Siehe für eine detaillierte Übersicht über die diesbezügliche bundesgerichtliche Rechtsprechung *Müller/Schefer*, S. 120ff und *Jendly* S. 249.

⁸⁶ Siehe etwa *Edward v. The United Kingdom*, Reports 2002-II, Ziff. 56: „In the context of prisoners, the Court has had previous occasion to emphasise 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“. Dazu detaillierter *Achermann/Künzli* (Gesundheit und Haft) S. 12ff.

⁸⁷ Menschenrechtsausschuss (MRA), *Lantsova v. The Russian Federation*, 763/1997 (2002), Ziff. 9.2.

⁸⁸ Ministerkomitee des Europarats, Empfehlung R(98)7, Ziff. 1. Ziff. 4 dieser Empfehlung verdeutlicht, dass der Zugang während 24 Stunden sichergestellt sein muss.

⁸⁹ Strafvollzugsgrundsätze (Anm. 67), Ziff. 39.

prisoners and prison staff. Prisoners should not leave the prison in worse conditions than when they entered“⁹⁰.

Mit anderen Worten trägt damit der Staat die Verantwortung für die Verhinderung aller Formen von Gesundheitsbeeinträchtigungen von Inhaftierten. Dies basiert auf der Grundüberlegung, dass es der Staat ist, der eine Person zwangsweise in einem potenziell gesundheitsgefährdenden Umfeld festhält und dass er dieser zudem verunmöglicht, selbständig die notwendigen Gesundheitsmassnahmen an die Hand zu nehmen.

Der geschilderte Paradigmenwechsel fand auch Niederschlag im Schweizerischen Strafgesetzbuch, hält doch der seit dem Jahr 2007 in Kraft stehende Art. 75 Abs. 1 StGB unter der Marginalie „Grundsätze“ fest, der Strafvollzug habe unter anderem den „schädlichen Folgen des Freiheitsentzugs entgegenzuwirken“. Mit anderen Worten anerkennt auch diese Bestimmung die integrale Verantwortung des Staates für das gesundheitliche Wohlbefinden inhaftierter Personen.

Diese Einschätzung findet im Weiteren Bestätigung auf kantonaler und interkantonaler Ebene. So hält das Merkblatt Gesundheitswesen des Ostschweizerischen Strafvollzugskonkordats fest:

„Die Vollzugseinrichtungen haben die medizinische Versorgung der eingewiesenen Personen zu gewährleisten sowie für die Erhaltung und nach Möglichkeit für die Verbesserung ihrer physischen und psychischen Gesundheit zu sorgen. Dies ergibt sich aus dem in Art. 75 Abs. 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (...) verankerten Prinzip der besonderen Fürsorgepflicht (Betreuungsprinzip). Dabei haben alle medizinischen Leistungen den schweizerischen Standards ausserhalb der Vollzugseinrichtungen zu entsprechen (Äquivalenzprinzip)“⁹¹.

Überdies wird dieses Fürsorgeprinzip auch in gewissen kantonalen Strafvollzugserlassen reflektiert. Dies besonders deutlich im solothurnischen Strafvollzugsgesetz⁹², dessen § 13 Abs. 3 stipuliert: „Schädlichen Folgen des Freiheitsentzuges ist entgegenzuwirken“. Das Strafvollzugsrecht weiterer Kantone verankert diesen Anspruch in etwas schwammigerer Form, wenn etwa statuiert wird, „[d]ie Gefängnisverwaltung sorgt für die körperliche und geistige Gesundheit der eingewiesenen Personen“⁹³ oder gar einzig, „[d]ie Gefangenen erhalten während des Vollzugs eine

⁹⁰ Kommentar zu den Europäischen Strafvollzugsgrundsätzen vom 2. Nov. 2005, CM Documents CM(2005)163, Addendum, Rule 39.

⁹¹ Merkblatt Gesundheitskosten vom 24. Oktober 2008. Keine entsprechenden publizierten Vorgaben scheinen im Bereich der beiden anderen Strafvollzugskonkordate zu existieren.

⁹² Gesetz über den Vollzug von Freiheitsstrafen, Ersatzfreiheitsstrafen, gemeinnützige Arbeit, therapeutische Massnahmen und Verwahrung vom 3. März 1991, BGS 331.11.

⁹³ Schaffhausen: § 49 Abs. 1 Justizvollzugsverordnung (JVV) vom 19. Dezember 2006, SHR 341.101. Ähnlich Neuenburg: Art. 37 Loi sur l'exécution des peines privatives de liberté et des mesures pour les personnes adultes (LPMA) vom 3. Oktober 2007, RS 351.0, und Bern: Art. 42 Abs. 1 Gesetz über den Straf- und Massnahmenvollzug (SMVG) vom 25. Juni 2003, BSG 341.1; Zürich: §§ 10 Abs. 5 und 108 Justizvollzugsverordnung (JVV) vom 6. Dezember 2006, LS 331.1. Siehe dazu auch etwa Ziff. 14.2 Hausordnung Thorberg (2006): „Der Gesundheitsdienst fördert, mit Unterstützung der Direktion, alle Bemühungen zur Erhaltung der physischen und psychischen Gesundheit des Eingewiesenen und betreut ihn bei Erkrankung und Unfall“.

ausreichende medizinische Grundversorgung⁹⁴. Einen eigentlichen Anspruch auf medizinische Pflege auf Verlangen verankern hingegen nur wenige Strafvollzugsgesetze.⁹⁵

Damit aber ein Staat dieser allgemeinen Verantwortung oder mit anderen Worten dieser allgemeinen Fürsorgepflicht⁹⁶ gerecht werden kann, hat er nicht nur den Zugang zu qualifizierten Gesundheitseinrichtungen sicherzustellen, sondern auch mittels einer aktiven Gesundheitsprävention in Haftanstalten und der Bereitstellung einer adäquaten Gefängnisinfrastruktur dieser Zielsetzung nachzukommen. In sachgerechter Weise finden sich denn auch in gewissen (wenigen) kantonalen Erlassen Verpflichtungen zur Durchführung von Präventionsmassnahmen.⁹⁷

3. Konkretisierung der Übersetzungspflichten im Strafvollzugsrecht?

3.1. Explizite Verankerung von Übersetzungspflichten im Gesundheitsbereich intra muros?

Enthält das schweizerische Strafvollzugsrecht darüber hinaus auch Rechte von Inhaftierten auf Inanspruchnahme von Übersetzungsdienstleistung bei fehlenden oder ungenügenden Kommunikationsmöglichkeiten mit Angehörigen des Gesundheitswesens? Soweit für uns ersichtlich verankern weder das interkantonale Konkordatsrecht, noch kantonale Strafvollzugserlasse, noch Hausordnungen⁹⁸ einen derartigen Anspruch von Insassen resp. eine entsprechende Verpflichtung der Haftanstalten.⁹⁹ Basierend auf sprachspezifischen Vorgaben der Europäischen Strafvollzugsgrundsätze¹⁰⁰, weiterer Empfehlungen des Ministerkomitees des Europarats¹⁰¹ und entsprechender an die Schweiz gerichteter Empfehlungen des Europäischen Folterpräventions-

⁹⁴ Aargau: Verordnung über den Vollzug von Strafen und Massnahmen (Strafvollzugsverordnung, SMV) vom 9. Juli 2003, SAR 253.111.

⁹⁵ Bern: Art. 42 Gesetz über den Straf- und Massnahmenvollzug (SMVG) vom 25. Juni 2003, BSG 341.1; Neuenburg: Art. 18 Arrêté sur l'exécution des peines privatives de liberté et des mesures pour les personnes adultes (APMA) vom 17. Dezember 2007; implizit auch Wallis: Art. 43 Reglement über die Strafanstalten des Kantons Wallis vom 10. Dez. 1993, RS 340.200.

⁹⁶ So auch *Baechtold*, S. 106 und *Brigitte Tag*, Intramurale Medizin in der Schweiz – Überblick über den rechtlichen Rahmen, in *Tag/Hillenkamp*, S. 9. Letztgenannte Autorin bezeichnet dieses Prinzip als Gegensteuerungsgrundsatz.

⁹⁷ Z.B. Graubünden: Art. 101 Abs. 2 Verordnung über den Justizvollzug im Kanton Graubünden (Justizvollzugsverordnung) vom 12. Dez. 2006, BR 350.460; Bern: Art. 53 Verordnung über den Straf- und Massnahmenvollzug (SMVV) vom 5. Mai 2004, BSG 341.11.

⁹⁸ Für vorliegendes Gutachten wurden insbesondere die auf dem Internet greifbaren Hausordnungen evaluiert (siehe Anhang). Zusätzlich wurde uns von der Anstalt Thorberg die Hausordnung zugestellt. Andere Haftinstitutionen (u.a. die JVA Lenzburg) beantworteten unsere wiederholten diesbezüglichen Anfragen nicht.

⁹⁹ So namentlich auch nicht die Richtlinien betreffend Ausländerinnen und Ausländer im Straf- und Massnahmenvollzug vom 2. November 2007 des Strafvollzugskonkordats der Nordwest- und Innerschweiz.

¹⁰⁰ Unter dem Titel ethnische und sprachliche Minderheiten verlangen die Europäischen Strafvollzugsgrundsätze (Anm. 67), Ziff. 38.3, dass „[l]inguistic needs shall be met by using competent interpreters and by providing written material in the range of languages used in a particular prison“.

¹⁰¹ Ministerkomitee des Europarats, Empfehlung R(84)12, Ziff. 8: „Ausländische Gefangene sind nach Einweisung in die Strafanstalt umgehend in einer ihnen geläufigen Sprache über die wichtigsten Bestimmungen der Hausordnung (...) sowie – sofern vorhanden – des Beizuges eines Dolmetschers zu informieren“.

ausschusses¹⁰² anerkennt das Strafvollzugsrecht aber sehr wohl die Gefahr von Kommunikationsschwierigkeiten im Haftvollzug. Aufgrund dieser Erkenntnis vereinzelt verankerte Ansprüche von Inhaftierten auf Information in einer verständlichen Sprache betreffen aber soweit ersichtlich einzig das Aufnahmegespräch.¹⁰³ Zudem ist entgegen den internationalen Vorgaben¹⁰⁴ nirgends explizit von einem Beizug qualifizierter Übersetzerinnen und Übersetzer die Rede. Am ehesten lässt sich daher ein Anspruch auf funktionierende Kommunikation im Gefängnisgesundheitswesen noch den zahlreichen Bestimmungen in Strafvollzugserlassen zur medizinischen Eintrittsuntersuchung entnehmen, welche meist eine medizinische Befragung neu eintretender Inhaftierter verlangen.¹⁰⁵

Da somit das Strafvollzugsrecht keine deutlichen Verankerungen von Übersetzungspflichten im Gesundheitswesen kennt, ist das Bestehen solcher Verpflichtungen und entsprechender Rechte wiederum indirekt herzuleiten. Da ein Recht auf medizinische Behandlung, wie oben gezeigt, im Haftkontext mit besonderer Deutlichkeit besteht, muss vorliegend einzig zur Geltung des Erfordernisses des *informed consent* im Haftkontext Stellung genommen werden, um diesen Anspruch zu begründen.

3.2. Das Erfordernis des informed consent im Haftkontext

Dieses kardinale Prinzip des Gesundheitsrechts gilt im oben umschriebenen Umfang¹⁰⁶ grundsätzlich¹⁰⁷ auch im Verhältnis zwischen Medizinalpersonen und inhaftierten Patientinnen und Patienten.¹⁰⁸ Denn es sind keine Gründe ersichtlich, weshalb die öffentlich-rechtlichen, privat-

¹⁰² Rapport au Conseil fédéral suisse relatif à la visite effectuée en Suisse par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 24 septembre au 5 octobre 2007, adopté le 7 mars 2008, Ziff. 88: „Les étrangers retenus devraient être intégralement informés, dans une langue qu'ils comprennent, de leur situation juridique et des règles en vigueur dans le lieu où ils sont placés“.

¹⁰³ Siehe etwa Zürich: § 95 Abs. 1 Justizvollzugsverordnung (JV) vom 6. Dezember 2006, LS 331.1; Thurgau: § 56 Verordnung des Regierungsrates über den Justizvollzug (Justizvollzugsverordnung) vom 12. Dezember 2006, RB 340.31. Implizit wird ein Anspruch auf verständliche Information auch durch Bestimmungen begründet, welche das Gefängnispersonal verpflichten, die Gefangenen über ihre Rechte und Pflichten zu informieren. Andernfalls würde diese Vorgabe vollständig ihres Sinnes entleert; so etwa Aargau: § 64 Abs. 3 der Verordnung über den Vollzug von Strafen und Massnahmen (Strafvollzugsverordnung, SMV) vom 9. Juli 2003, SAR 253.111.

¹⁰⁴ Siehe Anm. 100.

¹⁰⁵ Siehe dazu unten V.2.1.

¹⁰⁶ Siehe dazu oben III.2.

¹⁰⁷ Als Ausnahme von diesem Grundsatz erlaubt aber etwa Art. 251 StPO (Anm. 71) Eingriffe in die körperliche Integrität eines Angeschuldigten zur Untersuchung einer Straftat auch ohne dessen Zustimmung. Zudem haben sich gemäss kantonalen Strafvollzugserlassen neu in eine Haftanstalt Eintretende einer Eintrittsuntersuchung zu unterziehen; siehe etwa Art. 20 Gesetz über den Straf- und Massnahmenvollzug (SMVG) vom 25. Juni 2003, BSG 341.1: „Neueingewiesene müssen sich zur Abklärung allfälliger Beeinträchtigungen ihres Gesundheitszustandes einer körperlichen Untersuchung durch medizinisches Fachpersonal unterziehen“.

¹⁰⁸ Siehe dazu Sprumont/Schaffter/Hostettler/Richter/Perrenoud S. 26.

rechtlichen und strafrechtlichen Grundlagen des informed consent¹⁰⁹ nicht auch im Haftkontext Anwendung finden sollen und diese damit auch Mitarbeitende von Gesundheitsdiensten in Hafteinrichtungen im gleichen Umfang wie das übrige Gesundheitsfachpersonal binden.¹¹⁰

Ausdrücklich bestätigt wird diese Schlussfolgerung durch das Ministerkomitee des Europarats¹¹¹, das Europäische Folterpräventionskomitee¹¹² sowie auch durch Richtlinien der Akademie der Medizinischen Wissenschaften¹¹³.

3.3. Fazit: Verpflichtung des Staates zur Ermöglichung einer funktionierenden Kommunikation im Haftkontext

Nicht nur unter Anwendung des Äquivalenzprinzips, sondern auch basierend auf Strafvollzugsnormen lässt sich eine eindeutige Verpflichtung des Staates zur Ermöglichung einer funktionierenden Kommunikation zwischen inhaftierten Patientinnen und Patienten und den Gesundheitsfachpersonen, namentlich den Ärztinnen und Ärzten herleiten.

4. Möglichkeiten zur Substitution der Übersetzung?

Eine Übersetzung ist auch im Haftkontext nur bei tatsächlich bestehenden Kommunikationsschwierigkeiten zwischen Medizinalpersonal und Patientin/Patient erforderlich. Solche Schwierigkeiten können ausserhalb des Haftkontexts durch die Inanspruchnahme von Dienstleistungen von Ärzten oder Ärztinnen mit spezifischen Sprachkenntnissen oft vermieden werden. Diese Möglichkeit ist im Haftkontext, wie anschliessend zu zeigen sein wird, wesentlich eingeschränkt.

5. Grundsatz: Kein Recht auf freie Arztwahl

Sowohl die bundesgerichtliche Praxis¹¹⁴ wie auch zahlreiche Strafvollzugserlasse¹¹⁵ und Hausordnungen¹¹⁶ bestätigen zumindest im Grundsatz¹¹⁷, dass inhaftierte Personen kein Anrecht auf

¹⁰⁹ Bezüglich der privatrechtlichen Grundlagen des informed consent siehe auch unten VI.5.1.

¹¹⁰ Siehe dazu auch *Jendly* S. 250; *Axel Boetticher*, Einwilligung und Aufklärung in der Strafvollzugsmedizin, in *Hillenkamp/Tag*, S. 61ff; *Brigitte Tag*, Intramurale Medizin in der Schweiz – Überblick über den rechtlichen Rahmen, in *Tag/Hillenkamp*, S. 12ff.

¹¹¹ Ministerkomitee des Europarats, Empfehlung R(98)7, Ziff. 14: „Soweit Gefangene nicht an einer Krankheit leiden, die sie unfähig macht, die Art ihres Zustandes zu verstehen, sollen sie ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen immer das Recht haben, dem Arzt nach Aufklärung ihre Einwilligung zu erteilen, ehe eine körperliche Untersuchung ihrer Person oder ihrer körperlichen Ausscheidungen vorgenommen werden darf. Die Gründe für jede Untersuchung sollen den Gefangenen klar erläutert werden und von ihnen verstanden worden sein“.

¹¹² CPT-Standards (Anm. 77) S. 35.

¹¹³ Richtlinien der SAMW (Anm. 79), Ziff. 7.1.

¹¹⁴ BGE 102 Ia 305f; 106 Ia 292.

¹¹⁵ Siehe z.B. Bern: Art. 49 Verordnung über den Straf- und Massnahmenvollzug (SMVV) vom 5. Mai 2004, BSG 341.11; Graubünden: Art. 102 Abs. 4 Verordnung über den Justizvollzug im Kanton Graubünden (Justizvollzugsverordnung) vom 12. Dez. 2006, BR 350.460; Schaffhausen: § 50 Abs. 2 Justizvollzugsverordnung (JVV) vom 19. Dezember 2006, SHR 341.101; Neuenburg: Art. 37 Abs. 2 Loi sur l'exécution des peines privatives de liberté et des mesures pour les personnes adultes (LPMA) vom 3. Oktober 2007, RS 351.0.

freie Arztwahl besitzen. Fremdsprachige Inhaftierte können daher keinen Anspruch auf Behandlung durch einen frei gewählten Arzt mit Kenntnissen ihrer Herkunftssprache geltend machen¹¹⁸. Selbstverständlich steht aber der Leitung einer Haftanstalt oder der kantonalen Strafvollzugsbehörde die Möglichkeit offen, zwecks Vermeidung von Übersetzungskosten gezielt Medizinalpersonen mit entsprechenden Sprachkenntnissen beizuziehen. Trotz dieser Möglichkeit dürfte sich angesichts des hohen Anteils von Ausländerinnen und Ausländer mit geringen Amtssprachkenntnissen und unterschiedlichsten Herkunftssprachen in Haftanstalten das Bedürfnis nach Übersetzungsdienstleistungen selbst bei Anstellung sehr polyglotten Gefängnispersonals weit grösser präsentieren als in einer durchschnittlichen privaten Arztpraxis. Bevor gestützt darauf die Frage geklärt wird, wer für diese Übersetzungsdienstleistungen beigezogen werden darf, ist zu untersuchen, ob allenfalls ein Recht auf freie Arztwahl zumindest in bestimmten Haftformen existiert.

6. Recht auf freie Arztwahl bei spezifischen Haftformen?

6.1. Halbgefangenschaft

In dieser Vollzugsform verbringt eine zu einer kurzen Haftstrafe von bis zu 6 Monaten verurteilte Person lediglich die Nächte und die übrige arbeitsfreie Zeit in einer Justizvollzugsanstalt.¹¹⁹ Sie kann aber weiterhin ausserhalb der Gefängnismauern ihrer Arbeit nachgehen. Es besteht daher keine Begründung, weshalb sich dieser Sanktion unterliegende Personen nicht weiter von ihrem Hausarzt oder einer anderen frei gewählten Ärztin behandeln lassen dürfen. Diese Schlussfolgerung ist indes in Strafvollzugserlassen¹²⁰ oder Hausordnungen von Haftanstalten nur selten explizit enthalten.¹²¹

6.2. Arbeitsexternat

Eine „Freiheitsstrafe wird in der Form des Arbeitsexternats vollzogen, wenn der Gefangene einen Teil der Freiheitsstrafe, in der Regel mindestens die Hälfte, verbüsst hat und nicht zu erwarten ist, dass er flieht oder weitere Straftaten begeht“¹²². Diese vorletzte Vollzugsstufe vor dem Wohnexternat und der bedingten Entlassung eines Straftäters zeichnet sich durch die Besonderheit aus, dass die inhaftierte Person ausserhalb einer Haftanstalt arbeitet und nur die Ruhe-

¹¹⁶ Siehe statt Vieler § 54 Hausordnung für die Gefängnisse des Kantons Zürich (2009); Art. 42 Hausordnung Saxerriet (2007), Ziff. 13 Hausordnung Wauwilermoos (2007); Ziff. 7.2 Hausordnung Gefängnisse des Kantons Bern (2006); Art. 52 Hausordnung JVA Realta 2008); Ziff. 14.1 Hausordnung Thorberg (2006).

¹¹⁷ Ist hingegen das Vertrauensverhältnis zwischen Inhaftierten und Gefängnisarzt nachhaltig gestört, besteht nach Bundesgericht ein Anspruch auf Beizug eines unabhängigen Arztes; BGE 123 I 235.

¹¹⁸ Vgl. dazu auch *Sprumont/Schaffter/Hostettler/Richter/Perrenoud* S. 61f.

¹¹⁹ Art. 77b StGB.

¹²⁰ Siehe etwa Zürich: § 96 Abs. 2 Justizvollzugsverordnung (JVV) vom 6. Dezember 2006, LS 331.1.

¹²¹ Siehe etwa Hausordnung Gmünden Halbgefangenschaft (2008); § 74 Abs. 1 Hausordnung für das Gefängnis Schaffhausen vom 16. Nov. 2007; SHR 341.202.

¹²² Art. 77a Abs. 1 StGB.

und Freizeit innerhalb der Anstalt verbringt.¹²³ Daher gelten die bei der Halbgefängenschaft erwähnten Schlussfolgerungen auch hier.¹²⁴

6.3. Offener Strafvollzug

Im offenen Vollzug verbüssen Straftäterinnen und Straftäter ihre Haftstrafe, bei welchen weder Flucht noch Wiederholungsgefahr besteht¹²⁵, und die – da sie die Allgemeinheit kaum gefährden – in einer Haftanstalt ohne besonderen Aussenschutz festgehalten werden. Trotzdem wird für diese verurteilten Personen in keinem Kanton ein Recht auf freie Arztwahl anerkannt und die Behandlung findet innerhalb der Hafteinrichtung statt. Wenige Kantone erlauben aber für Verurteilte im offenen Strafvollzug die Inanspruchnahme medizinischer Dienstleistungen ausserhalb der Anstalt, dies aber einzig in den Praxen der zusätzlich freiberuflich tätigen offiziellen Anstaltsärztinnen und –ärzte.¹²⁶ Die Notwendigkeit der Inanspruchnahme von Übersetzungsdienstleistungen ist hier damit in zumindest ähnlichem Umfang gegeben wie in einer geschlossenen Strafvollzugseinrichtung.

6.4. Ausländerrechtliche Administrativhaft

Die Anordnung einer ausländerrechtlichen Administrativhaft¹²⁷ stellt keine strafrechtliche Sanktion dar. Sie dient vielmehr einzig der Sicherstellung eines ausländerrechtlichen Wegweisungsverfahrens. Diesem Haftzweck entsprechend ist das Haftregime freiheitlicher auszugestalten als im Strafvollzug oder in der Untersuchungshaft.¹²⁸ Freiheitsrechte von Personen in Administrativhaft dürfen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht weiter beschränkt werden als für diesen Haftzweck und die Aufrechterhaltung eines geordneten Anstaltsbetriebs notwendig¹²⁹. Aus diesen Gründen und infolge der bei dieser Haftform besonders anspruchsvollen Aufgabe einer Kommunikation zwischen Gesundheitsdienst und inhaftierten Personen erscheint es daher sachgerecht, den Anspruch auf freie Arztwahl auch in diesem spezifischen Haftkontext zu gewähren, soweit eine Behandlung innerhalb der Hafteinrichtung möglich ist. Diesen Anspruch anerkennen denn auch gewisse Strafvollzugserlasse oder Hausordnungen.¹³⁰

¹²³ Art. 77a Abs. 2 StGB.

¹²⁴ So explizit Zürich: § 96 Abs. 2 Justizvollzugsverordnung (JVV) vom 6. Dezember 2006, LS 331.1.

¹²⁵ E contrario Art. 76 Abs. 2 StGB.

¹²⁶ Siehe etwa Hausordnung Oberschöngrün vom 6. Nov. 1991, BGS 331.16§ 18 Abs. 3: „Erkrankte Insassen werden vom [Anstalts]-Arzt soweit nötig in seiner Praxis behandelt oder nach Rücksprache mit der Verwaltung in ein Spital eingewiesen“; Hausordnung Gmünden Normalvollzug (2008): Ziff.7.1: „Die medizinische Versorgung der Gefangenen obliegt dem Anstaltsarzt oder der -ärztin resp. der Stellvertretung. Einmal wöchentlich findet eine Visite in der Strafanstalt statt. (...) In dringenden Fällen oder zu speziellen Untersuchungen werden die Gefangenen den Arztpraxen der Anstaltsärzte/innen zugeführt“.

¹²⁷ Art. 75ff Bundesgesetz über Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dez. 2006 (AuG), SR 142.20.

¹²⁸ Art. 81 AuG.

¹²⁹ BGE 123 I 221 E I.4.c und 122 I 222 E 2a.aa.

¹³⁰ Justizvollzugsverordnung (JVV) des Kantons Schaffhausen vom 19. Dezember 2006, SHR 341.101, § 83 Abs. 1 und 2: „Die inhaftierten Personen können sich durch Ärztinnen und Ärzte betreuen lassen, bei denen sie vor der Haft in Behandlung standen, wenn deren Bezahlung sichergestellt ist. Die Behandlung erfolgt so-

Teilweise erkennen aber auch Hausordnungen spezifischer Ausschaffungsgefängnisse resp. -abteilungen diesen Anspruch zumindest nicht explizit an¹³¹, oder Hausordnungen von Gefängnissen, die explizit auch den Vollzug von ausländerrechtlicher Administrativhaft durchführen, enthalten überhaupt keine Sonderregelungen für diese Haftart.¹³² Vor diesem Hintergrund erstaunt es wenig, dass der Europäische Folterpräventionsausschuss in seinem letzten Bericht die rudimentäre Gesundheitsinfrastruktur in gewissen Ausschaffungsgefängnissen kritisierte.¹³³

6.5. Untersuchungshaft

Das Bundesgericht¹³⁴ und soweit ersichtlich alle kantonalen Strafvollzugsregelungen¹³⁵ lehnen einen Anspruch auf freie Arztwahl von Untersuchungshäftlingen ab. Diese Rechtauffassung steht zumindest in einem Spannungsverhältnis zu den internationalen Vorgaben. So hielt das Ministerkomitee des Europarats im Jahr 1998 fest, „Untersuchungsgefangene sollen das Recht haben, auf eigene Kosten ihren eigenen Arzt oder einen anderen externen Arzt zu konsultieren“¹³⁶, und auch der Europäische Folterpräventionsausschuss bemerkte gegenüber der Schweiz, es sei „(...) néanmoins souhaitable que le droit à l'accès à un médecin – y compris un médecin de son choix – soit formellement garanti à toute personne privée de liberté dès le tout début de la privation de liberté“¹³⁷. In der Tat können unseres Erachtens zwar Sicherheitserwägungen und die Kollusionsgefahr in Einzelfällen die Ablehnung einer Behandlung durch frei gewählte Ärztinnen und Ärzte innerhalb der Anstalt rechtfertigen. Ein generelles Verbot der freien Arztwahl hält für diese noch als Unschuldige zu betrachtende Personenkategorie aber wohl vor dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz kaum stand. Gefordert wären hier vielmehr Rechtsvorgaben, die eine präzisere Berücksichtigung des Einzelfalls ermöglichen.

7. Übersetzungspflichten bei fehlendem Recht auf freie Arztwahl?

Damit ergibt sich, dass in der Schweiz die überwiegende Mehrzahl aller Insassinnen und Insassen von Haftanstalten kein Recht auf freie Arztwahl besitzt. Dies akzentuiert die Notwendigkeit des Vorhandenseins von Dolmetscherdienstleistungen im Haftkontext und damit die Frage, wer

fern möglich im kantonalen Gefängnis“. Siehe auch Hausordnung Abteilung Ausschaffungshaft des Flughafengefängnisses (2009) § 52: „Sofern die Bezahlung sichergestellt ist, kann die inhaftierte Person auch die Ärztin oder den Arzt beiziehen, bei der oder dem sie vor ihrer Inhaftierung in Behandlung stand. Die Behandlung erfolgt in der Vollzugseinrichtung“.

¹³¹ Siehe etwa § 6 Verordnung über das Ausschaffungsgefängnis Basel vom 14. Nov. 2000, SG 258.80; § 99 Hausordnung für das Gefängnis Schaffhausen vom 16. Nov. 2007; SHR 341.202.

¹³² Siehe etwa Gefängnisse des Kantons Bern, Hausordnung vom 1. April 2006, Ziff. 2.1.

¹³³ Bericht CPT (Anm. 102), Ziff. 82f.

¹³⁴ Siehe etwa BGE 102 Ia 305.

¹³⁵ Keine der uns vorliegenden Strafvollzugserlasse oder Hausordnungen (siehe Anhang) bekräftigt den Grundsatz der freien Arztwahl für Untersuchungshäftlinge.

¹³⁶ Ministerkomitee des Europarats, Empfehlung R(98)7, Ziff. 17.

¹³⁷ Bericht CPT (Anm 102), Ziff. 49.

für diese Dienstleistung beigezogen werden kann. Zur Klärung dieser Frage ist eingangs auf die Besonderheiten des Arztgeheimnisses im Strafvollzug einzugehen.

7.1. Die Geltung des Arztgeheimnisses im Strafvollzug

Die Berufung auf das Arztgeheimnis¹³⁸ in Hafteinrichtungen ist geeignet, zu Spannungen zwischen Gesundheits- und Sicherheitspersonal zu führen.¹³⁹ Aus dem Äquivalenzprinzip¹⁴⁰ folgt indessen, dass das Arztgeheimnis im vollen Umfang auch innerhalb von Hafteinrichtungen gelten muss, und dass damit auch die Medizinaldossiers einzig dem Gesundheitsdienst zugänglich sein dürfen. In aller Deutlichkeit wird dieser Schluss etwa vom Ministerkomitee des Europarats und in den Standards des Europäischen Komitees zur Prävention der Folter bestätigt.¹⁴¹ Spezifisch gegenüber der Schweiz machte etwa letztgenanntes Organ Folgendes geltend:

„Le secret médical doit être respecté en prison dans les mêmes conditions qu'en milieu libre. De ce principe, il découle notamment que tout détenu doit pouvoir faire appel confidentiellement au service de santé (par exemple par la remise d'un message sous pli fermé, d'un carton de couleur, etc.). De plus, les consultations doivent se dérouler hors de l'écoute et, sauf demande contraire expresse du médecin concerné dans un cas particulier, hors de la vue du personnel non médical. Enfin, les dossiers médicaux des détenus doivent être conservés de manière à garantir que le personnel pénitentiaire ne puisse pas y avoir accès“¹⁴².

Schliesslich halten auch die Richtlinien der Schweizerischen Akademie für Medizinische Wissenschaften diesen Grundsatz fest¹⁴³, präzisieren aber, dass

„die in Anstalten herrschenden Verhältnisse eines engen, möglicherweise jahrelangen Zusammenlebens und/oder die häufig von Aufsichtspersonen oder Polizisten übernommenen Funktionen als Gewährsperson oder sogar Hilfskraft für die Pflege einen Austausch von medizinischen Informationen zwischen Pflege- und Überwachungspersonal notwendig machen [können]“.

Ein Arzt oder eine Ärztin hat sich in einer solchen Situation daher gemäss diesem Dokument zu bemühen, die Zustimmung des Patienten zur Weiterleitung medizinischer Information an das Gefängnispersonal zu erhalten. Gelingt ihm das nicht

„und entsteht daraus eine Gefährdung der Sicherheit oder für Dritte, kann der Arzt von der zuständigen Behörde verlangen, von seiner Schweigepflicht entbunden zu werden, wenn er es als

¹³⁸ Aus der kantonalen Rechtslage ergibt sich, dass auch das medizinische Pflegepersonal an das Arztgeheimnis gebunden ist; siehe dazu die detaillierte Übersicht in *Achermann/Künzli* (Übersetzen), S. 45ff.

¹³⁹ *Karl Bolli*, Der Stellenwert des Arztgeheimnisses im Strafvollzug, in *Queloz/Riklin/Senn/de Sinner*, insb. S. 100ff.

¹⁴⁰ Oben IV.1.

¹⁴¹ Ministerkomitee des Europarats, Empfehlung R(98)7, Ziff. 13: „Die ärztliche Schweigepflicht soll gewährleistet und ebenso streng beachtet werden, wie in der Gesellschaft insgesamt“. Siehe dazu auch CPT-Standards (Anm. 77) S. 36.

¹⁴² Bericht CPT (Anm. 102), Ziff. 175.

¹⁴³ Richtlinien der SAMW (Anm. 79), Ziff. 10.1.

seine Pflicht erachtet, Dritte, und insbesondere die für den Fall Verantwortlichen oder das Sicherheitspersonal, zu informieren¹⁴⁴.

Spuren hinterlässt das Berufsgeheimnis auch in der kantonalen Strafvollzugsgesetzgebung. Besonders deutlich wird dabei in Neuenburg in allgemeiner Weise zur Geltung des Arztgeheimnisses Stellung genommen

„[L]e secret médicale doit être strictement respecté. Aucune information médicale ne peut être divulguée au personnel pénitentiaire ou aux autorités responsables pour la détention sans le consentement formel de la personne détenue concernée, sauf dans les cas prévus explicitement par les dispositions légales en vigueur¹⁴⁵.

Das Genfer Recht sieht zumindest vor, die Eintrittsuntersuchung sei unter Bedingungen, welche Vertraulichkeit garantieren, vorzunehmen¹⁴⁶. Zumindest missverständlich erscheint hingegen die Berner Vorgabe, wonach die „Leitung der Vollzugseinrichtung (...) den Gesundheitszustand“ neu eintretender Inhaftierter abklärt¹⁴⁷. Keine klaren Regelungen enthält gemäss *Jendly* das Strafvollzugsrecht überdies im Bereich des Umgangs mit Patientendossiers.¹⁴⁸

Infolge des Spannungsverhältnisses zwischen diesem Geheimnis und Sicherheits- und Betreuungsanliegen findet sich auch eine vergleichsweise reiche Literatur zu dieser Fragestellung. Alle diese Stimmen gehen ebenfalls von einer anstaltsinternen Geltung des Geheimnisschutzes aus. Insbesondere deutsche Autorinnen und Autoren¹⁴⁹ anerkennen indes unter Bezugnahme auf das Deutsche Strafvollzugsgesetz¹⁵⁰ eine Berechtigung des Medizinalpersonal zur Relativierung dieses Geheimnisses zum Schutz von Leib und Leben Dritter, sowie wenn dies zur Aufgabenerfüllung der Vollzugsbehörde unerlässlich ist. Die schweizerische Doktrin, die sich auf keine derartige normative Relativierung des anstaltsinternen Arztgeheimnisses stützen kann¹⁵¹, be-

¹⁴⁴ Richtlinien der SAMW (Anm. 79), Ziff. 10.2, 3 und 4.

¹⁴⁵ Neuenburg: Art. 4 lit. c Arrêté relatif à la santé et aux soins en milieu carcéral vom 13. Mai 2009.

¹⁴⁶ Genf: Ziff. 9.1a Arrêté du Conseil d'Etat, santé et soins en milieu carcéral vom 16. März 2000.

¹⁴⁷ Art. 29 Abs. 2 Gesetz über den Straf- und Massnahmenvollzug (SMVG) vom 25. Juni 2003, BSG 341.1. Dass sich aus dieser Bestimmung eine Verpflichtung ergibt, die Anstaltsleitung über den Gesundheitszustand zu informieren, erscheint u.E. keinesfalls zwingend. So aber *Sprumont/Schaffter/Hostettler/Richter/Perrenoud* S. 70. Ebenso zu wenig klar formuliert erscheint Ziff. 14.6 der Hausordnung Thorberg (2006): „Der Gesundheitsdienst orientiert die Direktion unter Wahrung der Bestimmungen über den Datenschutz über medizinische Probleme, die betrieblich relevant sind, sowie über allfällige zu treffende Vorkehrungen.“ *Jendly*, S. 250.

¹⁴⁸ Siehe etwa *Brigitte Tag*, Das Arztgeheimnis im Strafvollzug, in *Hillenkamp/Tag*, S. 89ff m.w.H.

¹⁴⁹ § 182 Abs. 2 Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe und der freiheitsentziehenden Massregeln der Besserung und Sicherung (Strafvollzugsgesetz, StVollzG) vom 16. März 1976: „(...) Der Arzt ist zur Offenbarung ihm im Rahmen der allgemeinen Gesundheitsfürsorge bekanntgewordener Geheimnisse befugt, soweit dies für die Aufgabenerfüllung der Vollzugsbehörde unerlässlich oder zur Abwehr von erheblichen Gefahren für Leib oder Leben des Gefangenen oder Dritter erforderlich ist. Sonstige Offenbarungsbefugnisse bleiben unberührt“.

¹⁵¹ So wird in keinem der uns vorliegenden Normtexte des Strafvollzugs die Geltung des Arztgeheimnisses im Haftkontext relativiert.

kennt sich in aller Regel zu einer strikteren und grundrechtskonformeren Geltung dieses Berufsgeheimnisses im Haftkontext.¹⁵²

Unseres Erachtens muss auch im Haftkontext von einer vollen Geltung des Arztgeheimnisses ausgegangen werden. Dies bedingt indessen, dass der gefängnisinterne Gesundheitsdienst entsprechend ausgebaut ist. Wird etwa – wie oft in kleineren aber auch grösseren Haftanstalten der Fall – mangels eines permanent oder zumindest regelmässig besetzten Gesundheitsdienstes das Betreuungs- und Wachpersonal mit der Verteilung der Medikamente betraut, erweist sich eine Berufung auf dieses Prinzip als weitgehend illusorisch. Mit dieser Schlussfolgerung soll nicht postuliert werden, es dürften überhaupt keine gesundheitsrelevanten Informationen weitergegeben werden. So ist etwa das Wach- und Betreuungspersonal über Schutzmassnahmen gegen ansteckende Krankheiten einer Insassin oder über besondere Überwachungspflichten im Fall eines suizidgefährdeten Insassen zu informieren. Ebenfalls muss es möglich sein, die Nachtwache etwa über die konkret zu unternehmenden Schritte im Fall einer voraussehbaren medizinischen Notlage zu instruieren. Zu all diesen Zwecken erweist es sich aber als unnötig, über die konkrete Diagnose oder Therapie zu orientieren.

7.2. Zulässigkeit der Übersetzung durch Mitinsassen oder Anstaltspersonal?

Unseres Erachtens erscheint ein Beizug von Mitinhaftierten zur Übersetzung im Medizinalbereich einzig im Bereich von Routineuntersuchungen oder –eingriffen und mit ausdrücklicher Ermächtigung durch den Patienten oder die Patientin als zulässig. Auch in diesen Konstellationen hat sich die Ärztin oder der Arzt – etwa durch entsprechende Nachfragen – zu vergewissern, dass er oder sie tatsächlich richtig verstanden worden ist und der Patient bzw. die Patientin den Inhalt der Aufklärung begriffen hat. Dass diese Verpflichtung ohne Möglichkeit einer Überprüfung der Übersetzungsqualitäten schwierig zu erfüllen ist, erscheint offenkundig. Trotzdem scheint – wie unsere Interviews illustrierten – der Beizug von Mitinhaftierten zur Ermöglichung der Kommunikation mit Patientinnen oder Patienten ohne Amtssprachenkenntnisse alltäglich zu sein.

Ein Beizug von Inhaftierten ohne oder gar entgegen dem ausdrücklichen Wunsch eines Patienten, erscheint rechtlich äusserst fragwürdig. Neben dem auch hier bestehenden Problem der fehlenden Überprüfbarkeit des Vorliegens eines informed consent wiegt die fehlende Schweigepflicht des Übersetzenden insbesondere im Gefängniskontext äusserst gravierend.

¹⁵² Siehe etwa *Jendly*, S. 250f; *Karl Bolli*, Der Stellenwert des Arztgeheimnisses im Strafvollzug, in *Queloz/Riklin/Senn/de Sinner*, insb. S. 100ff; *Bruno Gravier*, L'Independence professionnelle du personnel de santé travaillant en milieu pénitentiaire, in *Queloz/Riklin/Senn/de Sinner*, S. 154ff; *Bernice S. Elger*, Gesundheitsfürsorge für Strafgefangene im Kanton Genf, in *Tag/Hillenkamp*, S. 65f; ähnlich *Brigitte Tag*, Intramurale Medizin in der Schweiz – Überblick über den rechtlichen Rahmen, in *Tag/Hillenkamp*, S. 18ff. Vgl. dazu schliesslich *Sprumont/Schaffter/Hostettler/Richter/Perrenoud*, S. 31.

7.3. Verpflichtung zum Beizug von Übersetzern

Vor diesem Hintergrund erstaunt es wenig, dass das Europäische Folterpräventionskomitee basierend auf seiner Erfahrungen bei Besuchen von Haftanstalten in den Europaratsstaaten in einem neuen Bericht Folgendes fordert:

„Whenever members of the medical and/or nursing staff are unable to make a proper diagnostic evaluation because of language problems, they should be able to benefit without delay from the services of a qualified interpreter“¹⁵³.

Verfügt mit anderen Worten das Personal des gefängnismedizinischen Dienstes nicht über die erforderlichen Sprachkenntnisse, sprechen sowohl das Erfordernis des informed consent wie das Arztgeheimnis auch im Haftkontext deutlich für den Beizug qualifizierter Dolmetscherinnen oder Dolmetscher. Was schliesslich die erforderliche Qualität der Übersetzung betrifft kann im vollen Umfang auf das oben Erwähnte verwiesen werden.¹⁵⁴

8. Das Legalitätsprinzip im Strafvollzugsrecht und das Erfordernis einer expliziten Verankerung von Übersetzungsrechten- und -verpflichtungen in Strafvollzugserlassen

Die vorstehende Darstellung hat illustriert, das sich sowohl aus dem Äquivalenzprinzip sowie auch unter Berücksichtigung strafvollzugsspezifischer Regelungen aus dem Fürsorgeprinzip, dem Erfordernis des informed consent und dem Arztgeheimnis ein Verpflichtung zur Ermöglichung einer funktionierenden Kommunikation im Gesundheitsbereich auch im Haftbereich herleiten lässt. Besteht angesichts dieser klaren Rechtslage damit ein Normierungsbedarf in diesem Bereich?

Basierend auf folgenden Erwägungen des Bundesgerichts ist diese Frage infolge der Besonderheiten des Haftvollzugsrechts zu bejahen:

„Im vorliegenden Zusammenhang ist nach den gemachten Ausführungen von Bedeutung, dass ein Gefängnisreglement (...) die Rechtsstellung des Häftlings namentlich gegenüber den Gefängnisbehörden klarzustellen hat. Für die entsprechenden Amtsstellen soll damit eine Regelung geschaffen werden, die ihnen vor allem in praktischen Fragen des täglichen Gefängnislebens eine angemessene Lösung aufzeigt und sie zu einem modernen Grundsätzen genügenden Haftvollzug anweist. Das Reglement wendet sich in erster Linie (...) an juristisch nicht besonders ausgebildetes Personal. Diese Beamten sind darauf angewiesen, dass sie sich für die üblichen Fälle rasch und zuverlässig am Wortlaut der einzelnen Bestimmungen orientieren können, ohne interpretatorische Überlegungen anstellen zu müssen. (...) Ein Gefängnisreglement (...) muss aus diesen Gründen durch eine ausreichende Regelungsdichte und eine klare Fassung selber eine erhöhte Gewähr für die Vermeidung verfassungswidriger Anordnungen bieten“¹⁵⁵.

¹⁵³ Europäisches Komitee zur Prävention von Folter, 19th General Report, (1 August 2008-31 July 2009), CPT/Inf (2009) 27, S. 42, Ziff. 92.

¹⁵⁴ Siehe oben III.2.1.

¹⁵⁵ BGE 106 Ia 138f. Ähnlich BGE 123 I 221.

Die Notwendigkeit einer expliziten Verankerung des Fürsorgeprinzips, der Geltung des informed consent, des Arztgeheimnisses und der Verpflichtung, Übersetzungsdienstleistungen im Gesundheitsbereich anzubieten, in Strafvollzugserlassen erscheint damit erstellt. Da indes sowohl Gefängnismitarbeitende und Anstaltsärzte mit solchen Gesetzen oder Rechtsverordnungen kaum in Kontakt kommen, ist überdies zu fordern, dass diese Rechtsgrundsätze auch in den Hausordnungen Niederschlag finden. An dieser Stelle ist ausserdem explizit festzulegen, wer unter welchen Bedingungen für Übersetzungsdienstleistungen im Gesundheitsbereich beigezogen werden darf.

V. Exkurs: Verpflichtung zur Prävention von Infektionskrankheiten in Haftsituationen gegenüber fremdsprachigen Inhaftierten

1. Rekapitulation: Das Fürsorgeprinzip

Wie vorne ausführlich dargestellt¹⁵⁶ ist der Staat für die Gesundheit aller Inhaftierten in vollem Umfang verantwortlich. Damit untersteht er auch einer Verpflichtung, Massnahmen zur Verhinderung einer Ansteckung mit Infektionskrankheiten zu treffen. Nachfolgend soll – stets unter dem Blickwinkel von allfällig bestehenden Kommunikationsschwierigkeiten – kursorisch dargestellt werden, welche Zeitpunkte sich anbieten, präventiv und therapeutisch diese Zielsetzung zu erreichen. Dabei beschränkt sich die Darstellung auf die Frage des *Zeitpunktes der Präventionsmassnahmen*. Für Inhalt und Umfang der Präventionsmassnahmen kann auf ein Gutachten zuhanden des Bundesamtes für Gesundheit aus dem Jahre 2006 verwiesen werden, welches diese Fragen detailliert klärt.¹⁵⁷

2. Zeitpunkt für Präventionsmassnahmen

2.1. Bei Haftantritt

Aus naheliegenden Gründen erweisen sich Präventionsprogramme gegen die Übertragung von Infektionskrankheiten im Zeitpunkt des Haftantrittes als am effizientesten. Basierend auf dieser Überlegung verlangen daher etwa die Europäischen Strafvollzugsgrundsätze, alle Neueintretenden sollten sich „as soon as possible“ einer medizinischen Eintrittsuntersuchung und -befragung unterziehen.¹⁵⁸ Bestätigt wird diese Sichtweise durch die Standards des Europäischen Folterpräventionskomitees:

„Jeder neu angekommene Gefangene sollte so bald wie möglich nach seiner Ankunft durch einen Arzt ordnungsgemäss befragt und körperlich untersucht werden; wenn keine außergewöhnli-

¹⁵⁶ Siehe oben IV.2.

¹⁵⁷ *Achermann/Künzli*, Gesundheit und Haft, insbesondere S. 17ff.

¹⁵⁸ Strafvollzugsgrundsätze (Anm. 67), Ziff. 16a.

chen Umständen vorliegen, sollte die Befragung/Untersuchung am Tag der Ankunft durchgeführt werden, insbesondere, soweit Untersuchungshaftanstalten betroffen sind.“¹⁵⁹

Diesen Standard, d.h. eine Untersuchung, die durch einen Arzt oder eine Ärztin innert 24 Stunden nach Eintritt durchgeführt wird, forderte dieses Organ auch gegenüber der Schweiz ein:

„Le CPT a déjà souligné à maintes reprises l'importance que revêt le contrôle médical des détenus nouvellement arrivés. Un tel contrôle est indispensable, notamment pour prévenir la propagation de maladies transmissibles et les suicides, et pour consigner à temps les éventuelles lésions. Le médecin (ou un infirmier diplômé qui ferait rapport au médecin) devrait avoir un entretien approfondi avec chaque détenu et l'examiner aussi rapidement que possible après son admission. Sauf circonstances exceptionnelles, cet entretien/examen devrait se dérouler le jour de l'admission, surtout en ce qui concerne les établissements qui constituent des points d'entrée dans le système pénitentiaire. De plus, une note ou une brochure d'information, portant sur l'existence et le fonctionnement du service de santé et rappelant les mesures d'hygiène essentielles, devrait être remise à tout nouvel arrivant“¹⁶⁰.

Konkret beanstandete das Europäische Folterpräventionskomitee im Jahr 2008, dass in verschiedenen schweizerischen Haftanstalten und insbesondere in Untersuchungsgefängnissen keine medizinischen Eintrittsuntersuchungen durchgeführt werden oder diese verspätet stattfinden.¹⁶¹ Zudem wurde der Bundesrat angehalten, diesen Massstab auch auf Ausschaffungsgefängnisse anzuwenden.¹⁶² Der Bundesrat lehnte diese Aufforderung ab. Solche allgemeine Untersuchungen seien unverhältnismässig und zu kostenintensiv.¹⁶³

Die Umsetzung dieser Vorgabe in kantonalen Strafvollzugserlassen präsentiert sich uneinheitlich: Zwar finden sich zahlreiche Bestimmungen zur medizinischen Eintrittsuntersuchung. Der vom Europäischen Folterpräventionskomitee definierte Standard wird dabei gemäss den uns vorliegenden Normtexten nirgends eingehalten: Viele Erlasse beschränken sich auf die Statuie-

¹⁵⁹ CPT-Standards (Anm. 77) S. 32.

¹⁶⁰ Bericht CPT (Anm. 102), Ziff. 173.

¹⁶¹ Bericht CPT (Anm. 102), Ziff. 174 (Strafanstalten) und 242 (Jugendheime). Innert der geforderten 24 Stunden scheinen diese Untersuchungen aber in den Haftanstalten Champs-Dollon und Pöschwies stattzufinden.

¹⁶² Bericht CPT (Anm. 102), Ziff. 83: „En particulier, [le CPT] convient: de faire en sorte que tous les étrangers nouveaux arrivants fassent l'objet d'un examen médical en bonne et due forme, dans les 24 heures de leur admission, par un médecin ou par un(e) infirmier(ère) qualifié(e) faisant rapport au médecin“.

¹⁶³ Antwort des schweizerischen Bundesrates auf den Bericht des CPT, vom 26. September 2008, S. 29: „Die Schweizer Behörden sprechen sich dagegen aus, dass beim Eintritt von inhaftierten Personen in eine Einrichtung für Administrativhaft systematisch eine medizinische Untersuchung durchgeführt wird. In der derzeitigen Praxis gab es noch nie Probleme, wenn eine inhaftierte Person um eine medizinische Untersuchung ersuchte oder wenn die Behörden feststellten, dass eine medizinische Untersuchung erforderlich war. Würde in Bezug auf die medizinischen Untersuchungen ein Automatismus eingeführt, hätte dies zusätzliche Kosten zur Folge, die im Vergleich mit dem angestrebten Zweck unverhältnismässig hoch wären.“

rung einer Verpflichtung Neueintretender, sich medizinisch untersuchen zu lassen¹⁶⁴ resp. Krankheiten anzugeben¹⁶⁵ oder erklären ohne Fristangabe lapidar, der Gesundheitszustand einer verurteilten Person werde durch medizinisches Fachpersonal abgeklärt¹⁶⁶, wobei je nach Notwendigkeit ein Arzt beigezogen werde¹⁶⁷ oder es finde eine medizinische Befragung (bei entsprechender Notwendigkeit) statt.¹⁶⁸ Gewisse Hausordnungen schweigen zu dieser Frage vollständig¹⁶⁹. Auch die Fristen, innert welcher die medizinische Befragung und Untersuchung durchzuführen ist, variieren von Kanton zu Kanton beträchtlich: Häufig findet sich die Regelung, wonach Untersuchung und Befragung anlässlich der wöchentlichen Arztvisite stattfinden¹⁷⁰, während etwa im Kanton Zürich diese Abklärungen innert 2 Wochen nach Eintritt in eine Haftanstalt stattfinden sollen¹⁷¹. Andere Kantone wiederum führen eine Befragung durch den Gesundheitsdienst innert 48 Stunden und eine medizinische Eintrittsuntersuchung während der wöchentlichen Arztvisite durch¹⁷². Strikter dagegen sind die Regelungen im Kanton Wallis, wo jede inhaftierte Person innert Wochenfrist und auf Begehren hin innert eines Tages nach Eintritt von einem Arzt oder einer Ärztin untersucht wird¹⁷³, und in der Haftanstalt Wauwilermoos, wo eine ebenfalls von Ärzten durchgeführte Eintrittskontrolle in den „ersten Tagen“ stattfindet.¹⁷⁴

Diese Übersicht belegt, dass in diesem für die Prävention von Infektionskrankheiten zentralen Bereich ein erheblicher Harmonisierungs- und Normierungsbedarf besteht. Dies hat auch der Bundesrat im Jahre 1998 in seiner Botschaft zu einer Änderung des Strafgesetzbuches¹⁷⁵ aner-

¹⁶⁴ Siehe etwa Art. 20 Gesetz über den Straf- und Massnahmenvollzug (SMVG) vom 25. Juni 2003, BSG 341.1; § 1 Verordnung über das Untersuchungsgefängnis Basel vom 14. Nov. 2000 und Verordnung über das Ausschaffungsgefängnis Basel vom 14. Nov. 2000.

¹⁶⁵ Z.B. Ziff. 8.3. Hausordnung Grosshof Luzern vom 1. April 2008.

¹⁶⁶ Z.B. Zürich: § 96 Abs. 1 Justizvollzugsverordnung (JVV) vom 6. Dezember 2006, LS 331.1; Schaffhausen: § 30 Hausordnung für das Gefängnis Schaffhausen vom 16. Nov. 2007, SHR 341.202; Thurgau: § 57 Verordnung des Regierungsrates über den Justizvollzug (Justizvollzugsverordnung) vom 12. Dezember 2006, RB 340.31: „Der Gesundheitszustand der verurteilten Personen wird, sofern gewünscht oder angeordnet, durch medizinisches Fachpersonal abgeklärt“.

¹⁶⁷ § 2 Hausordnung für das Gefängnis Schaffhausen vom 16. Nov. 2007; SHR 341.202.

¹⁶⁸ Z.B. Art. 80 Verordnung über den Justizvollzug im Kanton Graubünden (Justizvollzugsverordnung) vom 12. Dez. 2006, BR 350.460.

¹⁶⁹ So z.B. Hausordnung der Gefängnisse des Kantons Bern (2006).

¹⁷⁰ Etwa Schaffhausen: § 50 Justizvollzugsverordnung (JVV) vom 19. Dezember 2006, SHR 341.101; Art. 12 und 36 Hausordnung JVA Sennhof (2009); ähnlich Art. 5 Abs. 3 Hausordnung Saxerriet (2007).

¹⁷¹ § 54 Abs. 2 Hausordnung für die Gefängnisse des Kantons Zürich (2009); § 33 Hausordnung Vollzugszentrum Urdorf (2009); § 48 Hausordnung Pöschwies; § 52 Hausordnung Abteilung Ausschaffungshaft des Flughafengefängnisses (2009).

¹⁷² Z.B. Ziff. 2.4 und 7.1 Hausordnung Gmünden Normalvollzug (2008).

¹⁷³ Art. 43 VS: Reglement über die Strafanstalten des Kantons Wallis vom 10. Dez. 1993, RS 340.200.

¹⁷⁴ Ziff. 3.10 und 13.4 Hausordnung Wauwilermoos vom 17. Dez. 2007. Als Besonderheit ist in diesem Zusammenhang auf § 45 Abs. 2 der solothurnischen Vollzugsverordnung zum Gesetz über den Vollzug von Freiheitsstrafen, Ersatzfreiheitsstrafen, gemeinnütziger Arbeit, therapeutischen Massnahmen und Verwahrung (Strafvollzugsverordnung) vom 5. November 1991, BGS 331.12 hinzuweisen: „Nach Möglichkeit vermittelt die Polizei [anlässlich der Einlieferung] auch Hinweise über (...) Krankheiten und Medikamentenabgabe“.

¹⁷⁵ Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. September 1998, BBl 1999 2181.

kannt, indem er festhielt, dass im Bereich des Vollzuges von Strafen und Massnahmen an kranken Personen ein *erheblicher Regelungsbedarf* bestehe. Zu denken sei dabei 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. Im Weiteren muss gewährleistet sein, dass eine bestehende medizinische Betreuung oder Behandlung bei Drogenabhängigen auch nach einer Verhaftung aufrechterhalten wird“.

2.2. Bei Verlegung in eine neue Hafteinrichtung

Angesichts des regen Transfers von Inhaftierten zwischen verschiedenen Haftanstalten verlangen das Ministerkomitee des Europarats und das Europäische Komitee zur Verhütung der Folter, dass bei einer Verlegung in eine andere Haftanstalt „die kompletten ärztlichen Unterlagen an die neue Hafteinrichtung übergeben werden“.¹⁷⁶ Das schweizerische Strafvollzugsrecht kennt dazu, soweit von uns gesichtet, keine Normierungen. Die von uns mit Verantwortlichen für die Gefängnismedizin geführten Interviews zeigten indes, dass im Fall eines Transfers in eine andere Haftanstalt nur selten ein vollständiges medizinisches Dossier mitgeliefert wird.

2.3. Bei Haftende

Angesichts der erhöhten Prävalenz von Infektionskrankheiten in Hafteinrichtungen wäre zum Schutz der Allgemeinheit auch eine Austrittsuntersuchung angezeigt.¹⁷⁷ Medizinische Austrittsuntersuchungen scheinen aber gemäss unseren Interviews nur sporadisch und meist nur auf ausdrückliches Begehren durchgeführt zu werden.¹⁷⁸

VI. Die rechtliche Stellung des medizinischen Personals, insbesondere des Gefängnisarztes im Freiheitsentzug

1. Fragestellung

In Hinblick auf die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten im Freiheitsentzug stellt sich die Frage nach der rechtlichen Stellung des medizinischen Personals, insbesondere des Anstaltsarztes bzw. der Anstaltsärztin, da diese u.U. die Konsequenzen – in verwaltungs-, straf-, zivil- und stan-

¹⁷⁶ Ministerkomitee des Europarats, Empfehlung R(98)7, Ziff. 18; CPT-Standards (Anm. 77), S. 33: „Für jeden Patienten sollte eine eigene Krankenakte angelegt werden, die sowohl Informationen über die Diagnose als auch einen fortlaufenden Bericht über die Entwicklung und etwaige besondere Untersuchungen des Patienten enthält. Im Falle einer Verlegung sollte die Krankenakte an die Ärzte der übernehmenden Einrichtung weitergeleitet werden.“

¹⁷⁷ Zudem läge eine solche auch im Interesse des verantwortlichen Kantons, könnte damit doch späteren Schadenersatzforderungen wegen mangelnder Gesundheitsversorgung oder Anschuldigungen wegen körperlichen Misshandlungen entgegengetreten werden.

¹⁷⁸ Siehe aber immerhin Art. 36 Hausordnung JVA Sennhof (GR) (2009); Art. 42 Hausordnung Saxerriet (2007); Ziff. 13.14 Hausordnung Wauwilermoos (2007); Art. 52 Hausordnung JVA Realta (2008).

desrechtlicher Hinsicht – mangelnder Aufklärung¹⁷⁹ infolge ungenügender Kommunikation mit Fremdsprachigen zu tragen haben. So stellt sich etwa die Frage, ob das Handeln des Arztes privat oder staatlich ist und ob damit die Tätigkeit des Gefängnisarztes dem privaten oder dem öffentlichen Recht untersteht. Zu untersuchen ist im Folgenden, wie die rechtliche Stellung im kantonalen Strafvollzugsrecht geregelt ist, inwiefern die Lösungen adäquat und rechtlich zulässig sind und schliesslich, inwiefern sie nationalen und internationalen Standards entsprechen.

2. Das Dilemma der Medizin im Freiheitsentzug

Die medizinische Behandlung und Pflege im Freiheitsentzug durch Gefängnisärzte und –ärztinnen und durch weiteres Gesundheitsfachpersonal steht in einem systembedingten Spannungsfeld¹⁸⁰: Einerseits sind die Fachpersonen in vollem Umfang für die Gesundheit der Inhaftierten verantwortlich, andererseits bestehen aufgrund der spezifischen Haftumstände und wegen den Anforderungen des Anstaltslebens (insbesondere Sicherheitserwägungen) gewisse Zwänge, welche gegebenenfalls zu Einschränkungen der Gesundheitsversorgung führen können. Umso wichtiger ist aufgrund dieses Dilemmas¹⁸¹ eine *möglichst weit gehende Unabhängigkeit* der Gesundheitspersonen von der Anstaltsleitung bzw. von den Strafvollzugsbehörden.

3. Nationale und internationale Empfehlungen

Aufgrund dieses besonderen Spannungsfeldes existieren verschiedene Empfehlungen internationaler und nationaler Organe zu allgemeinen Fragen der ärztlichen Tätigkeit bei inhaftierten Personen und insbesondere zu Fragen der ärztlichen Unabhängigkeit, denen auch mangels einer gesamtschweizerischen Rechtsgrundlage besondere Bedeutung zukommt. Hinzweisen ist namentlich¹⁸² auf die Empfehlungen des Europarates, des Europäischen Ausschusses zur Verhütung der Folter (CPT) und der Schweizerischen Akademie der medizinischen Wissenschaften (SAMW).

- Die Europäischen Strafvollzugsgrundsätze¹⁸³ enthalten ein eigenes Kapitel (Teil III), das sich mit Gesundheitsfragen in Haft befasst. U.a. empfehlen diese Regeln in organisatorischer Hinsicht, dass
 - die Gesundheitsdienste in Haft in einem engem Bezug zur allgemeinen Gesundheitsverwaltung organisiert werden (40.1)¹⁸⁴;

¹⁷⁹ Siehe oben III.2. mit Hinweisen auf die Folgen mangelnder Aufklärung.

¹⁸⁰ Vgl. auch *Gravier*, S. 976ff, insbesondere S. 976: „[Der Gefängnisarzt] befindet sich (...) in einer Doppelrolle, die ihn vor oft nicht lösbare Gegensätze stellt: einerseits die seinem Patienten geschuldete Loyalität der optimalen Behandlung und andererseits die Loyalität gegenüber der Gefängnisadministration, deren auferlegte, einschränkende Sicherheitsvorkehrungen ebendiese Behandlungspraxis bestimmen“.

¹⁸¹ Vgl. hierzu ausführlich *Jörg Pont*, *Ethische Grundlagen*, in *Kepler/Stöver*, S. 21ff.

¹⁸² Vgl. die Hinweise bei *Pont* (a.a.O., Anm. 181), S. 22ff, auf weitere Empfehlungen und Standards.

¹⁸³ Siehe Anm. 67.

- und dass jede Anstalt über mindestens eine qualifizierte medizinische Fachperson verfügt (41.1), dass Vorkehrungen getroffen werden, damit in Notfällen immer eine solche Person verfügbar ist (41.2) und dass in Fällen, wo eine Haftanstalt über keine vollzeitliche medizinische Fachperson verfügt, eine teilzeitlich tätige Person die Anstalt regelmässig besucht (41.3).

Gemäss den Grundsätzen hat das medizinische Fachpersonal nicht nur direkt gegenüber den Patientinnen und Patienten Pflichten, sondern auch in Bezug auf *Inspektionen* und *Informationsbeschaffung* und auf *Informierung und Beratung der Anstaltsleitung*, so in Fällen von gesundheitsgefährdenden Haftformen (43.3) oder in Bezug auf Nahrung und Getränke, Hygiene, sanitärische Anlagen, Heizung, Licht etc. (44). Insofern kommt dem Gefängnisarzt bzw. einer Person in vergleichbarer Stellung eine *Monitoringfunktion* zu, die eine gewisse Unabhängigkeit voraussetzt. Falls die Anstaltsleitung in Bezug auf die Empfehlungen des Arztes keine Kompetenzen hat oder nicht mit diesen einverstanden ist, hat diese die Ratschläge einer höheren Instanz zu unterbreiten (45).

- Die Empfehlung R(98) 7 des Ministerkomitees des Europarates betreffend „Ethische und organisatorische Aspekte der gesundheitlichen Versorgung in Vollzugsanstalten“¹⁸⁵
 - verlangt u.a., dass zur Erfüllung der gesundheitlichen Bedürfnisse der Gefangenen in den grossen Vollzugseinrichtungen hauptamtliche Ärzte und qualifizierte Krankenpflegekräfte zur Verfügung stehen sollen, im weiteren nach Bedarf Notfallbehandlungen (Ziff. 2-4).
 - Im Weiteren soll die Vollzugsverwaltung Vorkehrungen treffen, um Kontakte und eine Zusammenarbeit mit örtlichen öffentlichen und privaten Gesundheitseinrichtungen sicherzustellen; für bestimmte drogen-, alkohol- und medikamentenabhängige Gefangene sollen u.U. externe Fachkräfte beigezogen werden (Ziff. 7). Bei weiblichen Gefangenen verlangen die Empfehlungen besondere Dienste (Ziff. 8).
 - Die Empfehlungen sehen damit ein Modell (mindestens in grösseren Einrichtungen) mit Anstaltsärzten und extern beigezogenen Fachärzten vor. Über die rechtliche Stellung, insbesondere die Unterstellung der Ärzte, schweigen sie sich aber

¹⁸⁴ Vgl. auch den Kommentar zu den Strafvollzugsgrundsätzen, a.a.O., zu Ziffer 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“; vgl. dazu auch *Andrew Coyle*, Revision of the European Prison Rules, a contextual report, in Council of Europe, European Prison Rules, Strasbourg 2006, S. 121, wonach Frankreich und England dieses Prinzip bereits vor längerer Zeit eingeführt haben, nämlich 1994 resp. 1998.

¹⁸⁵ Vom 8. April 1998, mit Anhang.

aus. Gemäss Teil D („Fachliche Unabhängigkeit“), Ziffer 19, sollen in Vollzugsanstalten beschäftigte Ärzte „dem einzelnen Gefangenen dasselbe Mass an gesundheitlicher Versorgung angedeihen lassen wie es Patienten ausserhalb der Anstalt erhalten“; die gesundheitlichen Bedürfnisse der Patienten sollen dabei immer an erster Stelle stehen. Im Weiteren sollen klinische Entscheidungen und andere Beurteilungen in Bezug auf die Gesundheit inhaftierter Personen nur durch medizinische Kriterien bestimmt werden und die in der Gesundheitsfürsorge tätigen Menschen sollen „im Rahmen ihrer Qualifikationen und Zuständigkeiten *völlig unabhängig handeln*“ können (Ziff. 20). Die Qualität der ärztlichen Dienste und des Krankenpflegedienstes soll schliesslich „durch eine sachkundige Gesundheitsbehörde beurteilt werden“ (Ziff. 21).

- Ein eigenes Kapitel der Empfehlung widmet sich der besonderen Rolle des Anstaltsarztes und des übrigen Gesundheitsfachpersonals in Haft (Kapitel II). Wie die oben erwähnten Strafvollzugsgrundsätze sieht es vor, dass der Anstaltsarzt neben der Versorgung der Inhaftierten insbesondere auch die Anstaltsleitung zu beraten hat in Bezug auf Ernährung, Umgebung, Hygiene und sanitäre Einrichtungen (Ziff. 21 und 22).
- Ziffer 12 der Empfehlung betont die „Rolle des für das Gesundheitswesen zuständigen Ministeriums im Bereich der Beurteilung der Qualität der Hygiene, der gesundheitlichen Versorgung und der Organisation der Gesundheitsdienste in Vollzugsanstalten in Übereinstimmung mit den innerstaatlichen Rechtsvorschriften“, die *gestärkt* werden sollte. Dabei sollten „die Aufgaben und Befugnisse des für das Gesundheitswesen zuständigen Ministeriums klar getrennt werden von denen anderer zuständiger Ministerien“; bei der Durchführung einer einheitlichen Gesundheitspolitik in Vollzugsanstalten sollten sie aber zusammenarbeiten.
- Das Europäische Komitee zur Verhütung von Folter (CPT) hat in ihren Standards¹⁸⁶, die sie ihren Jahresberichten entnommen hat, verschiedene Empfehlungen im Bereich der Gesundheitsdienste an die Mitgliedstaaten gerichtet. Für unseren Zusammenhang von besonderer Bedeutung sind die Empfehlungen bezüglich *beruflicher Unabhängigkeit* (Ziff. 71ff). Die Standards verweisen zum einen auf das grundsätzliche Dilemma der Gefängnismedizin, indem sie ausführen, das Gesundheitspersonal in jedem Gefängnis sei „potentiell gefährdet“: Ihre Pflicht, für die Patienten zu sorgen, könne „häufig in einen Konflikt mit Erwägungen der Verwaltung und Sicherheit des Gefängnisses treten. Dies kann zu schwierigen ethischen Fragen und Entscheidungen führen“. Um die *Unabhängigkeit zu wahren* erachtet es das CPT als wichtig, dass derartiges Personal „so eng wie möglich an die Hauptströmung der Gesundheitsversorgung in der allgemeinen Gesell-

¹⁸⁶

Für die deutschsprachige Fassung aus dem Jahr 2006: CPT/Inf/E (2002) 1 Rev. 2006 Deutsch.

schaft angeschlossen sein sollte“ (Ziff. 71). In welcher formellen Stellung der Gefängnisarzt seine Tätigkeit auch immer ausübe, seine klinischen Entscheidungen sollten einzig durch medizinische Kriterien bestimmt werden. Im Weiteren hält das CPT fest, dass die „Qualität und Wirksamkeit der ärztlichen Tätigkeit“ durch eine „qualifizierte ärztliche Stelle beurteilt werden“ sollte. Die Ressourcen sollten durch eine solche Stelle verwaltet werden, nicht durch Sicherheits- oder Administrativorgane (Ziff. 72). Schliesslich verweisen die CPT-Standards auf die Tatsache, dass weder der Gefängnisarzt seine Patienten noch der Gefangene seinen Arzt aussuchen kann. Daher würden die beruflichen Verpflichtungen des Arztes auch bestehen bleiben, wenn der Patient die ärztlichen Massregeln nicht einhalte oder zu Drohungen oder Gewalt greife (Ziff. 74).

- Noch expliziter fordern die medizinisch-ethischen Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW)¹⁸⁷ *die ärztliche Unabhängigkeit*. Ziff. 12.1. der Richtlinien führt aus, *unabhängig von den Anstellungsverhältnissen* (Beamten- oder Angestelltenstatus oder Privatvertrag) müsse sich der Arzt gegenüber den polizeilichen oder den Strafvollzugsbehörden stets auf volle Unabhängigkeit berufen können. Um die Unabhängigkeit der Ärzte zu wahren, muss gemäss SAMW-Richtlinien „jegliche hierarchische Abhängigkeit oder sogar direkte vertragliche Beziehung“ zwischen den Ärzten und der Leitung der Anstalt vermieden werden (Ziff. 12.2.). In Zukunft müsse auch im Bereich der Ausbildung dafür gesorgt werden, dass jede in einem medizinischen Beruf tätige Person, die regelmässig mit inhaftierten Patienten arbeite, über eine entsprechende Ausbildung verfüge (Ziff. 13).

Zusammengefasst lässt sich den verschiedenen Empfehlungen entnehmen, dass das Gesundheitsfachpersonal und insbesondere die Gefängnisärzte bzw. -ärztinnen über eine möglichst weitgehende Unabhängigkeit von der Anstaltsleitung verfügen sollen, da sie in erster Linie den inhaftierten Patientinnen und Patienten verpflichtet sind und darüber hinaus auch gewisse Monitoring- und Beratungsaufgaben gegenüber der Anstaltsleitung zu erfüllen haben. Verschiedene Empfehlungen legen grosses Gewicht auf die Überprüfbarkeit der ärztlichen Tätigkeit durch ein geeignetes medizinisches Fachorgan oder eine sachkundige Gesundheitsbehörde. Insbesondere sollen die allgemeinen Gesundheitsbehörden eine verstärkte Rolle bei der Beurteilung der gesundheitlichen Versorgung in Haft erhalten. Auch das Gesundheitsfachpersonal sollte soweit wie möglich an die allgemeine Gesundheitsversorgung angeschlossen sein.

In der Literatur wird unter Berücksichtigung der verschiedenen Empfehlungen und Standards die Unabhängigkeit vom Vollzug stark betont: So hält etwa PONT¹⁸⁸ fest, den Grundsätzen könne am Besten dann nachgekommen werden, wenn Gefängnisärzte und Pflegepersonen in keinerlei Abhängigkeitsverhältnis zum Strafvollzug oder zu der für den Strafvollzug zuständigen Behörde

¹⁸⁷ Siehe Anm. 79.

¹⁸⁸ Jörg Pont (Anm. 181), S. 24 und 27.

stunden, sondern die gesamte Gesundheitspflege in Gefängnissen „von aussen“, z.B. vom Gesundheitsministerium organisiert und administriert werde. Insbesondere sei für Personen, die im Beamtenverhältnis zur Gefängnisadministration stünden, die berufliche Unabhängigkeit schwierig durchzusetzen.

Mit welcher Rechts- und Organisationsform diese Vorgaben indessen erreicht werden sollen lässt sich den Empfehlungen nicht entnehmen. Auch Privatverträge werden als mögliche Variante erachtet. Haftungsfragen werden nicht angesprochen.

4. Die Stellung der Gefängnisärzteschaft in den Kantonen

Die Rechtslage in den Kantonen (und teilweise innerhalb der Kantone) stellt sich sehr unterschiedlich dar¹⁸⁹: Teilweise arbeiten frei praktizierende Ärztinnen und Ärzte aufgrund von Verträgen mit der Anstaltsleitung als Gefängnisärzte bzw. –ärztinnen. Andere Anstalten werden von Amtsärzten betreut oder verfügen über einen internen Gefängnisarzt.¹⁹⁰

Die kantonale Rechtslage und Praxis lässt sich grob fünf Modellen zuordnen, die im Folgenden dargestellt werden, ohne dass damit ein vollständiger Überblick über alle kantonalen Regelungen beabsichtigt wäre:

4.1. Modell 1: Verträge mit frei praktizierenden Ärztinnen und Ärzten

In verschiedenen Kantonen besorgen frei praktizierende Ärzte bzw. Ärztinnen die medizinische Versorgung gestützt auf einen Vertrag mit der Anstaltsleitung. Dies ist etwa im Kanton Luzern¹⁹¹ oder auch im Kanton Bern¹⁹² der Fall, der aber gleichzeitig – je nach Anstalt – noch andere Modelle kennt.¹⁹³ Welche Rechte und Pflichten zwischen Arzt und Anstaltsleitung sich den Verträgen entnehmen lassen, wie z.B. Haftungs- und Versicherungsfragen geregelt sind, inwiefern

¹⁸⁹ So auch *Sprumont/Schaffter/Hostettler/Richter/Perrenoud* S. 62ff, insbesondere S. 62: „Les très grandes variations entre les cantons, liées aux médecins sont trop vastes à décrire (...).“

¹⁹⁰ Auch in Deutschland stellt sich die Rechtslage ähnlich zersplittert dar, siehe *Johannes Fest*, *Rechtliche Grundlagen*, in: *Kepler/Stöver*, S. 31ff.

¹⁹¹ Verordnung des Kantons Luzern über den Justizvollzug vom 12. Dezember 2006, SRL 327, § 75: „Der Direktor oder die Direktorin der Vollzugseinrichtung wählt für die ärztliche Betreuung der eingewiesenen Personen einen Arzt oder eine Ärztin“.

¹⁹² Verordnung des Kantons Bern über den Straf- und Massnahmenvollzug vom 5. Mai 2004, BSG 341.11, Art. 49: „Zur Gewährleistung der medizinischen Versorgung der Eingewiesenen schliesst die Leitung der Vollzugseinrichtung mit Vertrauensärztinnen und Vertrauensärzten einen Vertrag ab. Diese können weitere Fachärztinnen und Fachärzte beiziehen. Für die Eingewiesenen besteht keine freie Arztwahl“. Vgl. auch die Antwort des Bundesrates auf den CPT-Bericht (Anm. 163), S. 56: „Die Anstalten Thorberg haben mit zwei Ärzten aus der Umgebung einen Vertrag. Die beiden Ärzte decken 20% Stellenprozent ab.“

¹⁹³ Die Verfasser führten ein Gespräch mit einem für ein Regionalgefängnis zuständigen, privat praktizierenden Arzt. Als Probleme erwähnte dieser u.a. eine erhöhte Zahl von Risikopatienten, damit verbunden höhere Haftpflichtprämien und Probleme bei der Abrechnung mit den Krankenkassen, da die Kosten bei inhaftierten Patienten pro Fall durchschnittlich höher liegen würden.

über Krankenkasse und/oder Anstaltsleitung abgerechnet wird usw., entzieht sich mangels Möglichkeit der Einsichtnahme in solche Verträge der Kenntnis der Gutachter.

4.2. Modell 2: Medizinische Betreuung durch Amtsärzte und Amtsärztinnen

Ein zweites Modell sieht die medizinische Betreuung durch die Amtsärzte bzw. Amtsärztinnen¹⁹⁴ vor, so etwa im Kanton St. Gallen, gemäss dessen einschlägiger Verordnung der „Gefängnisarzt (...) der vom Gesundheitsdepartement auf Antrag des Amtes für Justizvollzug bezeichnete Amtsarzt“ ist.¹⁹⁵

Eine ähnliche Regelung kennt auch der Kanton Wallis: Hier wird gemäss Reglement über die Strafanstalten der ärztliche Dienst gemeinsam vom Departement (für Sicherheit) und vom Gesundheitsdepartement organisiert, die auch das Pflichtenheft der Gefängnisärzte erstellen. Der ärztliche Dienst wird „durch einen oder mehrere Gefängnisärzte sichergestellt, welche auf Antrag des Gesundheitsdepartementes vom Staatsrat ernannt und gemäss den staatsrätlichen Richtlinien entlohnt werden“.¹⁹⁶ Das Reglement sieht weiter vor, dass die beiden Departemente Weisungen betreffend den ärztlichen Dienst erlassen, die namentlich die Aufgaben des medizinischen Dienstes regeln sollen, so u.a. in Bezug auf die Überwachung der hygienischen Zustände und der Vorbeugung übertragbarer Krankheiten und auch bezüglich der Einhaltung der allgemeinen Grundsätze „wie die *Unabhängigkeit* des Gefängnisarztes in bezug auf seine Praxis, die ärztliche Schweigepflicht, das Konzept der Gefängnismedizin, dies unter Vorbehalt der notwendigen Sicherheitsmassnahmen“.¹⁹⁷ Die Verordnung bezieht sich dabei offensichtlich auf die Vorgaben gemäss den internationalen Richtlinien in Bezug auf die Stellung des Gesundheitsfachpersonals.

4.3. Modell 3: Interner vollamtlicher Anstaltsarzt

Ein drittes Modell sieht einen internen Anstaltsarzt vor, der vollamtlich in der Vollzugsanstalt tätig ist und – wie z.B. im Falle der Strafanstalt Pöschwies ZH¹⁹⁸ – der Anstaltsleitung unterstellt ist, also Teil der Anstaltsverwaltung bildet. Laut § 10 Abs. 5 der Justizvollzugsverordnung (JVV) des Kantons Zürich sorgt die Strafanstalt Pöschwies u.a. für die ärztliche Versorgung. Der Hausordnung für die Gefängnisse des Kantons Zürich lassen sich indessen für den vollamtlichen ge-

¹⁹⁴ Der Kanton Basel-Stadt sieht in der Untersuchungshaft ergänzend die Möglichkeit vor, dass eine „weitergehende medizinische Untersuchung durch eine Ärztin oder einen Arzt des Gesundheitsdepartements“ erfolgt (§7 der Verordnung über das Untersuchungsgefängnis BS vom 14. Nov. 2000).

¹⁹⁵ Verordnung des Kantons St. Gallen über die Gefängnisse und Vollzugsanstalten vom 13. Juni 2000, sGS 962.14, Art. 35 Abs. 1.

¹⁹⁶ Reglement über die Strafanstalten des Kantons Wallis vom 10. Dez. 1993, RS 340.200, Art. 42 Abs. 1 und 2.

¹⁹⁷ A.a.O., Art. 42 Abs. 4.

¹⁹⁸ Andere Anstalten des Kantons Zürich werden medizinisch durch externe Ärztinnen und Ärzte betreut; in den grösseren Gefängnissen ist ein Gesundheitsdienst eingerichtet, welcher die Ärztinnen und Ärzte unterstützt (Informationen auf www.justizvollzug.zh.ch).

fängnisärztlichen Dienst der Anstalt keine weiteren Einzelheiten entnehmen, so z.B. in Bezug auf Massnahmen zur Sicherung einer gewissen Unabhängigkeit.

4.4. Modell 4: Spezifischer Gefängnisgesundheitsdienst

Einige Kantone kennen einen Gesundheitsdienst, der sich spezifisch um die Anstalten des Freiheitsentzuges kümmert, so die Kantone Waadt¹⁹⁹ und Neuenburg. Für den Kanton Waadt sieht das Gesetz²⁰⁰ ausdrücklich die Unabhängigkeit der verantwortlichen Instanzen im Bereich der medizinischen Behandlung der Inhaftierten vor. Der Kanton hat die gesamten Belange der medizinischen und psychiatrischen Betreuung einem besonderen Dienst übergeben (dem Service de médecine et psychiatrie pénitentiaires, SMPP), der zur öffentlichen Gesundheitsverwaltung und nicht zur Strafvollzugs- oder Justizverwaltung gehört.²⁰¹ Der Dienst zählt auf die Mitarbeit von ca. 60 Gesundheitsfachpersonen (Internisten, Psychiater, Krankenpflegepersonal, Psychologen, Ergotherapeuten) und koordiniert auch die Zusammenarbeit mit den Gesundheitsfachpersonen der Umgebung der Anstalten.

Der Kanton Neuenburg hat kürzlich ein ähnliches Modell eingeführt und dies ausdrücklich damit begründet, den internationalen Empfehlungen genügen zu wollen.²⁰² Mit Beschluss vom 13. Mai 2009²⁰³ hat der Staatsrat – mit Hinweis auf die Europäischen Strafvollzugsgrundsätze, die Empfehlung Nr. (98) 7 des Ministerkomitees des Europarates und die CPT-Standards²⁰⁴ – einen spezifischen Gesundheitsdienst für die Strafvollzugsanstalten geschaffen und diesen gemeinsam dem Kantonsarzt und dem Chef des Strafvollzuges unterstellt. Der Dienst soll die Gesundheitsversorgung in Zusammenarbeit mit dem kantonalen Zentrum für Psychiatrie und dem Neuenburger Spital organisieren; beigezogen werden können auch Privatärzte²⁰⁵ und andere Gesundheitsinstitutionen.²⁰⁶

4.5. Model 5: Betreuung durch Spitäler bzw. Spitalfachärzte

Ebenfalls durch weitgehende Unabhängigkeit zeichnet sich ein fünftes Modell aus, welches die Betreuung von Haftanstalten durch Spitalfachärzte vorsieht, die von einem kantonalen (Universitäts-)Spital zur Verfügung gestellt werden. Im Kanton Genf beispielsweise wird die Gefängnismedizin vom kantonalen Universitätsspital besorgt, seit dem Jahr 2007 ist sie strukturell eines

¹⁹⁹ Vgl. dazu auch *Gravier* (Anm. 152), S. 157.

²⁰⁰ Loi sur l'exécution des condamnations pénales, vom 4. Juli 2006, Art. 10 Abs. 1.

²⁰¹ Vgl. für weitere Einzelheiten www.chuv.ch/psy/smpp.htm.

²⁰² Vgl. den Bericht einer Arbeitsgruppe an die für Justiz und Gesundheit zuständigen Staatsräte vom 17. Dezember 2008, „Dispositif sanitaire des établissements pénitentiaires du canton de Neuchâtel“, S. 24f, mit entsprechenden Vorschlägen.

²⁰³ Arrêté relatif à la santé et aux soins en milieu carcéral.

²⁰⁴ Siehe oben Ziffer 3.

²⁰⁵ Für den Beizug privater Ärzte besteht ein Mustervertrag mit Pflichtenheft.

²⁰⁶ Vgl. Art. 4 des Beschlusses (Anm. 203).

der Zentren des Universitätsspitals.²⁰⁷ Gemäss ELGER²⁰⁸ ist die Besonderheit des Genfer Modells, dass es in Einklang mit den Prinzipien entstanden ist, die vom Europarat und dem CPT proklamiert worden sind. Insbesondere sei hervorzuheben, dass in Genf die Gesundheitsversorgung der Strafgefangenen nicht wie in vielen anderen Kantonen von einzelnen niedergelassenen Ärzten übernommen werde, sondern von einer Allgemeinmedizin und Psychiatrie umfassenden Abteilung. Diese strukturellen Gegebenheiten würden die Unabhängigkeit gegenüber der Gefängnisverwaltung und den Instanzen der Rechtsprechung stärken.

Im Kanton Bern beruht die ärztliche Betreuung des Frauengefängnisses Hindelbank (wie auch der Bewachungsstation am Inselspital) auf einem Vertrag zwischen den Strafvollzugsbehörden und dem Inselspital Bern, welches eine vom Spital angestellte Ärztin für die medizinische Betreuung des Frauengefängnisses zur Verfügung stellt.²⁰⁹ Diese verfügt gegenüber der Anstalt über volle Unabhängigkeit. Sie wird von einem Gesundheitsdienst unterstützt, der in der Anstalt stationär ist und der Anstalt untersteht.

5. Beurteilung

Viele der kantonalen Gesetzgebungen enthalten wenig oder keine Hinweise bezüglich der Rechtsstellung der Gefängnisärzte bzw. –ärztinnen. Sofern sich Regelungen finden, beziehen sich diese auf das Rechtsverhältnis zwischen Anstalt und Arzt und insbesondere die Frage der Organisation der ärztlichen Betreuung, allenfalls der organisatorischen Unterstellung und im weiteren der Pflichten der medizinischen Personen gegenüber den Patienten. U.E. sind die Regelungen, sofern überhaupt vorhanden, oft ungenügend, da sie weder Hinweise auf die rechtliche Einordnung der ärztlichen Tätigkeit noch – mit Ausnahmen – Fragen der Aufsicht über die ärztliche Tätigkeit regeln und schliesslich auch keine Antworten auf die Frage nach der zivilrechtlichen Haftung geben. Diese Mängel sind nicht nur aus grundsätzlicher Sicht zu kritisieren, sondern auch aus der Optik der Inhaftierten, da diesen völlig unklar bleiben muss, an welche Stelle sie sich im Falle von Fehlleistungen wenden müssten.

5.1. Ausgangspunkt: Tätigkeit des Gefängnisarztes ist hoheitliches Handeln

Ausgehend vom Fürsorgeprinzip, aufgrund dessen der Staat die Verantwortung für die Gesundheit der Inhaftierten trägt,²¹⁰ und der Tatsache, dass grundsätzlich kein Recht Inhaftierter auf freie Arztwahl besteht²¹¹, der inhaftierte Patient also den von der Anstalt gestellten Arzt akzeptieren muss (und auch umgekehrt der Anstaltsarzt in der Regel nicht frei ist, Behandlungen zu übernehmen oder abzulehnen), erscheint klar, dass das Rechtsverhältnis zwischen Gefängnis-

²⁰⁷ Vgl. dazu *Elger* (Anm. 152), S. 56ff, mit Hinweisen auf die Rechtsgrundlagen.

²⁰⁸ A.a.O., S. 56.

²⁰⁹ Die Informationen beruhen auf einem Gespräch mit der verantwortlichen Ärztin, vom 1. Dezember 2009. In den Vertrag zwischen Inselspital und Frauengefängnis konnten die Verfasser keinen Einblick nehmen.

²¹⁰ Siehe oben IV.2.

²¹¹ Siehe oben IV.5.

arzt und inhaftiertem Patient *nicht auf privatrechtlichem Vertrag beruhen* kann, also nicht privatrechtlicher Natur ist, sondern ein *öffentlich-rechtliches Hoheitsverhältnis* darstellt. Der Arzt bzw. die Ärztin handelt in hoheitlicher, staatlicher Funktion.

Möchte der Staat öffentliche Aufgaben, hier die Gewährung der Gesundheitsversorgung in Haft, an Private auslagern, bedarf es dafür *einer besonderen Rechtsgrundlage*. Diese müsste in unserem Zusammenhang u.a. folgende Rahmenbedingungen regeln²¹²: Art und Umfang der Leistungsübertragung, Rechte und Pflichten der mit der Aufgabenerfüllung betrauten Ärzte und der anderen medizinischen Leistungserbringer, Abgeltungen, besondere Haftungsvorschriften, Besonderheiten bezüglich Oberaufsicht, Besonderheiten bezüglich der Grundrechtsbindung. Die Grundsätze wären auf Gesetzesstufe (allenfalls in einer Verordnung), Einzelheiten in entsprechenden Leistungsaufträgen zu regeln. Diesen Voraussetzungen vermögen die meisten kantonalen Rechtsgrundlagen heute - mindestens teilweise²¹³ – nicht zu genügen. Auch ohne eine eigentliche Auslagerung von öffentlichen Aufgaben an Dritte wären einzelne Elemente der Ausübung (hoheitlicher) ärztlicher Tätigkeit in Haft gesetzlich zu regeln, namentlich Haftungs-, Verantwortlichkeits- und Aufsichtsfragen.

Damit ist klar, dass die ärztliche Tätigkeit in Haftanstalten als amtliche²¹⁴ zu qualifizieren ist, egal auf welcher Rechtsgrundlage das Verhältnis von Arzt bzw. Ärztin und der Anstalt beruht, sei dies im Rahmen eines Leistungsvertrages mit einer Institution, sei dies mittels Vertrag mit einem frei praktizierenden Arzt. Der Staat hat im Weiteren dafür zu sorgen, dass der Erbringer der medizinischen Leistung die Aufgabe in fachlicher Hinsicht korrekt erfüllt und dass sich dieser grundrechts- und gesetzeskonform verhält. Die staatlichen Behörden haben daher dafür zu sorgen, dass die inhaftierten Personen hinsichtlich der Haftungsfolgen nicht einen Nachteil erleiden, wenn sie statt von Anstaltsärzten von frei praktizierenden Ärztinnen oder Ärzten behandelt werden.²¹⁵

5.2. Verantwortlichkeit und Haftung

In strafrechtlicher Hinsicht²¹⁶ stellen sich bei der Tätigkeit des Gefängnisarztes, ob es sich nun um einen internen Anstaltsarzt oder um einen beigezogenen frei praktizierenden Arzt handelt,

²¹² Vgl. dazu *Walter Kälin/Andreas Lienhard/Judith Wyttenbach*, Auslagerung von sicherheitspolizeilichen Aufgaben, Basel 2007, S. 60f.

²¹³ So klären verschiedene Vollzugserlasse Fragen von Grundrechtseingriffen durch den Gefängnisarzt (z.B. Zwangsernährung) ausführlich.

²¹⁴ Vgl. auch den Hinweis bei *Gross/Würmli*, S. 974, wonach in einem strafrechtlichen Verfahren gegen einen frei praktizierenden Gefängnisarzt die Anklagekammer des Kantons die Tätigkeit als eine hoheitliche eingestuft habe.

²¹⁵ So *Kälin/Lienhard/Wyttenbach* (Anm. 212), S. 62 hinsichtlich der Übertragung polizeilicher Aufgaben an Private; dieselben Überlegungen gelten auch bei der Ausübung staatlicher hoheitlicher Gesundheitsbetreuungsaufgaben durch Privatärzte.

²¹⁶ Zur Bedeutung des Strafrechts in der Gefängnismedizin siehe ausführlich *Brigitte Tag*, Intramurale Medizin in der Schweiz – Überblick über den rechtlichen Rahmen, in: *Tag/Hillenkamp*, S. 10ff.

grundsätzlich dieselben Fragen. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit bei der Durchführung oder Unterlassung einer ärztlichen Behandlung und namentlich auch bei mangelnder Aufklärung und Einwilligung des Patienten²¹⁷ trifft bei rechtswidrigem und schuldhaftem Verhalten die für die Behandlung verantwortliche Person. Unter Umständen kann sich auch die Anstaltsleitung strafrechtlich verantwortlich machen, so z.B., wenn sie den Gesundheitsdienst und namentlich den Notfalldienst mangelhaft organisiert und dies zu einer gesundheitlichen Beeinträchtigung der Inhaftierten führt. Insofern stellen sich keine besonderen Rechtsfragen. Gerade für den Fall der Beiziehung externer Gefängnisärzte wären aber Fragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit klar im Leistungsvertrag bzw. Pflichtenheft zu regeln: Dies gilt z.B. in Bezug auf die Gewährung staatlicher Rechtshilfe und Unterstützung während eines allfälligen Strafverfahrens, da die Ärzte in hoheitlicher Funktion handeln und in ihrer Tätigkeit im Gefängnis höhere Risiken eingehen als in der Arztpraxis.²¹⁸

In zivilrechtlicher Hinsicht, in Bezug auf die Haftung für widerrechtlich zugefügten Schaden (Art. 41 OR), ist die Rechtslage komplexer. Namentlich hängt es vom *kantonalen Staatshaftungs- bzw. Verantwortlichkeitsrecht* ab, ob dieses gemäss Art. 61 Abs. 1 OR für Schäden in amtlicher Verrichtung (um die es sich bei ärztlicher Tätigkeit im Gefängnis handelt) auf dem Wege der Gesetzgebung abweichende Bestimmungen aufstellen will.²¹⁹ Die meisten Kantone²²⁰ kennen in ihren Verantwortlichkeitsgesetzen ein System der Staatshaftung mit Rückgriffsmöglichkeit auf die Beamten.²²¹

Einige Gesetze halten fest, dass Private, die in Erfüllung von Staatsaufgaben handeln, wie Angestellte oder Beamte zu behandeln sind; in diesem Fall kann sich der Geschädigte an den Kanton halten, wobei dem Staat ein Rückgriffsrecht auf die fehlbare Person vorbehalten bleibt.²²² In anderen Kantonen, wie z.B. dem Kanton Bern, haften Personen, die mit kantonalen öffentlichen Aufgaben betraut sind, für den Schaden, und den Kanton trifft lediglich eine Ausfallhaftung. Damit werden Betroffene aber schlechter gestellt, wenn sie Opfer rechtswidrigen Handelns werden, das nicht durch staatliche Beamte oder Angestellte verursacht wurde. Daher wäre zu fordern, dass die Haftungsfrage im kantonalen Vollzugsrecht klar geregelt würde, dies einer-

²¹⁷ Siehe oben III.2. und IV.7.

²¹⁸ Vgl. zu den diesbezüglichen Erfahrungen *Gross/Würmli*, S. 974; vgl. auch Gravier, S. 978 („die Einsamkeit der betroffenen Ärzte“).

²¹⁹ Vgl. hierzu etwa BGE 4C.97/2002, vom 1. Juli 2002 (Haftung des Spitalarztes; machen die Kantone von ihrer Befugnis gemäss Art. 61 Abs. 1 OR keinen Gebrauch, haften die Ärzte für ihr Verhalten unmittelbar nach den Normen von Art. 41ff OR).

²²⁰ Überblick bei *Jost Gross*, Schweizerisches Staatshaftungsrecht, 2. Aufl., Bern 2001, S. 55ff.

²²¹ Vgl. hierzu und zum Folgenden *Kälin/Lienhard/Wytenbach* (Anm. 212), S. 66f, mit weiteren Hinweisen.

²²² Vgl. ebenso die Rechtsauffassung des Rechtsdienstes der Justizdirektion des Kantons Neuenburg in Bezug auf die Haftung frei praktizierender Ärzte in Haftanstalten: Der Rückgriff auf den im hoheitlichen Auftrag handelnden Arzt ist gemäss Neuenburger Verantwortlichkeitsgesetz in Fällen von Absicht oder grober Fahrlässigkeit möglich. Siehe *Canton de Neuchâtel*, Département de la justice, de la sécurité et de finances, service juridique, Note relative à la responsabilité civile des médecins privés intervenant dans les établissements pénitentiaires, vom 9. Oktober 2009.

seits, um den Gefängnisärzten Rechtssicherheit zu vermitteln, und andererseits, um die Opfer nicht je nach Modell der Gefängnismedizin – das je nach Kanton variieren kann – schlechter zu stellen. Zudem geht es nicht an, dass die Rechtslage für die Betroffenen so undurchschaubar ist. Im Weiteren wären die Haftungsfragen auch in einem Vertrag²²³ mit frei praktizierenden Ärzten, die als Gefängnisärzte amten, zu regeln.²²⁴

Der Staat wäre auch gut beraten, für Gefängnisärzte spezifische Haftpflichtversicherungen in Hinblick auf mögliche Ansprüche durch inhaftierte Patienten abzuschliessen, welche auch einen Rechtsschutz beinhalten.

5.3. Unabhängigkeit

Die Frage der Unabhängigkeit des Gefängnisarztes bzw. der Gefängnisärztin gegenüber der Anstalt hat u.U. direkte Auswirkungen auf die Versorgung der inhaftierten Patienten, auch im Bereich der Bekämpfung übertragbarer Krankheiten. Daher fordern die internationalen und nationalen Richtlinien, insbesondere auch die Richtlinien der SAMW, eine möglichst weitgehende Unabhängigkeit des Gesundheitsfachpersonals und insbesondere der Ärzte von der Anstaltsleitung, da diese in erster Linie den Patienten verpflichtet sein sollten. Im Weiteren betonen die Empfehlungen die Wichtigkeit der Überprüfbarkeit der ärztlichen Tätigkeit durch ein Fachgremium i.S. einer Aufsicht. Schliesslich wird empfohlen, den allgemeinen Gesundheitsbehörden eine verstärkte Rolle bei der Gesundheitsversorgung in Haft einzuräumen. Auch aus der Verantwortung des Staates für den Vollzug und aus dem Fürsorgeprinzip²²⁵ ergibt sich, dass der Staat seine Kontrollaufgabe effektiv wahrnehmen muss.

Da die Anstaltsleitung nicht unbedingt Kenntnisse zur Beurteilung der Qualität der ärztlichen Versorgung und der Einhaltung medizinischer Standards hat (sondern aus Kosten- und Sicherheitsgründen oft eher auf tiefere Standards plädieren dürfte), bedarf es in organisatorischer Hinsicht einer geeigneten Aufsichtsinstanz.

Alle diese Gründe sprechen für die Wahl eines Modells, welches sowohl Unabhängigkeit des Gefängnisarztes von der Anstaltsleitung als auch organisatorische Einbindung in eine grössere Institution des Gesundheitswesens und eine Anbindung an das allgemeine Gesundheitswesen

²²³ Die Richtlinien der SAMW (Anm. 79) schreiben zwar in Ziff. 12.2. vor, dass – um die Unabhängigkeit der Ärzte zu wahren – jegliche hierarchische oder „sogar direkte vertragliche Beziehung“ zwischen Ärzten und der Leitung der Anstalt in Zukunft vermieden werden soll. Diese Empfehlung erscheint sehr apodiktisch, ist doch eine Medizinalperson bspw. für die Entschädigung ihrer Tätigkeit auf eine vertragliche Beziehung angewiesen. Ein Konflikt mit dieser Vorgabe, die nicht einen vertragslosen Zustand, sondern die Sicherstellung der ärztlichen Unabhängigkeit bezweckt, lässt sich auf zwei Arten vermeiden: Entweder wird der Vertrag nicht direkt mit der Anstaltsleitung, sondern mit der ihr übergeordneten Vollzugs- oder Gesundheitsbehörde geschlossen, oder der Vertrag verzichtet konsequent auf die Einräumung einer Weisungsbefugnis in medizinischen Belangen.

²²⁴ Dies sieht nun z.B. der Kanton Neuenburg in seinem Mustervertrag vor.

²²⁵ Siehe oben IV.2.

verbindet. Auf schweizerische Verhältnisse übertragen würde letzterem Erfordernis auf kantonaler Ebene z.B. eine *Unterstellung unter den Kantonsarzt* bzw. die Kantonsärztin genügen. Aus diesen Gründen erweisen sich die dargestellten Modelle 2, 4 und 5 (Betreuung durch Amtsärzte; spezifischer Gefängnisgesundheitsdienst; Betreuung durch Spitalfachärzte) als wesentlich besser als Modell 1 (frei praktizierende Ärzte mit Vertrag) oder gar Modell 3 (Anstaltsarzt, der der Anstaltsleitung untersteht). Insbesondere der der Anstaltsleitung unterstellte Anstaltsarzt steht in einem besonderen Spannungsfeld, so etwa in Bezug auf die Kosten ärztlicher Behandlungen oder in Bezug auf die Monitoringfunktionen, die dem Arzt laut internationalen Empfehlungen zugeschrieben werden. Interessant ist, dass in denselben Anstalten, die über eine in Bezug auf die erwähnten Standards unbefriedigende Lösung verfügen, die Behandlung durch Psychiater wesentlich besser geregelt wird.²²⁶

VII. Schlussfolgerungen

1. Gemäss Amtssprachenprinzip ist die Amtssprache des Kantons auch die in der Anstalt des Freiheitsentzuges geltende Sprache.
2. Ein Anspruch auf hinreichende Kommunikation und allenfalls auf Übersetzung bei medizinischen Behandlungen, insbesondere in Hinblick auf die Bekämpfung von Infektionskrankheiten in Haft, muss daher vor dem Hintergrund der allgemeinen Übersetzungspflicht im Gesundheitswesen und in Anwendung der Grundsätze des Strafvollzugsrechts untersucht werden.
3. Aufgrund der Behandlungspflichten in öffentlichen Spitälern und des Erfordernisses einer rechtsgenügenden Aufklärung und der Zustimmung der Patienten ist eine Pflicht, sofern notwendig qualifizierte Übersetzung beizuziehen, heute anerkannt. So führt auch der Bundesrat in der Antwort auf eine Motion aus, er anerkenne „dass der Zugang zur Gesundheitsinfrastruktur diskriminierungsfrei auszugestalten ist und dass niemandem infolge mangelnder Sprachkenntnisse der Zugang zu einer medizinisch indizierten Leistung versagt werden darf“. Wo eine Sprachbarriere bestehe, genüge die sprachliche Unterstützung durch die Familie, Lebenspartner, Kinder oder Freunde nicht.²²⁷

²²⁶ Vgl. den Bericht CPT (Anm. 102), Ziff. 156: « A Lenzburg, le psychiatre responsable était médecin-chef dans une clinique psychiatrique du canton et travaillait dans l'établissement pénitentiaire sur la base d'un contrat conclu avec ce dernier. A Pöschwies, tous les membres de l'équipe étaient employés par le Service psychologique et psychiatrique de l'Office de l'exécution de la justice (Direction de la justice et de l'intérieur) du canton de Zurich. A Thorberg, tous étaient employés par le Service de psychiatrie médico-légale de l'université de Berne. »

²²⁷ Antwort auf die Motion Recordon, Dolmetscherinnen und Dolmetscher im Gesundheitsbereich, vom 26.11.2008, 08.3642.

4. Die Aufklärungspflicht und die damit gegebenenfalls verbundene Pflicht, eine übersetzende Person beizuziehen, ergibt sich aus Vorgaben des internationalen Rechts (Biomedizinkonvention), des öffentlich-rechtlichen Bundesrechts, des kantonalen öffentlichen Rechts, des Privat- und des Strafrechts.
5. Bei der Bekämpfung übertragbarer Krankheiten spielt die Aufklärungspflicht eine grosse Rolle in Hinblick auf die Prävention und auf die Therapie: Informationen zu einem therapiegerechten Verhalten setzen eine gute Kommunikation zwischen Arzt bzw. Ärztin und Patient oder Patientin voraus.
6. Die Frage, welche Person für die Übersetzungsleistung beigezogen werden kann, hat Fragen des Persönlichkeitsschutzes der Patienten zu beachten. Sie stellt sich zudem im Kontext des Freiheitsentzuges in ganz besonderer Weise.
7. Aus dem für den Strafvollzug geltenden Äquivalenzprinzip folgt, dass das Recht auf medizinische Behandlung innerhalb wie ausserhalb von Gefängnismauern gleichermassen zu gelten hat. Dies gilt auch für das Erfordernis des „informed consent“.
8. Aufgrund der umfassenden Fürsorgepflicht des Staates für die Personen im Freiheitsentzug besteht in Haftsituationen ein Anspruch der Betroffenen auf medizinische Behandlung ohne Einschränkung. Insassen haben einen subjektiven Anspruch auf genügende ärztliche Betreuung. Der Staat hat nicht nur den Zugang zu einer qualifizierten Gesundheitsinfrastruktur sicherzustellen, sondern auch mittels einer aktiven Gesundheitsprävention die Gesundheit der Inhaftierten zu schützen.
9. Auch ohne explizite Verankerung von Übersetzungspflichten im Gesundheitsbereich in Haft hat der Staat damit für eine genügende Kommunikation mit den Gesundheitsfachpersonen zu sorgen, wenn dies für die adäquate Behandlung von Nöten ist, insbesondere, wenn die Einwilligung zu Behandlungen erteilt werden muss.
10. Da bei den meisten Haftformen kein Recht auf freie Arztwahl besteht, und der Beizug von Mitgefangenen aufgrund der Persönlichkeitsrechte der Betroffenen ohne ausdrückliche Einwilligung nicht zulässig ist, und auch unter Berücksichtigung des Arztgeheimnisses, das im Strafvollzug gleichermassen wie ausserhalb der Haftanstalt gilt, bedarf es gegebenenfalls des Beizuges einer externen, genügend qualifizierten übersetzenden Person, die vom Staat organisiert und vergütet werden muss. Dies verlangt auch der Europäische Folterpräventionsausschuss in seinen Berichten. Verfügt das Personal des gefängnismedizinischen Dienstes nicht über die erforderlichen Sprachkenntnisse, müssen wegen des Erfordernisses des informed consent, wegen der Geltung des Arztgeheimnisses und wegen des Fürsorgeprinzips qualifizierte Übersetzerinnen oder Übersetzer beigezogen werden.

11. Das Legalitätsprinzip im Strafvollzug verlangt, dass diese Grundsätze in den Strafvollzugserlassen, aber auch in den Hausordnungen zu verankern sind, damit sowohl das Vollzugspersonal wie auch die Insassinnen und Insassen Zugang zu diesen rechtlichen Informationen haben.
12. In Bezug auf die Konsequenzen mangelnder Aufklärung, insbesondere im Feld der Bekämpfung übertragbarer Krankheiten, sei dies mittels Prävention oder Therapie, stellt sich die Frage nach der rechtlichen Stellung insbesondere des Gefängnisarztes bzw. der Gefängnisärztin.
13. Nationale und internationale Standards empfehlen dabei eine möglichst grosse Unabhängigkeit des medizinischen Personals vom Strafvollzugspersonal. Dem wird in der schweizerischen Realität, die ganz verschiedene Modelle kennt, nur zum Teil nachgelebt. Dasselbe gilt für die Rolle, welche die allgemeinen Gesundheitsverwaltungsbehörden für die Gesundheitsversorgung in Haft haben sollten.
14. In Bezug auf die Verantwortlichkeit der Gefängnisärzte ist zunächst davon auszugehen, dass die Tätigkeit auch beigezogener frei praktizierender Ärzte als Gefängnisärzte als hoheitliches Handeln zu taxieren ist, egal auf welcher Rechtsgrundlage die Tätigkeit beruht. Der Staat hat dabei für die fachlich korrekte Erbringung der ärztlichen Leistung zu sorgen und eine Überprüfung sicherzustellen.
15. Die rechtliche Situation insbesondere externer Gefängnisärzte in Bezug auf die zivil- und strafrechtlichen Risiken bei fehlerhaften Behandlungen ist unbefriedigend. Diese Fragen wären in den Verträgen mit den Ärzten eingehend zu regeln. Aufgrund der hoheitlichen Tätigkeit des gefängnisärztlichen Handelns haftet aber in den meisten Kantonen primär der Staat für den am inhaftierten Patienten verursachten Schaden, allenfalls sekundär der Arzt oder die Ärztin. Bei strafrechtlichen Verfahren gegen Gefängnisärzte wäre es für die Kantone angebracht, die Angeklagten, die hoheitliche Aufgaben übernommen haben, rechtlich zu unterstützen. Allenfalls wären entsprechende Versicherungen durch den Staat zu übernehmen.

Anhang I: Berücksichtigte kantonale Rechtsgrundlagen

1. Strafvollzugsgesetze und -verordnungen

- Aargau

Verordnung über den Vollzug von Strafen und Massnahmen (Strafvollzugsverordnung, SMV) vom 9. Juli 2003, SAR 253.111

- Basel Stadt

Verordnung über das Ausschaffungsgefängnis Basel vom 14. Nov. 2000, SG 258.800

Verordnung über das Untersuchungsgefängnis Basel vom 14. Nov. 2000, SG 258.900

- Bern

Gesetz über den Straf- und Massnahmenvollzug (SMVG) vom 25. Juni 2003, BSG 341.1

Verordnung über den Straf- und Massnahmenvollzug (SMVV) vom 5. Mai 2004, BSG 341.11

- Genf

Arrêté du Conseil d'Etat, santé et soins en milieu carcéral vom 16. März 2000

- Graubünden

Verordnung über den Justizvollzug im Kanton Graubünden (Justizvollzugsverordnung) vom 12. Dez. 2006, BR 350.460

- Luzern

Verordnung über den Justizvollzug vom 12. Dezember 2006, SRL 327

- Neuenburg

Loi sur l'exécution des peines privatives de liberté et des mesures pour les personnes adultes (LPMA) vom 3. Oktober 2007, RS 351.0

Arrêté sur l'exécution des peines privatives de liberté et des mesures pour les personnes adultes (APMA) vom 17. Dezember 2007, RS

Arrêté relatif à la santé et aux soins en milieu carcéral vom 13. Mai 2009, RS 352.2

- Schaffhausen

Justizvollzugsverordnung (JVV) vom 19. Dezember 2006, SHR 341.101

- Solothurn

Gesetz über den Vollzug von Freiheitsstrafen, Ersatzfreiheitsstrafen, gemeinnützige Arbeit, therapeutische Massnahmen und Verwahrung vom 3. März 1991, BGS 331.11

Vollzugsverordnung zum Gesetz über den Vollzug von Freiheitsstrafen, Ersatzfreiheitsstrafen, gemeinnütziger Arbeit, therapeutischen Massnahmen und Verwahrung (Strafvollzugsverordnung) vom 5. November 1991, BGS 331.12

- St. Gallen

Verordnung über die Gefängnisse und Vollzugsanstalten vom 13. Juni 2000, sGS 962.14

- Thurgau

Verordnung des Regierungsrates über den Justizvollzug (Justizvollzugsverordnung) vom 12. Dezember 2006, RB 340.31

- Wallis

Reglement über die Strafanstalten des Kantons Wallis vom 10. Dez. 1993, RS 340.200

- Zürich

Straf- und Justizvollzugsgesetz (StJVG) vom 19. Juni 2006, LS 331

Justizvollzugsverordnung (JVV) vom 6. Dezember 2006, LS 331.1

2. Hausordnungen von Hafteinrichtungen

- Appenzell Ausserrhoden

Hausordnung Gmünden Halbgefangenschaft (2008)

Hausordnung Gmünden Normalvollzug (2008)

- Bern

Hausordnung Gefängnisse Kanton Bern vom 1. April 2006

Hausordnung Thorberg vom 1. April 2006

- Graubünden

Hausordnung JVA Realta vom 4. Feb. 2008

Hausordnung JVA Sennhof (2009)

- Luzern

Hausordnung Grosshof Luzern vom 1. April 2008

Hausordnung Wauwilermoos vom 17. Dez. 2007

- Schaffhausen

Hausordnung für das Gefängnis Schaffhausen vom 16. Nov. 2007; SHR 341.202

- Solothurn

Hausordnung für die Untersuchungsgefängnisse Solothurn / Olten vom 26. Nov. 2007, BGS 331.17

Hausordnung Oberschöngrün vom 6. Nov. 1991, BGS 331.16

- St. Gallen

Hausordnung Saxerriet (2007)

- Thurgau

Hausordnung Kalchrain vom 11.8.2008

- Zürich

Hausordnung Abteilung Ausschaffungshaft des Flughafengefängnisses (2009)

Hausordnung für die Gefängnisse des Kantons Zürich (2009)

Hausordnung Pöschwies vom 6. Dezember 2006

Hausordnung Haus Lägern (Zweigstelle der Strafanstalt Pöschwies) vom 6. Dezember 2006

Hausordnung Vollzugszentrum Urdorf (2009)

Anhang II: Literaturverzeichnis

(weitere Literaturangaben finden sich in den Anmerkungen)

Achermann Alberto/Künzli Jörg: Gesundheit und Haft, Gesundheitsrelevante Rechte inhaftierter Personen insbesondere im Bereich des Schutzes vor Infektionskrankheiten und Kompetenzen des Bundes zu ihrer Durchsetzung, Studie zuhanden des Bundesamts für Gesundheit, November 2006 (Gesundheit und Haft).

Achermann Alberto/Künzli Jörg, Übersetzen im Gesundheitsbereich: Ansprüche und Kostentragung, Gutachten zuhanden des Bundesamts für Gesundheit, Juni 2008 (Übersetzen).

Achermann Christin/Hostettler Ueli, Infektionskrankheiten und Drogenfragen im Freiheitsentzug, Rapid Assessment der Gesundheitsversorgung, Neuenburg 2006.

Baechtold Andrea, Strafvollzug – Straf und Massnahmenvollzug an Erwachsenen in der Schweiz, 2. Auflage, Bern 2009.

Biaggini Giovanni, BV-Kommentar. Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2007.

Fink Claudia, Aufklärungspflicht von Medizinalpersonen (Arzt, Zahnarzt, Tierarzt, Apotheker), Diss St. Gallen 2008.

Gravier Bruno: Medizin im Gefängnis: Ausübung ärztlicher Tätigkeit unter Druck, Schweizerische Ärztezeitung 2008, S. 976ff.

Gross Reto/Würmli Andreas, Gefängnisarzt – mit beiden Beinen im Gefängnis?, Schweizerische Ärztezeitung 2008, S. 973ff.

Hillenkamp Thomas/ Tag Brigitte, Intramurale Medizin – Gesundheitsfürsorge zwischen Heilauftrag und Strafvollzug, Berlin 2005.

Kiener Regina/Kälin Walter, Grundrechte, Bern 2007.

Manon Jendly, La coexistence des secrets en exécution de peine privative de liberté, Vers un modèle de partage des informations confidentielles en milieu carcéral, Diss. Neuenburg 2005.

Keppler Karlheinz/Stäver Heino (Hrsg.), Gefängnismedizin – Medizinische Versorgung unter Haftbedingungen, Stuttgart/New York 2009.

Jörg Paul Müller/Markus Schefer, Grundrechte in der Schweiz, Bern 2008.

Queloz Nicolas/Riklin Franz/Senn Ariane/de Sinner Philippe (Hrsg.): Medizin und Freiheitsentzug, Bern 2002.

Sprumont Dominique/Schaffter Gaël/Hostettler Ueli/Richter Marina/Perrenoud Jean, Pratique médicale en milieu de détention – Effectivité des directives de l'Académie suisse des sciences médicales sur „L'exercice de la médecine auprès de personnes détenues“, Neuchâtel 2009.

Tag Brigitte/Hillenkamp Thomas (Hrsg.), Intramurale Medizin im internationalen Vergleich, Berlin 2008.

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Auflage, Bern 2007.