

Hungerstreik und Zwangsernährung im Freiheitsentzug^{*}

**Eine kritische Analyse des Bundesgerichtsurteils vom 26. August 2010 zum
Fall Bernard Rappaz (BGE 6B_599/2010)**

„DER MENSCH IST FREI GESCHAFFEN,
IST FREI, UND WÜRD' ER IN KETTEN GEBOHREN!“
FRIEDRICH SCHILLER

von

BENJAMIN F. BRÄGGER

I. Kurze Zusammenfassung des Sachverhaltes

Bernard Rappaz wurde wegen verschiedenen Delikten, darunter der gewerbsmässige Anbau von Hanf mit zu hohem THC-Gehalt, zu 5 Jahren und 8 Monaten Freiheitsentzug verurteilt. Seit seiner Inhaftierung am 20. März 2010 ist er aus Protest gegen das aus seiner Sicht ungerechte Urteil in einen Hungerstreik getreten. Diesen beendete er am 7. Mai 2010, nachdem ihm ein Strafunterbruch gewährt worden war. Nach seiner erneuten Inhaftierung vom 21. Mai 2010 trat er unmittelbar wiederum in den Hungerstreik. Am 10. Juni 2010 wurde er zur weiteren Strafverbüsung in die Gefängnisabteilung des Universitätsspitals von Genf überführt. Sein erneutes Gesuch um Strafunterbruch vom 21. Juni 2010 wurde von der zuständigen Walliser Staatsrätin abgelehnt. Der gegen diese Verfügung eingereichte Rekurs wurde am 8. Juli 2010 von der öffentlich-rechtlichen Abteilung des Walliser Kantonsgericht abgewiesen. Unter anderem wegen der Verletzung von Art. 92 StGB zog B. Rappaz den letztinstanzlichen kantonalen Entscheid ans Bundesgericht weiter. Im Wesentlichen lud er unser höchstes Gericht ein, den Entscheid des Walliser Kantonsgerichts aufzuheben und ihm einen Strafunterbruch zu gewähren, bis das Walliser Kantonsparlament über sein hängiges Gnadengesuch entschieden habe oder aber bis sein Gesundheitszustand eine weitere Inhaftierung zulasse. Mit Entscheid vom 28. August 2010 hat das Bundesgericht die Beschwerde unter Kostenfolgen abgewiesen. Bernard Rappaz befindet sich seither und zurzeit¹ noch immer in medizinischer Pflege am Universitätsspital von Genf.

Der Einzelrichter am Walliser Kantonsgericht hatte den behandelnden Genfer Arzt am 5. November zunächst provisorisch, fünf Tage später definitiv dazu verpflichtet, Bernard Rappaz zwangsweise zu ernähren. Im Unterlassungsfall wurde gestützt auf Art. 292 StGB (Ungehorsam gegen amtliche

* Häufig vertrat Bundesrichter Dr. h.c. Hans Wiprächtiger in den letzten Jahren eine *dissenting opinion*; auch im Falle Rappaz während der öffentlichen, mündlichen Verhandlung. Seine kriminalpolitisch liberale und humane Sichtweise war und ist eine Bereicherung für die schweizerische Strafrechtswissenschaft. Liberale Strafrechtler und seine Freunde werden seine Voten in der strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes vermissen.

¹ Am 22. Dezember 2010.

Verfügungen) eine Busse angedroht. Der von dieser Verfügung betroffene Mediziner gelangte sowohl gegen den provisorischen als auch gegen den definitiven Entscheid ans Bundesgericht. Auf die erste Beschwerde sind die Richter der strafrechtlichen Abteilung mit der Begründung nicht eingetreten, dass der zweite Entscheid den ersten ersetze, welcher somit keine rechtliche Wirkung mehr entfalten konnte². In seiner Beschwerde macht der behandelnde Arzt geltend, dass sich das Sterberisiko bei einer Zwangsernährung von Bernard Rappaz auf 60 Prozent erhöhen würde. Zudem müsste dieser mehrere Tage lang fixiert werden, um ihn sodann mit einer Sonde zu ernähren. Dabei könnte sich der Patient verletzen. Ebenfalls sei es abzulehnen, den Hungerstreikenden in ein künstliches Koma zu versetzen, weil diese Massnahme zu einem erhöhten Infektionsrisiko führen könnte³.

Eine erneute Beschwerde gegen die Ablehnung eines wiederholten Gesuchs um Strafunterbruch wies das Bundesgericht mit Urteil vom 16. November 2010 ab. Es verwies dabei auf sein Grundsatzurteil vom 28. August 2010⁴. Eine wiederholte Beschwerde gegen einen wiederum ablehnenden Entscheid des Walliser Kantongerichtes vom 2. Dezember 2010 lehnt das Bundesgericht auch diesmal ab, mit der Begründung, dass das öffentliche Interesse an einem ununterbrochenen Freiheitsentzug weiterhin überwiege. Zudem sei die Situation von Bernard Rappaz mit einem frei hospitalisierten Patienten vergleichbar, welcher sich in einem ernsten Gesundheitszustand befinde⁵. Der Europäische Menschenrechtsgerichtshof wies am 20. Dezember 2010 ein Gesuch von B. Rappaz um sofortige Haftentlassung ab. Die Strassburger Richter fordern den Gesuchsteller auf, seinen Hungerstreik, der nun bereits mehr als 110 Tage dauert, für die Dauer des ordentlichen Verfahrens zu unterbrechen⁶.

II. Kurze Zusammenfassung des BGE 6B_599/2010

In seinem zur Publikation vorgesehenen Grundsatzurteil weist das Bundesgericht zu Beginn darauf hin, dass es in freier Kognition würdige, ob die kantonale Instanz den Begriff „aus wichtigen Gründen“ der Bestimmung zum Strafunterbruch (Art. 92 StGB) bundesrechtskonform ausgelegt habe. Dabei anerkenne es jedoch das grosse Entscheidermessen, welches der kantonalen Vollzugsbehörde zustehe, auch wenn diese das Vorliegen eines wichtigen Grundes anerkenne (Erw. 4). Es unterstreicht, dass die Strafe ihren Zweck nur dann erfüllen könne, wenn diese an einem Stück vollzogen werde. Deshalb müsse die Gewährung eines Strafunterbruchs aus wichtigem Grund die seltene Ausnahme bleiben. Unabhängig des Entstehungsgrundes können schwer wiegende Gesundheitsprobleme zu einem Strafunterbruch führen. Die Beweggründe, welche einen allfälligen Strafunterbruch zu rechtfertigen vermögen, müssten einer konkreten Überprüfung standhalten. Dabei gelte es die konkrete Situation des Gefangenen zu analysieren, insbesondere müsse beurteilt werden, auf welchem Niveau die medizinische Versorgung innerhalb der Vollzugsanstalt gewährleistet, und ob die Krankheit in einer Gefängnisabteilung fachmännisch behandelt werden könne⁷. Der Gesundheitszustand von B. Rappaz könne sich in nächster Zeit derart verschlechtern, dass schwere, nicht reversible gesundheitliche Beeinträchtigungen entstehen könnten (namentlich neurologische Schädigungen), welche als „wichtiger Grund“ im Sinne des Gesetzes zu bewerten seien, weshalb eine Überprüfung des Gesuches um Haftunterbruch gerechtfertigt sei (Erw. 5.1).

Ein Strafunterbruch aus gesundheitlichen Gründen rechtfertige sich nur dann, wenn der Gesundheitszustand des Gefangenen nicht mit dem Strafvollzug vereinbar sei. Eine Unvereinbarkeit liege jedoch erst dann vor, wenn die notwendigen medizinischen Massnahmen weder in einer

² BGE 6B_996/2010.

³ Jusletter vom 6. Dezember 2010.

⁴ BGE 6B_959/2010.

⁵ BGE 6B_1022/2010.

⁶ NZZ Online vom 20.12.2010.

⁷ Nur die Universitätsspitäler Bern und Genf verfügen über sog. Gefängnisabteilungen.

Gefängnisabteilung eines Spitals, noch in einer anderen Einrichtung i.S. einer abweichenden Vollzugsform gemäss Art. 80 StGB gewährleistet werden können (Erw. 5.2.1). Somit gelte es zu prüfen, ob die gesundheitlichen Probleme des Beschwerdeführers auch während des Strafvollzuges behandelbar seien. Sollte sich dies als möglich herausstellen, wäre die Verweigerung des Strafunterbruchs durch die kantonalen Behörden bundesrechtskonform, unabhängig einer Würdigung der sich widersprechenden öffentlichen und privaten Interessen (Erw. 5.2.3).

Obwohl es sich beim Hungerstreik von Strafgefangenen um ein in der Gefängnismedizin häufig vorkommendes Phänomen handle⁸, gebe es keine bundesrechtliche Norm betreffend die Zwangsernährung im Freiheitsentzug. Nur gerade drei Kantone hätten eine gesetzliche Regelung im formellen Sinne erlassen⁹. Zudem habe der Europäische Menschenrechtsgerichtshof entschieden, dass die Zwangsernährung eines Insassen nach einem lange dauernden Hungerstreik nicht gegen die EMRK verstosse (Erw. 6.1.1).

In diesem Zusammenhang hält das Bundesgericht fest, dass die Richtlinien der Schweizerischen Akademie der medizinischen Wissenschaften (SAMW)¹⁰, namentlich diejenige betreffend die Ausübung der ärztlichen Tätigkeit bei inhaftierten Personen vom 28. November 2002 als sog. „soft law“ zu qualifizieren sei, welchem keine Gesetzeskraft zugesprochen werden könne (Erw. 6.2.2).

Schliesslich haben die Lausanner Richter geprüft, ob die Anordnung einer Zwangsernährung, welche sich nicht auf eine formelle gesetzliche Grundlage abstützen kann, im Lichte von Art. 36 BV verfassungskonform sei, obwohl diese Massnahme die persönliche Freiheit (Art. 10 BV) und die Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 16 Abs. 2 BV) des Beschwerdeführers unzweifelhaft stark beeinträchtigen und einschränken würde. Dabei kommen sie zum Schluss, dass sich die kantonale Vollzugsbehörde bei der Anordnung der Zwangsernährung mangels gesetzlicher Grundlage auf die sog. *allgemeine Polizeiklausel* stützen könne. Denn es bestehe ein gewichtiges öffentliches Interesse, den Vollzugsbehörden neben der Alternative Bernard Rappaz entweder im Sinne eines erneuten Strafunterbruchs frei oder aber sterben zu lassen, das Recht einzuräumen, das Leben eines Insassen mittels Zwangsernährung zu erhalten. Dies stelle keine unverhältnismässige Einschränkung der persönlichen Freiheit oder der Meinungsäusserungsfreiheit dar. Zudem verletze eine Zwangsernährung, welche in Würde¹¹ und nach den Regeln der ärztlichen Kunst durchgeführt werde, das in Art. 3 der EMRK stipulierte Verbot der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung nicht (Erw. 6.3). Somit sei die Ablehnung des Gesuches um Strafunterbruch durch die Walliser Behörden bundesrechtskonform, denn eine schwerwiegende gesundheitliche Schädigung des Beschwerdeführers könne durch eine Zwangsernährung vermieden werden.

III. Aktuelle Organisation des Freiheitsentzuges in der Schweiz

Obwohl das materielle Strafrecht bereits seit dem 1. Januar 1942 und das Strafprozessrecht nunmehr seit dem 1. Januar 2011 bundesrechtlich für die ganze Schweiz gleich geregelt sind, kennt unser Land bis zum heutigen Tag weder ein einheitliches Recht zur Strafvollstreckung noch zum Straf- und Massnahmenvollzug, noch eine Rahmengesetzgebung auf Bundesebene. Dies führt dazu, dass jeder der 26 Kantone eigene rechtliche Regelungen erlassen muss. Somit ist das Strafvollzugsrecht in der Schweiz auf verschiedensten hierarchischen Ebenen nur bruchstückhaft geregelt. Neben den völkerrechtlichen Quellen

⁸ „Le jeûne de protestation, ou grève de la faim illustre un problème de santé classique de médecine pénitentiaire.“ (Erw. 6 des Entscheids vom 26. August 2010).

⁹ Es handelt sich dabei um die Kantone Zürich, Bern und Neuenburg.

¹⁰ Vgl. dazu www.samw.ch.

¹¹ Es stellt sich jedoch objektiv betrachtet die Frage, ob eine Zwangsernährung wirklich in Würde durchgeführt werden kann, vgl. die Anmerkungen im Kapitel V und in der Fn. 33 und 34.

(insbesondere die EMRK und die sog. UNO-Pakte), finden sich auch Regelungen im Schweizerischen Strafgesetzbuch, in den Reglementen und Empfehlungen der sog. Konkordate (formelle Zusammenschlüsse mehrerer Kantone im Bereich des Strafvollzuges, mit dem Ziel ein Harmonisierung der Regelungen anzustreben) und schliesslich in den mehr oder weniger einschlägigen rechtlichen Erlasse der Kantone. Nur gerade fünf Kantone regeln die Rechte und Pflichten, wie auch die Eingriffe in die Grundrechte der Gefangenen in einem Gesetz im sog. formellen Sinne¹². Das Recht der Strafvollstreckung und des Strafvollzuges ist somit mehrheitlich auf Reglements- oder Weisungsstufe normiert. Dieser Weisungs-Dschungel der verschiedenen Kantone, Justizvollzugsämter und Anstalten ist nicht überblickbar und in der Regel nur schwer zugänglich.

Angesichts dieser für die Rechtssuchenden unbefriedigende Ausgangslage war es der ausdrückliche Wille des eidgenössischen Gesetzgebers die Grundsätze für den Straf- und Massnahmenvollzug einheitlich im neuen Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches (StGB) zu regeln und in Einklang mit dem Verfassungs- und Völkerrecht zu bringen¹³, ohne jedoch die Souveränität der Kantone im Bereich des Freiheitsentzuges all zu stark zu beschränken. Die Umsetzung dieser Grundsätze soll nach wie vor der Gesetzgebung der Kantone überlassen werden. Der Handlungsspielraum der kantonalen Behörden sollte nicht unnötig eingeschränkt werden, weshalb auch kein eigentliches Strafvollzugsgesetz geschaffen wurde. Seit dem 1. Januar 2007 findet sich deshalb im StGB neu ein minimaler bundesrechtlicher Rahmen zum Straf- und Massnahmenvollzug¹⁴ (vgl. dazu Art. 74 ff. und Art. 372 ff. StGB). Gemäss Art. 92 StGB darf demzufolge der Vollzug von Strafen und Massnahmen aus wichtigen Gründen unterbrochen werden. Keine Regelung findet sich jedoch im Strafgesetzbuch zur Frage der Zwangsernährung oder der Zwangsmedikation.

Mit der Annahme der Justizreform¹⁵ und des neuen Finanzausgleichs durch das Volk und die Stände im Jahre 2000 wurden die rechtlichen Grundlagen geschaffen, um den autonomen Spielraum der Kantone im Bereich des Strafvollzuges einschränken zu können. Diese können gemäss Art. 48a Abs. 1 lit. a BV zur Zusammenarbeit und insbesondere auch zur Harmonisierung des geltenden Vollzugsrechts verpflichtet werden. Nicht der Gedanke der Zusammenarbeit ist neu, diese erfolgt bereits seit mehreren Jahrzehnten im Rahmen der drei Strafvollzugskonkordate. Neu ist jedoch die Möglichkeit des Bundes die Zusammenarbeit der Kantone mittels interkantonalen Verträgen (sog. Konkordaten) im Straf- und Massnahmenvollzug auf Antrag eines Kantons als obligatorisch zu erklären¹⁶. Darüber hinaus räumt der neue Wortlaut von Art. 123 BV dem Bunde ausdrücklich die Kompetenz ein, auf dem Gebiete des Straf- und Massnahmenvollzuges gesetzgeberisch tätig zu werden. Davon hat das eidgenössische Parlament bislang jedoch noch keinen Gebrauch gemacht¹⁷.

¹² Es sind dies die Kantone Graubünden, Zürich, Solothurn, Bern und Neuenburg.

¹³ Vgl. dazu Botschaft 1998, 214 ff.

¹⁴ Botschaft 1998, 131.

¹⁵ Änderung des Art. 123 BV in der Volksabstimmung vom 12. März 2000 angenommen, in Kraft seit 1. April 2003, BB vom 8. Okt. 1999, BRB vom 17. Mai 2000, BB vom 24. Sept. 2002 – AS 2002 3148 3147; BBl 1997 I 1, 1999 8633, 2000 2990, 2001 4202.

¹⁶ Vgl. Art. 48a Abs. 1 lit. a BV, angenommen an der Volksabstimmung vom 28. November 2004, BBl 2002 2291, 2003 6591, 2005 951. Die interkantonale Zusammenarbeit nach den Regeln des neuen Finanzausgleiches verfolgt einerseits eine Harmonisierung des Aufgabengebietes, eine genügende Grundversorgung in den Kantonen sowie einen wirtschaftlichen und effizienten Umgang mit den Ressourcen. Die Details sind im Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über den Finanz- und Lastenausgleich geregelt (SR 613.2)

¹⁷ Der Motion SCHMIDT vom 28. September 2010 (NR 10.37029), welche den Bundesrat beauftragen wollte, eine einheitliche bundesrechtliche Bestimmung für den Umgang mit Hungerstreik im Strafvollzug und in der Ausschaffungshaft zu schaffen, erteilte die Landesregierung eine abschlägige Antwort.

IV. Hungerstreik im Freiheitsentzug¹⁸

A. Kurzer geschichtlicher Überblick

Hungerstreik als Protestmittel wurde bereits vor dem 1. Weltkrieg von inhaftierten Frauenrechtlerinnen (sog. Suffragettes) angewendet. Später wurde die Nahrungsverweigerung vorwiegend von politischen Gefangenen als Protest- und Druckmittel eingesetzt. So hungerten sich zwischen 1923 und 1981 mehrere Aktivisten der IRA zu Tode¹⁹. Während 1970 und 1980 unterzog die Bundesrepublik Deutschland mehrere inhaftierte RAF-Mitglieder²⁰ einer Zwangsernährung, wobei einer verstarb. In der Türkei kamen durch Hungerstreik in den letzten 30 Jahren mehrere Gefangene ums Leben, andere erlitten bleibende gesundheitliche Schäden.

Auch heute noch ist die Nahrungsverweigerung ein häufig auftretendes Phänomen im Freiheitsentzug. Dies gilt ebenfalls für die Schweiz. Selten erreicht diese jedoch das Stadium eines gezielten, lange anhaltenden Protestfastens, welches über mehrere Wochen hinweg geht und politisch motivierte Ziele verfolgt.

B. Definition

Als Hungerstreik wird die bewusste, im Vollbesitz der psychischen Gesundheit begonnene und beharrliche, vollständige oder teilweise Nahrungsverweigerung von Gefangenen bezeichnet, welche das Ziel verfolgt, gegen etwas zu protestieren oder etwas einzufordern, was mit anderen Mitteln nicht erreichbar zu sein scheint²¹.

Liegt eine fachärztlich begutachtete psychische Erkrankung vor, welche die mentale Fähigkeit des Insassen beschränkt, namentlich eine Beeinträchtigung, einen freien Entscheid zu fällen, kann nicht mehr von einem Hungerstreik gesprochen werden. In diesem Falle benötigt der Betroffene eine forensisch psychiatrische Behandlung, welche zum Selbstschutz auch eine Zwangsernährung beinhalten kann²².

Hungerstreiks verlaufen immer in einem sog. Dreiecksverhältnis zwischen dem streikenden Insassen, den staatlichen Behörden und der Öffentlichkeit. Der Inhaftierte versucht mit seiner Verweigerungshaltung die Sympathie der Öffentlichkeit auf sich zu ziehen und dadurch Druck auf die staatlichen Behörden auszuüben. Mediale Aufmerksamkeit ist somit eine unabdingbare Voraussetzung für den Hungerstreikenden. Dieser ist grundsätzlich nicht selbstmordgefährdet, denn sein Ziel ist es weiterzuleben, nachdem seine Forderungen erfüllt worden sind. Die staatlichen Behörden wiederum sehen sich durch den Streikenden erpresst und genötigt. Zudem fürchten sie die öffentlichen und medialen Folgen eines tödlich endenden Hungerstreiks. Deshalb neigen die zuständigen Justizstellen dazu, die betreffende Person als geisteskrank oder suizidal hinzustellen, um eine Zwangsernährung einfacher anzuordnen und rechtfertigen zu können. Sie gewichten somit regelmässig die staatliche Fürsorgepflicht für Strafgefangene höher, als deren Selbstbestimmungsrecht.

C. Arten und Verlauf

In der Literatur werden drei verschiedene Arten von Hungerstreiks beschrieben. Beim sog. **trockenen Hungerstreik** verweigert der Gefangene jede Art von Flüssigkeits- oder Nahrungsaufnahme. Dieser führt

¹⁸ Vgl. dazu JÖRG PONT, Ethische Überlegungen zu Hungerstreik und Zwangsernährung, 252 – 258, in: K. KEPPLER / H. STÖVER (HRSG.), Gefängnismedizin, Medizinische Versorgung unter Haftbedingungen, Stuttgart 2009.

¹⁹ IRA = Irisch-Republikanische Armee.

²⁰ RAF = Rote-Armee-Fraktion.

²¹ JÖRG PONT, Fn. 18, 253.

²² JÖRG PONT, Fn. 18, 256.

innert weniger Tage zum Tode durch Austrocknung. In der Praxis kommt diese Form sehr selten vor, weil der Zeitraum bis zum Ableben zu kurz ist, um Medien und Öffentlichkeit zu instrumentalisieren.

Totales Fasten bedeutet der absolute Verzicht auf Nahrung. Nur Trinkwasser nimmt die betroffene Person zu sich. Somit werden keine Kalorien, Vitamine oder Spurenelemente aufgenommen. Ohne medizinische Behandlung führt diese rigorose Nahrungsverweigerung nach ca. 6 Wochen zu Bewusstseinsbeeinträchtigungen. Auch wird ab diesem Zeitpunkt die Zurechnungsfähigkeit des Betroffenen eingeschränkt. Länger als 75 Tage hat dieses eiserne Fasten noch keine Person überlebt²³.

Bei der sog. **partiellen Nahrungsverweigerung** nimmt die streikende Person kein festes Essen zu sich. Flüssige Nährstoffe wie aufgelöster Zucker und Vitamine oder gar Milch und Honig werden jedoch eingenommen. Dadurch kann die Dauer des Hungerstreikes über 7 Wochen hinaus verlängert und der Druck auf die Behörden über einen ausgedehnten Zeitraum aufrechterhalten werden. Ungeachtet dessen treten auch bei dieser Form der Nahrungsverweigerung gesundheitliche Störungen auf, welche schliesslich auch zum Hungertode führen.

Anzumerken bleibt, dass eine erneute Nahrungsaufnahme nach langem Fasten nur unter ärztlicher Kontrolle erfolgen darf. Je länger die Nahrungsverweigerung gedauert hat, desto grösser ist die Gefahr, dass der Abbruch des Hungerstreikes zu lebensbedrohlichen Komplikationen oder gar zum Tode führen kann²⁴.

D. Empfehlungen für die ärztliche Begleitung und Behandlung

Sowohl die von der World Medical Association²⁵ als auch die von der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften²⁶ erlassenen medizinisch-ethischen Richtlinien weisen den behandelnden Arzt an, das Selbstbestimmungsrecht des hungernden Gefangenen zu respektieren. Dieser soll angehalten werden, seinen Willen schriftlich niederzulegen, im Sinne einer Patientenverfügung. Darin ist zu bestimmen, welche Massnahmen der Arzt einleiten und durchführen soll sowie welche zu unterlassen sind, wenn die Zurechnungsfähigkeit wegen des Fastens eingeschränkt wird oder später nicht mehr gegeben ist. Der behandelnde Mediziner hat den Gefangenen darauf hin zu weisen, dass er diese Patientenverfügung jederzeit widerrufen kann. Zudem muss der Patient über alle gesundheitlichen Folgen eines Hungerstreikes aufgeklärt werden. Schliesslich soll der Gefangene ab einem Verlust von 10 % seines Körpergewichtes in ein Spital eingewiesen werden. Es versteht sich von selbst, dass ihm auch bei einer strikten Nahrungsverweigerung immer Essen und Trinken angeboten wird.

Aus ärztlicher Sicht ergibt sich folgendes Fazit:

- Hungerstreikende sind grundsätzlich nicht suizidal, sondern wollen Aufmerksamkeit wecken, um ihre Ziele durchzusetzen²⁷;
- Menschen, welche bereit sind, alles zu unternehmen, um zu sterben oder sich zu schädigen, können auf Dauer auch im Freiheitsentzug nicht von ihrem Vorhaben abgehalten werden²⁸;
- kein zurechnungsfähiger Insasse darf gegen seinen Willen gezwungen werden, eine medizinische Intervention zu dulden. Gänzlich abzulehnen ist die Anwendung von

²³ JÖRG PONT, Fn. 18, 254; WOLFGANG RIEKENBRAUCK, Hungerstreik und Zwangsernährung – Erfahrungen aus der Praxis, 259 – 263, 260 f., in: K. KEPLER / H. STÖVER (HRSG.), Gefängnismedizin, Medizinische Versorgung unter Haftbedingungen, Stuttgart 2009.

²⁴ JÖRG PONT, Fn. 18, 254, spricht in diesem Zusammenhang vom sog. Refeeding - Syndrom.

²⁵ Vgl. dazu Declaration on hunger strikers der World Medical Association (WMA) von Malta 1991, revidiert 1992 in Marbella und 2006 in Pilanesberg (www.wma.net).

²⁶ Vgl. dazu Richtlinie der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW) betreffend die Ausübung der ärztlichen Tätigkeit bei inhaftierten Personen vom 28. November 2002 (www.samw.ch).

²⁷ WOLFGANG RIEKENBRAUCK, Fn. 23, 259.

²⁸ WOLFGANG RIEKENBRAUCK, Fn. 23, 263.

unmittelbarem Zwang oder Gewalt ohne das Einverständnis des Patienten, um einen medizinischen Eingriff durchzuführen²⁹;

- schliesslich sei es ethisch geboten, einen überzeugten Hungerstreiker in Würde sterben zu lassen, anstatt ihn mit wiederholten Zwangseingriffen zu quälen, um ihn am Leben zu erhalten³⁰.

V. Zwangsernährung im Freiheitsentzug

Unter **künstlicher Ernährung** versteht man die Nahrungszuführung bei einem Patienten, der nichts essen kann, darf oder will, indem medizinische Hilfsmittel eingesetzt werden. Erfolgt diese Nahrungszuführung gegen den Willen der betroffenen Person, wird von **Zwangsernährung** gesprochen. Diese setzt voraus, dass der Insasse fixiert, d.h. am Bett angebunden oder an das Bett gefesselt wird. Die Ernährung erfolgt sodann mittels einer Magensonde über die Nase und den Rachen in den Magen³¹. Werden Nährstoffe nicht über den Magen-Darm-Trakt, sondern mit einer Infusion direkt in die Blutbahn verabreicht, wird von einer intravenösen Infusionsernährung gesprochen. Auch in diesem Fall muss die betroffene Person fixiert werden, damit diese die Infusionsschläuche nicht wegreißen kann.

Beide Methoden müssen als äusserst invasiv bezeichnet werden und stellen einen eindeutigen Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen dar. Nach der Ansicht der überwiegenden Mehrheit der Ärzte erfüllt dieses Vorgehen gegen den Willen des Patienten die Kriterien einer inhumanen und erniedrigenden Behandlung gemäss Art. 3 der EMRK³² und verstösst zudem gegen die anerkannten medizinisch-ethischen Richtlinien³³. Diese Sichtweise wurde vom Europäischen Menschenrechtsgerichtshof gestützt. In zwei Entscheiden erkannte dieser, dass eine Zwangsernährung, welche ohne medizinische Notwendigkeit durchgeführt worden ist, als eine in Art. 3 verbotene Folter zu qualifizieren sei und deshalb eine Konventionsverletzung darstelle³⁴. Zudem hat derselbe Gerichtshof in einem Urteil aus dem Jahre 2009 klargestellt, dass der Tod eines Insassen infolge Hungerstreiks keine Verletzung der Menschenrechte darstelle, insofern seine medizinische Betreuung während des Streiks dem sog. Äquivalenzprinzip³⁵ entsprochen habe. Die zuständigen Behörden könnten auch nicht dafür kritisiert werden, dass sie den Willen des Insassen respektiert hätten, welcher sich strikte gegen jeglichen medizinischen Eingriff gewehrt hatte, obwohl sein Gesundheitszustand als lebensbedrohlich zu beurteilen gewesen sei³⁶.

²⁹ WOLFGANG RIEKENBRAUCK, Fn. 23, 261.

³⁰ JÖRG PONT, Fn. 18, 258.

³¹ JÖRG PONT, Fn. 18, 258, die Medizin spricht in diesem Falle von einer sog. naso-gastrischen Sonde.

³² JÖRG PONT, Fn. 18, 258.

³³ Vgl. dazu Fn. 25 und 26. Das BGer erkennt in seinem Urteil vom 26. August 2010, dass die Zwangsernährung eines Insassen erniedrigende Aspekte beinhaltet, welche den Schutzbereich von Art. 3 EMRK verletzen können (vgl. dazu Erw. 6.1.1).

³⁴ Vgl. dazu OLIVIER GUILLOD / DOMINIQUE SPRUMONT, Les contradictions du Tribunal fédéral face au jeûne de protestation, in : jusletter du 8 novembre 2010, 5, Rz 29. Vgl. dazu auch die Entscheide des EGMR i.S. *Nevmerjitski v. Ukraine*, n° 54825/00, 2005, wobei die Zwangsernährung erfolgte, als der Insasse mit Handschellen gefesselt war. Zudem musste der Mund zwangsweise geöffnet werden, um einen Gummischlauch über Nase und Rachen in den Magen einzuführen. Vgl. auch den Entscheid i.S. *Ciorap v. Moldova*, n° 12066/02, 2007.

³⁵ Dieses Prinzip verlangt, dass Inhaftierte Zugang zu denselben medizinischen Leistungen haben, wie frei lebende Personen. Vgl. dazu etwa Art. 2 des Arrêté du 13 mai 2009 du Conseil d'Etat de la République et Canton de Neuchâtel relatif à la santé et aux soins en milieu carcéral, RSN 352.2: „Les personnes privées de liberté doivent bénéficier des soins médicaux et des mesures de prévention et de promotion de la santé équivalents à ceux mis en place pour la population en général (principe d'équivalence)“.

³⁶ Fall *Horoz v. Turkey*, n° 1639/03, 2009.

V. Kritische Würdigung des Entscheides

A. Zur Frage des Strafunterbruchs

Um es vorweg zu nehmen, nur in diesem Punkt kann aus der hier vertretenen Meinung dem Bundesgericht gefolgt werden. Der Staat als Garant der Durchsetzung des Gewaltmonopols darf sich auch im Falle eines Hungerstreiks der tödlich enden könnte, nicht erpressen lassen. Die notwendige medizinische Betreuung von hungernden Insassen kann in jedem Fall unter Achtung der Menschenwürde und des Äquivalenzprinzips in der Gefängnisspitalabteilung der Universitätskliniken von Bern und Genf gewährleistet werden. Es besteht somit weder die Notwendigkeit noch ein ausreichender Grund, einen Haftunterbruch zu bewilligen³⁷. Das Bundesgericht hat das Vorliegen *eines wichtigen Grundes* i.S. von Art. 92 StGB richtigerweise verneint, denn der einzige offensichtlich erkennbare Grund des Hungerstreikes von B. Rappaz liegt darin, die rechtsgültige Freiheitsstrafe nicht verbüssen zu müssen. Dem Grundsatz, wonach Freiheitsstrafen in ununterbrochener Weise zu vollziehen sind, kommt in diesem Falle volle Vorrangstellung zu.

B. Zur Frage der Zwangsernährung

Ein Patient bleibt auch im Gefängnis ein Patient³⁸. Dieser allgemeine Grundsatz erlaubt es urteilsfähigen Insassen in Selbstverantwortung und Achtung ihrer Würde zu entscheiden, ob sie sich einem medizinischen Eingriff unterziehen wollen oder nicht. Dieses rechtsstaatliche Prinzip garantiert, dass inhaftierte Personen nicht zum Objekt der Bestrafung gemacht oder erniedrigt werden³⁹. Art. 74 des StGB ruft uns dies in Wiederholung der gleich lautenden Verfassungsbestimmung in Erinnerung und präzisiert auf Gesetzesstufe, dass auch die Menschenwürde von Gefangenen oder Eingewiesenen zu achten sei. Es gilt somit festzuhalten, dass eine Zwangsernährung von urteilsfähigen Insassen im Einklang mit den internationalen und nationalen medizinisch-ethischen Richtlinien sowie mit der Rechtsprechung des Europäischen Menschenrechtsgerichtshofes abzulehnen ist. Sie ist als unmenschliche und erniedrigende Behandlung zu qualifizieren, welche je nach Eingriffsintensität sogar als Folter bezeichnet und bewertet werden muss. Nach der hier vertretenen Meinung vermag auch eine Zwangsernährung, welche gestützt auf eine gesetzliche Grundalge im formellen Sinne, jedoch gegen den Willen eines urteilsfähigen Insassen angeordnet wird, nicht zu überzeugen und stellt eine Verletzung der persönlichen Freiheit der betroffenen Person dar. Bei urteilsunfähigen Insassen muss gemäss den Bestimmungen des Schweizerischen Zivilgesetzbuches ein Vormund bestellt werden, welcher dem behandelnden Arzt den mutmasslichen Willen des Mündels mitteilen wird⁴⁰. Einer Patientenverfügung, welche vor dem Eintritt der Zurechnungsunfähigkeit verfasst worden ist, sollte vollumfänglich Folge geleistet werden, falls keine eindeutigen Indizien vorliegen, dass die betroffene Person diese widerrufen wollte, bevor sie den Vollbesitz ihrer psychischen Gesundheit verlor. Gegebenenfalls ist eine Zwangsernährung durchzuführen, welche sich auf eine formelle gesetzliche Grundlage abstützen hätte. Die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts, welche es als zulässig erachtet, die konkreten Haftbedingungen im Einzelnen auf Verordnungsstufe, d.h. in einem Gesetz im materiellen Sinne, zu regeln⁴¹, ist aus neuerer

³⁷ BENJAMIN F. BRÄGGER, Zwangsernährung im Strafvollzug – Eine Replik zu „Hungerstreik und Strafvollzug“ von Markus Müller, in: Jusletter vom 16. August 2010, 2 f., Rz. 4; Entscheid des Bundesgerichtes vom 26. August 2010 Erw. 5.2.2.1 erster Teil.

³⁸ SUZETTE SANDOZ, Ein Patient bleibt auch im Gefängnis ein Patient, Der Wille von Bernard Rappaz im Hungerstreik muss respektiert werden, in: NZZ am Sonntag vom 21. November 2010, 22.

³⁹ BENJAMIN F. BRÄGGER, Fn. 37, 2 Rz. 2.

⁴⁰ SUZETTE SANDOZ, Fn. 38, 2.

⁴¹ BGE 123 I 221, 226 Erw. 4a.

grundrechtstheoretischer Sicht klar abzulehnen⁴². Wichtige rechtsetzende Bestimmungen müssen in einem formellen Gesetz geregelt sein⁴³, dies umso mehr, wenn wie im Freiheitsentzug die Grund- und Freiheitsrechte der Betroffenen weit über das ausserhalb der Anstalten übliche und rechtlich noch zulässige Mass hinaus eingeschränkt werden sollen.

Das Bundesgericht räumt zwar ein, dass die Zwangsernährung eines Insassen eine Beschränkung der Freiheitsrechte der Meinungsäusserungsfreiheit und der persönlichen Freiheit darstelle⁴⁴, rechtfertigt schliesslich jedoch diesen Eingriff unter Bezugnahme auf die allgemeine Polizeiklausel, indem es sich auf eine doch eher akrobatisch anmutende⁴⁵ und juristisch wenig überzeugende Begründung abstützt. Dies geschieht erst recht noch in Abänderung der bisherigen Rechtsprechung, welche verlangte, dass eine Situation, welche die Anwendung dieser Klausel rechtfertige, *atypisch und unvorhersehbar* sein müsse. Dies trifft im vorliegenden Fall gerade nicht zu, wie das Bundesgericht selbst treffend anführt, indem es erläutert, dass es sich bei Hungerstreiks von Gefangenen um ein in der Gefängnismedizin häufig vorkommendes Phänomen handle⁴⁶.

Es gilt an dieser Stelle nochmals mit Nachdruck darauf hinzuweisen, dass der Grundsatz der Menschenwürde es verbietet, Gefangene zum Objekt der Rechtsordnung oder der Strafe oder der Übelszufügung herabzustufen. Im Gegensatz, diese bleiben auch während des Freiheitsentzuges, insofern sie nicht bevormundet sind, mündige Rechtssubjekte, welche ihr Selbstbestimmungsrecht innerhalb des besonderen Rahmens des Freiheitsentzuges ausüben und zur Geltung bringen dürfen. Diese Maxime verfolgt das schweizerische Strafgesetzbuch, wenn es in Art. 75 Abs. 4 StGB anführt, dass die Gefangenen bei den Resozialisierungsbemühungen und den Entlassungsvorbereitungen aktiv mitzuwirken haben. Unsere Rechtsordnung geht zu Recht davon aus, dass auch Strafgefangene grundsätzlich für ihr weiteres Fortkommen und ihr Leben selbst die Verantwortung tragen.

Dieses Selbstbestimmungsrecht wie auch der Mitgestaltungsanspruch der Gefangenen finden ihre Grenzen, wenn deren Ausübung die Sicherheit für das Personal, für die Mitgefangenen oder für die Allgemeinheit gefährdet oder gefährden kann, oder aber ein geregeltes Zusammenleben in der Anstalt verunmöglichen würde⁴⁷. Damit solche Einschränkungen der Grundrechte verfassungskonform sind, bedürfen diese auch bei Personen, welche in einem sog. besonderen Rechtsverhältnis stehen, einer gesetzlichen Grundlage⁴⁸. Schwere Eingriffe müssen gemäss unserer Bundesverfassung in einem Gesetz geregelt sein⁴⁹. Dies muss insbesondere auch für den Freiheitsentzug gelten.

C. Rechtsstaatlich legitimierter Lösungsansatz

Nur der Gesetzgeber kann das heute bestehende Dilemma zwischen Durchsetzung des staatlichen Strafanspruches und der Fürsorgepflicht des Staates einerseits und dem Selbstbestimmungsrecht der Gefangenen andererseits in rechtsstaatlich angemessener Art und Weise auflösen, indem er für den Fall eines Hungerstreiks oder einer Zwangsmedikation den rechtlichen Rahmen bestimmt. Leider haben in der Schweiz wegen der kantonalen Zuständigkeit bisher nur ganz wenige Kantone ein Gesetz zum Straf- und Massnahmenvollzug erlassen. Als löbliches Beispiel kann hier der Kanton Neuenburg erwähnt werden, der die Zwangsernährung im kantonalen Gesetz im Sinne einer letzten staatlichen Interventionsmöglichkeit ausdrücklich vorsieht. Darüber hinaus wird in liberaler Tradition folgend das Selbstbestimmungsrecht der

⁴² BENJAMIN F. BRÄGGER, BSK Strafrecht-I², Art. 74 N. 5 und 8 f.; Matthias Härrli, BSK StPO, Art. 236 N. 62.

⁴³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts 5. Auflage, Zürich 2006, 83 N. 393.

⁴⁴ Entscheid vom 26. August 2010 Erw. 6.3 am Ende.

⁴⁵ OLIVIER GUILLOD / DOMINIQUE SPRUMONT, Fn. 34, 6 Rz. 6.

⁴⁶ Vgl. dazu Fn. 8.

⁴⁷ Vgl. dazu Art. 74 StGB zweiter Satz und Art. 75 Abs. 1 StGB am Ende.

⁴⁸ Das Bundesgericht hat die Frage offen gelassen, ob das sog. besondere Rechtsverhältnis eine Zwangsernährung rechtfertigen könnte. Aus einem modernen, den rechtsstaatlichen Prinzipien verpflichteten Rechtsverständnis ist dies klar zu verneinen.

⁴⁹ Art. 36 Abs. 1 zweiter Satz BV.

Insassen als Ausfluss der Menschenwürde geschützt, indem der Gesetzgeber ausdrücklich vorsieht, dass eine Patientenverfügung auch im Strafvollzug und insbesondere im Falle eines Hungerstreikes zu beachten sei⁵⁰. In letzter Konsequenz bedeutet dies, dass ein zurechnungsfähiger Gefangener, welcher sich gegen eine Zwangsernährung ausgesprochen hat, in Würde sterben darf. Die Regelung des Kantons Neuenburg verhindert, dass der Staat als Garant des Gewaltmonopols und der Strafdurchsetzung im Falle einer lange andauernden Nahrungsverweigerung erpressbar wird. Zudem schützt sie die Menschenwürde und das Selbstbestimmungsrecht der Strafgefangenen in einer einem Rechtsstaate geziemender Weise.

Zusammenfassend betrachtet, sind die kantonalen Gesetzgeber somit in der Pflicht. Es gilt, eine Regelung zu schaffen, welche einerseits ausschliesst, dass der Staat erpressbar wird, andererseits die Menschenwürde und das Selbstbestimmungsrecht der Strafgefangenen genügend schützt. Aus der hier vertretenen Sichtweise müssten Fragen von solcher Komplexität und Tragweite in Ausschöpfung der Bundeskompetenz in einem Rahmengesetz zum schweizerischen Freiheitsentzug geregelt werden. Nur so kann eine schweizweit einheitliche Praxis geschaffen werden, welche eine rechtsgleiche Behandlung der Strafgefangenen gewährleisten kann. Nach der Vereinheitlichung des Strafrechts im Jahre 1942 und des Strafprozessrechts ab Januar 2011 stünde es unserem Land gut an, auch das Recht der Vollstreckung und des Vollzuges von freiheitsentziehenden Sanktionen in einem Rahmengesetz auf Bundesebene einheitlich zu regeln.

D. Schlussbetrachtung

Abschliessend betrachtet muss der Entscheid des Bundesgerichtes im Falle Bernard Rappaz als missglückt bezeichnet werden. Er ist juristisch sehr einseitig begründet, klammert wichtige Entscheide des Europäischen Menschenrechtsgerichtshofes aus, übergeht mit formalen Argumenten die internationalen und nationalen medizinisch-ethischen Richtlinien und „entmündigt“ mündige Strafgefangene in einer unserer Zeit nicht mehr vertretbaren Art und Weise. Es handelt sich somit eher um ein politisch motiviertes Urteil, welches aus Überlegungen der Staatsraison die Mehrheit der Kantone weiterhin in Schutz nimmt, welche den Vollzug von freiheitsentziehenden Sanktionen noch immer in juristisch und gesetzgeberisch nur ungenügender Art und Weise geregelt haben. Eine Änderung der Rechtsprechung, welche die Kantone verpflichten würde, die wesentlichen Rechte und Pflichten der Insassen sowie die grundrechtsrelevanten Einschränkungen der Gefangenen während des Vollzuges in einem Gesetz im formellen Sinne zu normieren, stünde unserem Land sowohl aus rechtsstaatlicher als auch demokratischer Sicht wohl an.

Letztlich muss kein Mensch müssen⁵¹. Diesem ethischen Prinzip folgend muss Bernard Rappaz nicht essen, wenn er nicht will, die behandelnden Ärzte müssen ihn nicht zwangsernähren, wenn sie dies nicht mit ihrer Berufsethik vereinbaren können und die Bundesrichter in Lausanne müssen im Falle des Ablebens von B. Rappaz weder die rechtliche noch moralische Verantwortung tragen.

Dr. iur. Benjamin F. Brägger
Lehrbeauftragter für Strafvollstreckungs- und Strafvollzugsrecht an der Universität Bern
Geschäftsführer der CLAVEM GmbH für Expertise und Beratung im Freiheitsentzug
benjamin.braegger@clavem.ch

⁵⁰ Vgl. dazu Art. 68 LPMA (Loi neuchâteloise sur l'exécution des peines privatives de liberté et des mesures pour les personnes adultes, du 3 octobre 2007, RSN 351.0). Dieser Gesetzesartikel lautet wie folgt:

Art. 68: Alimentation forcée

¹En cas de grève de la faim, la direction de l'établissement peut ordonner une alimentation forcée sous la conduite d'un médecin, pour autant que la personne concernée soit en danger de mort ou coure un danger grave.

²La mesure doit pouvoir être raisonnablement exigée des personnes concernées et elle ne doit pas entraîner de danger grave pour la vie et la santé de la personne détenue.

³Aussi longtemps qu'il est possible d'admettre que la personne concernée agit selon son libre choix, l'établissement n'intervient pas.

⁴L'établissement doit respecter les directives anticipées qui lui ont été remises.

⁵¹ GOTTHOLD EPHRAIM LESSING, in: Nathan der Weise, 3. Auftritt des 1. Aufzuges.