

**Gefängnisärztliche Tätigkeit – Notwendigkeit
oder Fragwürdigkeit einer Regelung?**

*Jahrestagung der Gefängnisärzte am 25./26. Januar 2013 in
Münsterlingen*

Prof. Dr. Markus Müller, Bern

I. Einleitung

Sehr geehrte Damen und Herren

Ich freue mich, heute vor Ihnen sprechen zu dürfen. Zu einem, wie mir scheint, ausgesprochen wichtigen und brisanten Thema.

Die biographische Einleitung hat es offengelegt: Von Medizin verstehe ich an sich nichts und auch von der täglichen Arbeit des Gefängnisarztes habe ich nur vom „Hörensagen“ Kenntnisse.

Die Frage, die mir hier gestellt ist, ist aber eine überwiegend *juristische* oder eher *rechtspolitische*:

„Soll die Tätigkeit der Gefängnisärzte gesetzlich geregelt werden. Oder, wissen die Ärzte selber was sie zu tun haben“?

Allein werde ich diese Frage natürlich nicht beantworten können. Das geht – wie fast bei jeder juristischen Fragestellung – nur im Dialog mit der betroffenen anderen Disziplin, konkret mit der Gefängnismedizin. [Deshalb bin ich ja auch hier!]

In 15 Minuten kann man freilich nicht die ganze Problematik mit der gewünschten Differenzierung behandeln. Auf die gestellte Frage lässt sich jedoch dennoch eine eindeutige Antwort formulieren. Ich möchte das nun in *drei Schritten* tun:

1. Was sind Gefängnisärzte? Sind es Amts- oder sind es Privatpersonen?
2. Was bedeutet dies für die Rechtsstellung des Arztes (Rechte und Pflichten)?
3. Ist es notwendig, die Aufgabe des Gefängnisarztes zu regeln?

Bei der Beantwortung muss ich vor allem eine theoretische, übergeordnete Optik einnehmen: Wie müsste es sein! Da die Ordnungen von Kanton zu Kanton etwas anders aussehen.

II. Gefängnisärzte: Privatpersonen oder Beamte?

Um diese Frage zu beantworten, ist zunächst danach zu fragen, was für eine *Aufgabe* die Gefängnisärzte erfüllen: eine staatliche oder eine private (bzw. privatärztliche)?

Ich denke, hierüber besteht *Einigkeit*: Der Gefängnisarzt übernimmt eine Aufgabe vom Staat. Er hilft dem Staat, dem Inhaber des Gewaltmonopols bei der Erfüllung der Aufgaben im Bereich des Strafvollzugs.

Dadurch wird er – und das ist ein erster wichtiger Punkt – zum öffentlichen Dienstnehmer (staatlichen Funktionär, staatlichen Erfüllungsgehilfen, Beamten).

Wie der Arzt *organisatorisch* in die Verwaltung eingebunden wird, spielt hierfür an sich keine Rolle. Üblicherweise geschieht dies auf folgenden *zwei* Hauptwegen:

1. Voll-/teilzeitliche Anstellung im öffentlichen Dienst.

Die hierarchische Eingliederung eines (voll- oder teilzeitig tätigen) Gefängnisarztes in die Verwaltung gestaltet sich – ja nach kantonaler Regelung – unterschiedlich:

- in die Hierarchie der Zentralverwaltung (= Mitarbeiter des Sicherheits-/Gesundheitsdepartements)
- in die Hierarchie der Gefängnisanstalt (= Gefängnispersonal).
- In die Hierarchie eines *öffentlichen Spitals* (AG, Anstalt, Stiftung).

Grundsätzlich ist es eine *Sache des Gesetzgebers*, wie er die Unterstellung gestalten will. Angesichts der berechtigten Bedürfnisse der Ärzte nach *fachlicher Autonomie*, scheint es sachgerecht, den Gefängnisarzt nicht in die Anstaltshierarchie einzugliedern (z.B. Konflikt: Arbeitspflicht – Gesundheit), sondern ihn eher dem Gesundheitsdepartement zu unterstellen.

2. Vertragliche Vereinbarung: mit Privatarzt oder Privatspital.

Auch hier handelt es sich um eine Form der dezentralen staatlichen Aufgabenerfüllung. Der Beauftragte wird im Rahmen des Auftrages zu einem Teil der staatlichen Verwaltung. – Auch der mandatierte Arzt unterliegt somit der staatlichen Aufsicht.

Zum **Vertrag** als solchem noch so viel: Da es um die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe geht, handelt es sich gemäss Lehre und Rechtsprechung um einen **öffentlichrechtlichen Vertrag**. Der Vertrag ist – wie die Verfügung – ein Rechtsakt zur Konkretisierung und Individualisierung von Rechtssätzen. Sein Inhalt muss sich dabei an *Gesetze und Verfassung* halten. Im Vertrag kann mit anderen Worten nichts vorgesehen sein, was nach dem übergeordneten Recht nicht erlaubt ist. Sinn macht ein Vertrag daher nur, wenn es um die Konkretisierung eines gesetzlich eingeräumten Ermessensspielraums der Verwaltung geht

Fazit:

Der Gefängnisarzt ist unabhängig von seiner verwaltungsorganisatorischen Eingliederung ein öffentlicher Bediensteter, der eine staatliche Aufgabe wahrnimmt bzw. dem Staat bei der Aufgabenerfüllung behilflich ist.

III. Konsequenzen auf die Rechtsstellung des Arztes

Der Umstand dass der Gefängnisarzt nicht als „Privatarzt“, sondern als „Amtsarzt“ tätig ist, hat Konsequenzen für seine Rechte und Pflichten.

Er hat *neben* seinen fachspezifischen *Rechten und Pflichten*, zusätzlich auch noch *Amtspflichten und Treuepflichten* gegenüber seinem Arbeitgeber.

Das heisst: Er muss gewisse Beschränkungen seiner Rechte und Freiheiten in Kauf nehmen, soweit diese zur Erfüllung der dienstlichen bzw. amtlichen Pflichten erforderlich sind.

Dies dürfte im Übrigen für alle Kategorien von Ärzten in amtlicher Mission gelten (Heimärzte, Militärärzte, Ärzte für Zwangsausschaffungen). Sodann sind auch alle anderen freien Berufe, die sich in den Dienst des Staates stellen, der Amts- und Treuepflicht unterstellt.

Bei der Aufgabenerfüllung kann es daher – wenn auch wohl selten – zu *Interessenkonflikten* kommen:

- Auf der einen Seite stehen die Interessen des *staatlichen Strafvollzugs* (Sicherheit/Funktionalität).
- Auf der anderen Seite stehen die (privaten) fachlichen Interessen des Arztes (z.B. fachliche Autonomie, Gewissensfreiheit) sowie die Interessen der Patienten (Selbstbestimmung/Arztgeheimnis).

Ist dieser Konflikt *nicht* bereits in weiser Vorausschau gesetzlich geregelt, muss im Einzelfall eine *Interessenabwägung* durchgeführt werden. Hierbei sind folgende Aspekte in Betracht zu ziehen?

- Der Gefängnisarzt befindet sich als „Amtsarzt“ in einem *besonderen Rechtsverhältnis (rapport de puissance publique special)*. Das bedeutet, dass
 - der Staat seine Rechte – mehr als diejenigen eines Privatarztes (= allgemeines Rechtsverhältnis) – einschränken darf. Das jedoch nur soweit, als es der Zweck der Gefängnismedizin verlangt.
 - dass der Staat auch seinen ärztlichen *Pflichten* eine besondere Ausprägung geben darf: Das *Arztgeheimnis* mutiert gewissermassen zum Amts(arzt)geheimnis. Mit anderen Worten: Wenn die Interessen des Strafvollzugs dies erfordern, kann der Arzt in diesem Umfang von der Schweigepflicht entbunden sein.
- Das Ethos des Privatarztes, die Empfehlungen der SAMW spielen hier nur insoweit eine Rolle, als der Gesetzgeber/der Staat bereit ist, diesen *privaten* Vorgaben Rechnung zu tragen (vgl. hierzu auch etwa den Fall Rappaz: BGE 136 IV 96 [Erw. 6.2.2.]).

Thema **Hungerstreik/Patientenverfügung**: Wie von Ärzten eingeräumt wird, wollen Hungerstreikende nicht sterben, sie machen nur eine Protestaktion und möchten mit dem Streik ihrer Forderung Nachdruck verleihen. Insoweit wird das Instrument der Patientenverfügung rechtsmissbräuchlich eingesetzt und kann daher rechtlich keine Beachtung finden. – Letztlich kommt das aber für den strafvollziehenden Staat nicht darauf an. Er wird einerseits solche Protestaktionen nicht ohne weiteres hinnehmen dürfen und schon gar nicht, einen protstierenden Gefangenen sterben lassen (Schutzpflicht). Darin bestehen zwar gewisse Einschränkungen der Patientenautonomie, dies ist aber eine Folge des Freiheitsentzugs. Im Übrigen gilt für sämtlich Ärzte, dass sie Patientenverfügungen nicht beachten dürfen, falls diese gesetzliche Vorschriften missachten oder nicht dem freien Willen entspricht (vgl. Art. 372 Abs. 2 ZGB): die Strafrechts- und Strafvollzugsbestimmungen, die rechtskräftigen Strafurteile etc. sind solche gesetzlichen Vorschriften.

Die einzelfallmässige Konfliktlösung in derart sensiblen Konstellationen gelingt nun aber selten (Rappaz!). Es ist daher

zu *empfehlen*, solche Konfliktsituationen soweit möglich in einem Gesetz abstrakt zu regeln.

Fazit:

Der Gefängnisarzt muss sich als Amtsarzt unter Umständen Beschränkungen seiner Freiheiten und seines Ethos gefallen lassen. Zusätzlich erhält er spezifische Amts- und Treuepflichten. Ohne gesetzliche Regelung seines Status müssen allfällige Interessenkollisionen stets im Einzelfall durch Abwägung entschieden werden. Dies bedeutet für alle Betroffenen eine erhebliche Rechtsunsicherheit.

IV. Wieso eine Normierung der Aufgaben des Gefängnisarztes?

Wie gezeigt: Ohne verbindliche staatliche Regelung zu Stellung und Befugnissen des Gefängnisarztes, sind Konflikte im Einzelfall durch *Güterabwägung* zu lösen. Das ist zwar – wie gezeigt – zu leisten, bedeutet aber Rechtsunsicherheit für alle Beteiligten: für Ärzte, für Anstaltsleitungen (oder Aufsichtsbehörden), für Patienten.

- Eine gesetzliche Regelung der Rechte und Pflichten *des Gefängnisarztes* (insbes. fachliche Unabhängigkeit, hierarchische Unterstellung, Umfang der Geheimnispflicht) bringt für alle *Sicherheit und Voraussehbarkeit*.

Beispiel Unabhängigkeit: Auch der *Richter* ist eine staatliche Behörde und erfüllt staatliche Rechtsprechungsfunktionen. Dass er unabhängig ist und sich allein dem Recht verpflichtet fühlt, ist für uns heute eine Selbstverständlichkeit. Das ist aber nicht so vom Himmel gefallen, sondern wurde – demokratisch legitimiert – im Verfassungs- und Gesetzesrecht verankert.

Wenn man erreichen möchte, dass auch die *Gefängnisärzte* allein der medizinischen Wissenschaft verpflichtet sind, wenn sie z.B. Mentoringfunktionen erfüllen sollen etc., muss man dies entsprechend regeln. Regeln müsste man auch, wieweit sich der Gefängnisarzt auf sein Arztgeheimnis berufen kann und muss. – Bei diesen Fragen geht es um zentrale, sensible und entsprechend kontroverse Fragen des Umgangs mit Gefangenen, des Sinn und Zwecks des Strafvollzugs, der Menschenwürde, des Selbstbestimmungsrecht usw.

- Ferner löst eine klare Regelung auch das Dilemma *zwischen Profession und Hierarchie*, in dem der Gefängnisarzt steckt.

An was orientiert sich der Gefängnisarzt an der **Profession** oder an der **Hierarchie**? Tendenziell neigt der Arzt dazu (wie jeder öffentliche Dienstnehmer, der eine längere Ausbildung genossen hat), sich an den Regeln seiner Profession zu orientieren. Es macht ihm daher Mühe, sich der Verwaltungshierarchie und den staatlichen Regeln zu unterziehen. Ohne gesetzliche Regelung überlässt man den Entscheid dem betroffenen Mitarbeiter. Er ist es denn auch, der mit den (dienstrechtlichen/strafrechtlichen) Konsequenzen zu kämpfen hat.

- *Verwaltungsorganisatorisch* ist eine formell-gesetzliche Grundlage ohnehin immer angezeigt, wenn der Staat die Erfüllung einer seiner Aufgaben auf Private auslagert. Im Gesetz müssen dabei die wichtigsten Eckwerte der Aufgabenauslagerung geregelt sein:
 - Ausgelagerte Aufgabe
 - (Grund)Rechte und Pflichten der Ärzte (bzw. Spitalabteilungen)
 - Abgeltungen
 - Haftungsfragen (zivile/staatliche Verantwortlichkeit und strafrechtliche Verantwortlichkeit)?
 - Organisation der Aufsicht (z.B. durch ein medizinisches Fachgremium)

- Es stellt sich zusätzlich die Frage, ob es hierfür eines *Bundesgesetzes* bedarf, oder ob es hier weiterhin föderale Vielfalt geben soll. Grundsätzlich wäre der Bund kompetent, wichtige Fragen des Strafvollzugs zu regeln, hat aber die *Autonomie* der Kanton möglichst weitgehend zu respektieren (Art. 123 Abs. 3 i.V. mit Art. 46/47 BV). Das zentrale Kriterium für eine Bundesregelung ist die *Notwendigkeit* einer einheitlichen, gesamtschweizerischen Regelung. Für eine Bundesregelung würde sprechen:
 - Die *gesamtgeseftliche Relevanz* der aufgeworfenen Fragen. Wie weit soll die staatliche Fürsorgepflicht gegen (Fürsorge vs. Selbstbestimmung)? Soll der Staat Personen auf ihren Wunsch sterben lassen, solange sie sich in seiner Obhut befinden? usw.

Um solche Fragen in der Gesellschaft zu diskutieren, dient der demokratische Gesetzgebungsprozess. Das kann weder die SAMW in

Es gilt das gesprochene Wort!

ihren Empfehlungen tun, noch eine Gefängnisleitung in ihrer Hausordnung. Auch eine Verordnung der Exekutive kann hier nicht genügen. *Wichtiges* gehört ins Gesetz!

- Der Umstand, dass Häftlinge oft über die *Kantonsgrenzen* hinweg verschoben werden. Es wäre daher wünschenswert, wenn die Arbeitsbedingungen für Ärzte einigermaßen einheitlich geregelt wären.

Pragmatisch betrachtet, macht es aber allenfalls keinen Sinn auf eine Bundeslösung zu warten. Der Druck müsste wohl von unten kommen, indem wenigstens die Kantone Regelungen erlassen, einzeln oder besser: gemeinsam in einem Konkordat.

Ich komme zum Schluss.

Erlauben Sie mir die Antwort auf die eingangs gestellte Frage in zwei Sätzen **zusammenzufassen**:

„Soll die Tätigkeit der Gefängnisärzte gesetzlich geregelt werden. Oder, wissen die Ärzte selber was sie zu tun haben“?

1. Eine klare gesetzliche Regelung der Tätigkeit der Gefängnisärzte, ihrer Rechte und Pflichten bringt für alle involvierten Akteure Vorteile.
2. Sie macht das Handeln voraussehbar, berechenbar und stellt damit umfassende Rechtssicherheit her.
3. Ideal wäre eine Lösung auf Bundesebene.

Ich danke Ihnen für die Aufmerksamkeit.