

SK 2013 95

Beschluss der 2. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern

Oberrichter Aebi (Präsident i.V.), Oberrichter Kiener, Oberrichterin Bratschi
Gerichtsschreiberin Brodbeck

vom 6. Februar 2014

Verfahrensbeteiligte

A.

und

Inselspital Bern

beide vertreten durch Rechtsanwältin X.

Beschwerdeführer

Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern

Beschwerdegegnerin

Beschwerde gegen den Entscheid der Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern (POM)
vom 18. März 2013

Regeste

Bei der angeordneten Berichterstattung vor Eintritt irreversibler Schäden bei einem hungerstreikenden Häftling handelt es sich um eine Vorbereitungshandlung zur Zwangsernährung, weshalb die Zuständigkeit der Anordnung der Zwangsernährung zu prüfen ist. Die Frage der Anordnung der Zwangsernährung ist eine Frage des Vollstreckungsrechts, weshalb bei einem ausserkantonalen Häftling die Behörden dessen Kantons zuständig sind.

Nach bernischem Recht ist die Anordnung der Zwangsernährung eines Häftlings, der sich in einer gültigen Patientenverfügung gegen eine solche ausgesprochen hat, unrechtmässig.

Redaktionelle Vorbemerkungen

A., ein Arzt der Bewachungsstation des Inselspitals (BEWA) und das Inselspital erhoben Beschwerde, weil das Amt für Freiheitsentzug und Betreuung (FB) sie im Jahre 2011 u.a. anwies, vor Eintritt irreversibler Schäden beim hungerstreikenden Häftling C., Bericht zu er-

statten. Die Beschwerdeführenden bestreiten die Zuständigkeit des FB zu Anordnung der Berichterstattung.

Auszug aus den Erwägungen:

[...]

II.

[...]

3. Die Beschwerdeführenden müssen weiter ein aktuelles Interesse an der Aufhebung oder Änderung der Verfügung oder des Entscheides haben (Art. 79 Abs. 1 lit. c VRPG). Ein solches besteht, wenn die tatsächliche oder rechtliche Situation der beschwerdeführenden Person durch den Ausgang des Verfahrens beeinflusst wird. Eine Beschwerde wird trotz fehlendem aktuellem Interesse behandelt, wenn es um eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung geht, die sich jederzeit unter den gleichen oder ähnlichen Umständen wieder stellen und wegen der Dauer des Verfahrens kaum je endgültig entschieden werden könnte oder wenn eine Entscheidung in der Sache aus anderen Gründen als angezeigt erscheint (MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, Kommentar zum bernischen VRPG, Bern 1997, N. 25 zu Art. 65 VRPG mit weiteren Hinweisen).

4. Aus dem angefochtenen Entscheid der POM geht hervor, dass sich der in der Verfügung des FB erwähnte Häftling C. zum Zeitpunkt des POM-Entscheides, d.h. am 8. März 2013, nicht mehr in der BEWA und nicht mehr im Hungerstreik befand.

Vorliegend bleibt aber umstritten, ob das FB zur Handlungsanordnung im Sinne von Ziffer 3 der ursprünglichen Verfügung (Anweisung zur vorsorglichen Berichterstattung) gegenüber den Beschwerdeführenden befugt war. Die Frage nach den Zuständigkeiten und Befugnissen des FB im Zusammenhang mit einer Zwangsernährung ist offenkundig von grundsätzlicher Bedeutung. Sie kann sich bei jeder Einweisung eines Hungerstreikenden in die BEWA in der einen oder anderen Form erneut stellen.

5. Das Verfahren und der Entscheid in der Sache sind indessen auf den Streitgegenstand begrenzt. Dieser bezeichnet den Umfang, in dem das mit der angefochtenen Verfügung geregelte Rechtsverhältnis umstritten ist (MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, a.a.O., N. 6 zu Art. 72 VRPG). Die Beschwerdeführenden fechten vor oberer Instanz den Entscheid der POM vom 8. März 2013 nur insoweit an, als ihre Beschwerde abgewiesen und ihnen Verfahrenskosten auferlegt wurden.

Mit Bezug auf die ursprüngliche Verfügung des FB vom 14. April 2011 steht somit nur deren Ziffer 3, worin der Beschwerdeführer 1 aufgefordert wurde, „dem FB vor dem Eintritt irreversibler Schäden Bericht zu erstatten, wenn feststeht, dass C. trotz Einsatz sämtlicher möglicher Massnahmen im Sinne von Ziffer 2 dieser Verfügung nicht dazu bewegt werden kann, den Hungerstreik abubrechen“, zur Diskussion. Streitgegenstand bildet mithin eine Handlungsanweisung des FB, die sich, wie nachfolgend dargelegt

wird, konkret auf einen ausserkantonalen Inhaftierten bezog, welcher für den Fall der Zwangsernährung zudem eine Patientenverfügung erlassen hatte.

6. Auf die Beschwerde vom 10. April 2013 ist in diesem Umfang einzutreten. Die Kognition der Kammer richtet sich nach Art. 80 VRPG.

III.

1. Die Beschwerdeführenden und die POM haben sich in ihren Rechtsschriften sehr einlässlich, aber auch weitgehend losgelöst vom vorliegenden Fall, zu Fragen rund um die Anordnung einer Zwangsernährung geäußert.

Die Rechtsmittelinstanz beurteilt, unter Ausblendung der zufälligen Modalitäten des obsolet gewordenen Falls, allein die streitigen Grundsatzfragen, wobei sich der Klärungsbedarf aufgrund der individuellen, potentiell wiederholbaren Situation des Beschwerdeführers bestimmt (BVE 2008 S. 569 ff. E. 3.2, mit Hinweisen). Das Erfordernis eines aktuellen und praktischen Interesses im Urteilszeitpunkt soll – entsprechend dem Prinzip der Prozessökonomie – sicherstellen, dass das Gericht konkrete und nicht bloss theoretische Fragen entscheidet (BVE 2008 S. 569 ff. E. 3.1, mit Hinweisen) und das Begehren soll auch nicht darauf abzielen „auf Vorrat“ Rechtsfragen klären zu lassen (MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, a.a.O., N. 25 zu Art. 65 VRPG).

Unter Bezugnahme auf die Überlegungen gemäss Ziff. II 3. - 5. hievon hält die Kammer deshalb vorab fest, welche Fragen aus ihrer Sicht im durch den Streitgegenstand begrenzten Rahmen und trotz fehlendem aktuellem Interesse überhaupt noch zu prüfen sind und welche nicht.

2. Bei der in Frage stehenden Berichterstattung handelt es sich zweifelsohne um eine Art Vorbereitungshandlung zur Zwangsernährung. Dabei liegt es auf der Hand und wird von keiner Seite bestritten, dass eine Rapportierung über den Gesundheitszustand eines Inhaftierten nur gegenüber derjenigen Stelle Sinn macht, die auch zur Anordnung der Zwangsernährung selber befugt ist. Zu prüfen ist deshalb, ob, und allenfalls durch wen, in der vorliegenden Konstellation eine Zwangsernährung als weitergehende Massnahme angeordnet werden durfte bzw. darf.

Konkret geht es nach Auffassung der Kammer also um die Frage, ob das FB den Beschwerdeführer 1 zur Berichterstattung über einen hungerstreikenden Häftling aus dem Kanton Zug auffordern durfte. Mit Blick auf die grundsätzliche Bedeutung der sich stellenden Fragen ist weiter zu klären, ob das FB, oder die allenfalls zuständigen Behörden des Kantons Zug, in der gleichen Konstellation trotz Patientenverfügung eine Zwangsernährung hätten anordnen dürfen bzw. nach aktuell geltendem Recht eine solche anordnen dürften. Nicht zu prüfen ist demgegenüber die bloss theoretische Frage der Zuständigkeit bei einem bernischen Inhaftierten, sei es mit oder ohne Patientenverfügung; ebenso wenig Gegenstand der oberinstanzlichen Überprüfung bildet die generelle Situation bei ausserkantonalen Inhaftierten ohne Patientenverfügung in einer bernischen Vollzugseinrichtung.

3. Ein Blick in die – bezeichnenderweise samt und sonders zugerischen – Vollzugsakten des vorliegend Betroffenen zeigt Folgendes: C. wurde mit Urteil des Obergerichts des Kantons Zug vom 2. März 2009 wegen Körperverletzung, Gefährdung des Lebens,

Sachbeschädigung, Drohung, Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte, Missbrauch von Ausweisen und Schildern und Vergehen gegen das Waffengesetz zu einer Freiheitsstrafe von 30 Monaten (abzüglich 764 Tagen Untersuchungs- und Sicherheitshaft) verurteilt. Es wurde eine stationäre therapeutische Massnahme nach Art. 59 Abs. 1 und 3 StGB angeordnet, zu deren Gunsten der Vollzug der Freiheitsstrafe aufgeschoben wurde. Seit dem 5. Juli 2009 befand sich der Inhaftierte im vorzeitigen Massnahmenvollzug. Der Überblick über die wichtigsten Stationen im Vollzug präsentiert sich wie folgt:

24.07.2008 – 10.12.2009	Psychiatriezentrums Rheinau
10.12.2009 – 01.03.2010	Therapiezentrum Im Schache (TZS)
01.03.2010 – 03.03.2011	Strafanstalt Zug
03.03.2011 – 17.03.2011	Sicherheitsabteilung Interkantonale Strafanstalt Bostadel (IKS)
17.03.2011 – 30.03.2011	Bewachungsstation (BEWA) Inselspital Bern
30.03.2011 – 14.04.2011	Integrationsabteilung Strafanstalt Thorberg
14.04.2011 – 13.05.2011	BEWA Inselspital Bern
13.05.2011 – 26.05.2011	Zuger Kantonsspital

C. wurde auch nach dem 26. Mai 2011 noch in diversen Anstalten untergebracht, bevor er am 16. April 2013 an den Folgen eines (erneuten) Hungerstreiks verstarb. Schon vor seinem Tod war er mehrfach in einen Hungerstreik getreten, so unter anderem auch in der Zeit seiner Unterbringung im Kanton Bern im Frühjahr 2011, während der die hier zur Debatte stehende Verfügung erging. Wie sich aus den Akten ergibt, erfolgte die Verfügung vom 14. April 2011 zeitgleich mit der (erneuten) Einweisung von C. in die BEWA, ohne dass aber in der Folge effektiv eine Zwangsernährung angeordnet worden wäre.

4. Da es sich vorliegend um einen Inhaftierten aus dem Kanton Zug handelte, welcher in den Kanton Bern verlegt wurde, stellt sich also zunächst die Frage nach der kantonalen Zuständigkeit und dem anwendbaren Recht.
- 4.1. Zur Klärung dieser Frage ist eine Unterscheidung der Begriffe Vollstreckung und Vollzug notwendig (BENJAMIN F. BRÄGGER, Die revidierten Bestimmungen des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches zum Straf- und Massnahmenvollzug: Das Neue scheint nicht gut, und das Gute ist nicht wirklich neu! in ZStrR 126/2008 S. 391, 395). Der Begriff der Strafvollstreckung umfasst die Anordnung, die Überwachung der Durchführung, die Bewilligung der Vollzugsstufenplanung und der Vollzugslockerungen innerhalb der Vollzugsstufen sowie die Unterbrechung und Beendigung von freiheitsentziehenden Sanktionen. Die Vollstreckungsbehörde bestimmt damit in rechtlich verbindlicher und somit anfechtbarer Art und Weise (verwaltungsrechtliche Verfügung nach kantonalem Verfahrensrecht) insbesondere den Vollzugszeitpunkt und -ort, bewilligt den Vollzugsplan und die darin enthaltene Vollzugsstufenplanung sowie allfällige Beurlaubungen. Ebenfalls in den Kompetenzbereich der Vollstreckungsbehörde fallen Entscheide zur Unterbrechung und zur Beendigung sowie zur Übernahme eines Vollzuges durch einen anderen Kanton oder die Abtretung an einen anderen Staat wie auch die Bezahlung der Vollzugskosten. Zusammenfassend gesagt, ist die Vollstreckungsbehörde die vollzugsleitende Entscheidbehörde (BRÄGGER, a.a.O., S. 391, 392).

Der Begriff des Strafvollzugs umfasst hingegen die konkrete Art und Weise der Durchführung freiheitsentziehender Sanktionen in Straf- oder Massnahmenvollzugsanstalten gemäss den jeweils geltenden kantonalen Hausordnungen. Vollzugsentscheide werden grundsätzlich von der Anstaltsleitung angeordnet und betreffen insbesondere das Disziplinarwesen, die Zuteilung des Arbeitsplatzes oder der geeigneten Arbeit und der Festlegung des Arbeitsentgelts sowie dessen Verwendung, die Bewilligung von internen Aus- und Weiterbildungen wie auch von Freizeitaktivitäten für die Insassen (BRÄGGER, a.a.O., S. 391, 394).

- 4.2. Auf Vollzugsfragen, welche den Anstaltsalltag betreffen, ist dasjenige kantonale Recht anwendbar, in welchem die Anstalt geografisch gelegen ist (BRÄGGER, a.a.O., S. 391, 395). Die Verfügungen in Vollstreckungsfragen stützen sich dagegen auf das Recht jenes Kantons, welcher die Vollstreckungszuständigkeit innehat (BRÄGGER, a.a.O., S. 391, 396).

Das Urteil gegen C. erging im Kanton Zug, weshalb letzterer nach Art. 372 StGB auch verpflichtet war, dieses zu vollziehen. Auf Vollstreckungsfragen war im vorliegenden Fall also zugerisches Recht anwendbar.

- 4.3. Es stellt sich somit die Frage, ob die Anordnung einer Zwangsernährung unter den Begriff der Strafvollstreckung oder des Strafvollzugs zu subsumieren ist. Dem Wortlaut der einschlägigen kantonalen gesetzlichen Grundlagen lässt sich die Antwort nicht entnehmen. So hält § 6a der zugerischen Verordnung über den strafrechtlichen Justizvollzug gegenüber Erwachsenen fest, die Vollzugsbehörde ordne keine Zwangsernährung an. Art. 61 SMVG-BE dagegen erklärt die Leitung der Vollzugseinrichtung zur Anordnung einer Zwangsernährung zuständig.

Nach Auffassung der Kammer geht die Befugnis zur Anordnung oder Nichtanordnung einer Zwangsernährung wesentlich weiter als beispielsweise die Zuteilung des Arbeitsplatzes oder die Bewilligung von Aus- und Weiterbildungen. Sie geht auch weiter als die Kompetenz zur Aussprechung von Disziplinar massnahmen. Dass es bei der Anordnung einer Zwangsernährung um eine Vollstreckungs-, nicht um eine blosse Vollzugsfrage geht, zeigt sich an folgenden Überlegungen:

Beendet ein Häftling seinen Hungerstreik nicht freiwillig und wird die Zwangsernährung nicht angeordnet, führt dies zum Tod des Streikenden und damit zur Beendigung des Strafvollzugs. Den meisten Hungerstreikenden geht es darum, durch den Streik Vollzugserleichterungen zu erzwingen oder die Beendigung des Vollzugs herbeizuführen. Dadurch wird die ordnungsgemässe Vollstreckung gefährdet. Schliesslich ist auch dann die Durchführung des Strafvollzugs tangiert, wenn es um die viel diskutierte Frage geht, ob die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs Vorrang vor dem Willen des Hungerstreikenden haben soll.

Entscheide über die Durchführung wie auch solche über die Beendigung des Strafvollzuges obliegen wie gesagt der Vollstreckungsbehörde. Weil es auch bei der Anordnung einer Zwangsernährung um eine Frage der Vollstreckung geht, wären vorliegend die Behörden des Kantons Zug zuständig gewesen und es hätte zugerisches Recht zur Anwendung gelangen müssen. Die Berner Behörden waren mithin am 14. April 2011 für den Erlass einer Verfügung mit Vollstreckungscharakter gar nicht zuständig. Die Beschwerde ist aus diesem Grund gutzuheissen und Ziffer 3 der angefochtenen Verfügung aufzuheben.

5. Weiter ist zu prüfen, ob eine Zwangsernährung durch die nunmehr als zuständig erachteten Zuger Behörden überhaupt rechtmässig hätte angeordnet werden können.

5.1. Der Inhaftierte verfasste am 18. April 2011 eine Patientenverfügung (pag. 119), in welcher er sämtlichen Mitarbeitern des Inselspitals untersagt, lebenserhaltende Massnahmen durchzuführen. Er erklärte ausdrücklich, sterben zu wollen. Seinen Willen bekräftigte er in der Patientenverfügung vom 6. Mai 2011 (pag. 117), in welcher er allen Ärzten, Spitälern und deren Mitarbeitern verbot, lebenserhaltende Massnahmen an ihm vorzunehmen. Das Verbot gelte für alle Formen lebenserhaltender Massnahmen, insbesondere für die Zwangsmedikation, Zwangsernährung und der zwangsweisen Flüssigkeitszufuhr. Es sei sein fester Entschluss, mit der Nahrungsverweigerung seinen Tod herbeizuführen. Sämtliche Folgen der Nahrungsverweigerung wie Bewusstseinsverlust oder andere Gesundheitsschädigungen, die vor dem Tod eintreten, bis schliesslich den Tod, nehme er in Kauf. Diese Patientenverfügung gelte, sofern sie nicht schriftlich von ihm widerrufen werde.

Mit dem Hungerstreik hatte C. bereits am 5. März 2011 in der Anstalt Bostadel begonnen (pag. 47). Seinen Willen, sich einer Zwangsernährung zu widersetzen, hatte er bereits vor dem 18. April 2011 mehrfach klar geäussert (vgl. den Brief von Frau Dr. med. D. [Oberärztin BEWA] an Herrn E. vom 1. April 2011; Vollzugsakten Kanton Zug).

5.2. Nach aktuell geltendem Bundesrecht (ZGB; in Kraft seit 1. Januar 2013) kann eine urteilsfähige Person in einer Patientenverfügung festlegen, welchen medizinischen Massnahmen sie im Fall ihrer Urteilsunfähigkeit zustimmt oder nicht zustimmt (Art. 370 Abs. 1 ZGB). Die Ärztin oder der Arzt entspricht der Patientenverfügung, ausser wenn diese gegen gesetzliche Vorschriften verstösst oder wenn begründete Zweifel bestehen, dass sie auf freiem Willen beruht oder noch dem mutmasslichen Willen der Patientin oder des Patienten entspricht (Art. 372 Abs. 2 ZGB). Sind diese Voraussetzungen erfüllt und ist der Inhaftierte über die möglichen Konsequenzen seines Handelns im Bild, so muss der in der Verfügung festgehaltene Willen des Häftlings berücksichtigt werden, wie das auch bei einem Patienten in Freiheit der Fall wäre (THOMAS NOLL, Hungerstreik in U-Haft und Vollzug in forumpoenale 6/2013 S. 369, 373).

5.3. Vor dem 5. Mai 2012 bestand im Kanton Zug noch keine Regelung zur Frage der Zwangsernährung von inhaftierten Personen. Da die zugerischen Behörden jedoch vorliegend keine Zwangsernährung angeordnet haben, kann die Frage nach der Zulässigkeit einer entsprechenden Anordnung per 14. April 2011 offen gelassen werden.

Am 5. Mai 2012 ist im Kanton Zug § 6a Abs. 1 der Verordnung über den strafrechtlichen Justizvollzug gegenüber Erwachsenen in Kraft getreten. Diese Bestimmung besagt, dass die Vollzugsbehörden bei Hungerstreiks im Straf- und Massnahmenvollzug keine Zwangsernährung anordnen. Gemäss Abs. 3 der Bestimmung respektieren die Vollzugsbehörden eine Patientenverfügung des Hungerstreikenden, wenn dieser schriftlich bestätigt, dass er auch bei Verlust des Bewusstseins eine künstliche Ernährung ablehne. Urteilsfähigkeit des Häftlings im Zeitpunkt der Errichtung der Patientenverfügung vorausgesetzt, könnte somit heute im Kanton Zug keine Zwangsernährung angeordnet werden.

Die Urteilsfähigkeit von C. im Zeitpunkt der Errichtung der Patientenverfügung wird von niemandem bestritten. Es bestehen auch keine Zweifel, dass die Patientenverfügung auf

seinem freien Willen beruhte und schon im Zeitpunkt der Verlegung auf die BEWA seinem mutmasslichen Willen entsprach. Es handelt sich also um eine gültige Patientenverfügung.

Die Beschwerde wäre somit auch aus diesem Grund gutzuheissen und Ziffer 3 der Verfügung des FB aufzuheben.

- 5.4. Selbst wenn die eben erörterten Fragen als Fragen des Vollzugsrechts nach bernischem Recht zu beurteilen wären, würde dies am Ergebnis nichts ändern.

Im Kanton Bern kann die Leitung der Vollzugseinrichtung eine unter ärztlicher Leitung und Beteiligung durchzuführende Zwangsernährung anordnen, wenn Lebensgefahr oder eine schwerwiegende Gefahr für die betroffene Person besteht. Die Massnahmen müssen für die Beteiligten zumutbar sein und dürfen nicht mit erheblicher Gefahr für das Leben oder die Gesundheit der eingewiesenen Person verbunden sein (Art. 61 Abs. 1 SMVG). Solange jedoch von einer freien Willensbestimmung der betroffenen Person ausgegangen werden kann, erfolgt von Seiten der Vollzugseinrichtung keine Intervention (Art. 61 Abs. 2 SMVG).

In Art. 40b des Gesundheitsgesetzes des Kantons Bern (welcher per 1. Februar 2012 aufgehoben wurde) war festgehalten, dass eine Person im Voraus im Zustand der Urteilsfähigkeit schriftlich oder mündlich anordnen kann, welche Behandlungsmassnahmen sie im Fall ihrer Urteilsunfähigkeit in einer bestimmten Situation erhalten oder verweigern will. Die Patientenverfügung ist von der Fachperson im Rahmen der Rechtsordnung zu beachten.

Wie dargelegt handelt es sich vorliegend um eine gültige Patientenverfügung. Damit kann von einer freien Willensbestimmung – wie sie Art. 61 Abs. 2 SMVG verlangt – ausgegangen werden. Die Anordnung einer Zwangsernährung wäre somit nach aktuell geltendem Recht unrechtmässig bzw. war es schon nach altem bernischem Recht. Die Frage der kantonsinternen Zuständigkeit ist damit für das Ergebnis unerheblich.

[...]