

Dokument	forumpoenale 5/2021 S. 407
Autor	Gianmarco Coluccia
Titel	Ärztliche Schweigepflicht im Strafvollzug – zugleich Besprechung von BGE 147 IV 27
Urteilsbesprechung	1B_545/2019
Seiten	407-412
Publikation	forumpoenale
Herausgeber	Jürg-Beat Ackermann, Roy Garré, Gunhild Godenzi, Yvan Jeanneret, Konrad Jeker, Bernhard Sträuli, Wolfgang Wohlers
ISSN	1662-5536
Verlag	Stämpfli Verlag AG



Gianmarco Coluccia, MLaw

Ärztliche Schweigepflicht im Strafvollzug – zugleich Besprechung von [BGE 147 IV 27](#)

I. Einleitung

Sowohl bei den Ermittlungen im Strafverfahren wie auch während dem Strafvollzug können Behörden auf Unterlagen angewiesen sein, die der ärztlichen Schweigepflicht unterstehen. Wie zu sehen sein wird, stützen sich die Staatsanwaltschaft wie auch die Vollzugsbehörde dabei auch auf kantonale Bestimmungen zum Arztgeheimnis. Anhand vom neusten Bundesgerichtsentscheid, [BGE 147 IV 27](#), soll das Verhältnis zwischen der ärztlichen Schweigepflicht und der kantonalen Entbindungspraxis erörtert werden, insbesondere ob kantonale Erlasse die ärztliche Schweigepflicht auflockern können. Schlussendlich ist die Frage zu beantworten, ob der ärztlichen Schweigepflicht im Strafvollzug die gleiche Tragweite zukommt wie der Schweigepflicht in Freiheit oder hier andere Massstäbe zu setzen sind.



II. Schweigeverpflichtung im Strafvollzug

1. Die Behandlung im Strafvollzug

Die therapeutische Behandlung von Gefangenen ist heutzutage Standard und wird auch bei Straftätern ohne angeordnete Massnahmen¹ für eine erfolgreiche Wiedereingliederung vorausgesetzt.² Man spricht dabei von «freiwilligen» Therapien, weigert sich der Insasse, die Therapie zu absolvieren, kann dies aber ein negatives Prognoseelement darstellen, welches Auswirkungen auf die Vollzugslockerungen haben kann.³ Ob bei einer derartigen Vorgehensweise noch von *freiwilligen* Therapien gesprochen werden kann, ist fraglich.

Bei gerichtlich angeordneten Therapien (ob ambulant oder stationär) kann eine Mitwirkungsverweigerung dazu führen, dass die Therapie als erfolglos abgebrochen werden muss.⁴ Der Abbruch von angeordneten Massnahmen kann dazu führen, dass im Fall einer erfolglosen ambulanten

forumpoenale 5/2021 S. 407, 408

Massnahme eine nachträgliche stationäre Massnahme, im Fall einer erfolglosen stationären Massnahme eine nachträgliche Verwahrung nachträglich angeordnet werden kann.⁵

2. Schweigepflicht oder Aussagepflicht des Therapeuten?

Die vollzugsrechtliche Behandlungsdoktrin geht davon aus, dass sich die Behandlung von psychisch kranken Straftätern grundlegend von der gängigen Behandlung in anderen Kontexten unterscheidet. Nicht der kranke Patient sei der Auftraggeber, sondern die Gesellschaft. Es sei die Pflicht des Straftäters, sich behandeln zu lassen, wobei der Behandlungsauftrag nicht primär die Gesundheit des Patienten, sondern die Sicherung der Gesellschaft vor diesem Patienten sei. Es gebe in diesem Verhältnis kein gesetzlich geschütztes Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient.⁶ Das Bundesgericht hat darüber hinaus im Entscheid BGer, Urteil v. 28.11.2011, [6B 4/2011](#), festgehalten, dass in Bezug auf die freiwilligen Therapien im Strafvollzug das Arztgeheimnis ebenfalls aufgehoben sei. Die Therapiearbeit im Strafvollzug sei keine Privatangelegenheit, sondern eine Pflicht des Gefangenen der Allgemeinheit gegenüber.⁷

Die Kantone regeln den Strafvollzug und somit auch die Tragweite der ärztlichen Schweigepflicht. Ein Grossteil der kantonalen Justizvollzugsgesetze sehen vor, dass der Therapeut u.a. gehalten ist, der Anstaltsleitung und der kantonalen Justizvollzugsbehörde sporadisch oder regelmässig über die Therapie Bericht zu erstatten. Dabei muss er sich insbesondere bzgl. der angewendeten Therapie, des Erreichens oder Nichterreichens von Therapiezielen, in der Therapie festgestellten Veränderungen wie auch zur

¹ [Art. 56 ff. StGB](#).

² Das Bundesgericht erachtet die Verweigerung der Mitwirkung an einer Therapie als fehlende Einsicht in die Tat und somit als Element einer gefährlichen Grundhaltung, vgl. dazu BGer, Urteil v. 14.4.2014, [6B 1164/2013, E. 1.7](#); BGer, Urteil v. 31.3.2014, [6B 842/2013, E. 3](#); BGer, Urteil v. 19.5.2015, [6B 93/2015, E. 5.6](#); BGer, Urteil v. 6.6.2017, [6B 240/2017, E. 1.5.4](#); BGer, Urteil v. 28.2.2019, [6B 32/2019, E. 2.4](#); BGer, Urteil v. 10. 11.2003, [6A.68/2003, E. 4](#); Koller, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), BSK [StGB I](#), 4. Aufl., Basel 2019, Art. 86 N 9; Trechsel/Aebersold, in: Trechsel/Aebersold, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2017, Art. 75 N 19; Brägger, Massnahmenvollzug an psychisch kranken Straftätern in der Schweiz: Eine kritische Auslegeordnung, SZK 2/2014, 36, 41.

³ Das Bundesgericht erachtet die Verweigerung der Mitwirkung an einer Therapie als fehlende Einsicht in die Tat und somit als Element einer gefährlichen Grundhaltung, vgl. dazu BGer, Urteil v. 14.4.2014, [6B 1164/2013, E. 1.7](#); BGer, Urteil v. 31.3.2014, [6B 842/2013, E. 3](#); BGer, Urteil v. 19.5.2015, [6B 93/2015, E. 5.6](#); BGer, Urteil v. 6.6.2017, [6B 240/2017, E. 1.5.4](#); BGer, Urteil v. 28.2.2019, [6B 32/2019, E. 2.4](#); BGer, Urteil v. 10. 11.2003, [6A.68/2003, E. 4](#); Koller, BSK [StGB I](#) (Fn. 2), Art. 86 N 9; Brägger (Fn. 2), 41.

⁴ Heer, BSK [StGB I](#) (Fn. 2), Art. 62c N 18; Hafner, SZK 2017, 42 ff.

⁵ [Art. 65 StGB](#) die schwere psychische Störung muss bereits zum Zeitpunkt der Tatbegehung und des ursprünglichen Urteils vorgelegen haben. Weiter müssen sich die relevanten Tatsachen oder Beweismittel erst *nach* Rechtskraft des ursprünglichen Urteils ergeben haben und vom urteilenden Gericht nicht einmal ansatzweis *ne bis in idem*-Grundsatz ([Art. 11 Abs. 1 StPO](#) Sperrwirkung entfaltet; [BGE 144 IV 321, 330](#), sowie [142 IV 307, 310](#); Heer, Nachverfahren bei strafrechtlichen Massnahmen, in: Heer/Habermayer/Bernard (Hrsg.), Wege und Irrwege stationärer Massnahmen nach Rechtskraft des Strafurteils, Forum Justiz & Psychiatrie Band 3, Bern 2018, 47, 74 ff.; Lehner, Nachträgliche Anordnung stationärer therapeutischer Massnahmen, Eine Auseinandersetzung mit [Art. 65 Abs. 1 StGB](#) Diss. Luzern 2015, N 320 und 458.

⁶ Müller-Isberner/Eucker, Therapie im Massnahmenvollzug, Berlin 2009, 38 ff.; Stürm/Oberhauser/ Schmalbach, SZK SO/2019, 91; Urbaniok, FP 2001, 37 ff.; Brägger (Fn. 2), 36 ff.

⁷ BGer, Urteil v. 28.11.2011, [6B 4/2011, E. 2.10](#).



allfälligen Notwendigkeit der Fortsetzung der Therapie äussern. Dafür muss er sich nicht von der ärztlichen Schweigepflicht entbinden lassen; der kantonale Erlass befreit ihn a priori davon.⁸ Zu klären bleibt, ob eine solche pauschale Aufhebung der ärztlichen Schweigepflicht möglich und rechens ist.

III. Inhalt der ärztlichen Schweigepflicht

1. Was wird geschützt?

Das Arztgeheimnis, dessen Verletzung mit Strafe bedroht ist, stellt ein wichtiges Rechtsinstitut des Bundesrechts dar. Es fliesst aus dem verfassungsmässigen Anspruch auf Privatsphäre ([Art. 13 BV](#) Art. 8 [EMRK](#)) und dient dem Schutz des besonderen Vertrauensverhältnisses zwischen Arzt und Patient.⁹ Nach [Art. 321 Abs. 1 StGB](#) werden Ärzte, die ein Geheimnis offenbaren, welches ihnen infolge ihres Berufes anvertraut worden ist oder welches sie in dessen Ausübung wahrgenommen haben, auf Antrag mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft. Als Geheimnis gelten nebst Anamnese, Untersuchungsergebnissen, Diagnosen, Therapiemassnahmen, Prognosen und physischen oder psychischen Besonderheiten auch sämtliche Angaben über persönliche, familiäre, berufliche, wirtschaftliche oder finanzielle Umstände. Auch die Identität des Patienten sowie die blosser Tatsache, dass jemand überhaupt Patient eines Gesundheitsfachpersonals ist, unterliegen der ärztlichen Schweigepflicht.¹⁰ Der strafrechtliche Schutz des Berufsgeheimnisses begründet nicht nur ein prozessuales Zeugnisverweigerungsrecht,¹¹ sondern eine Zeugnisverweigerungspflicht.¹²

2. Ausnahmen von der Schweigepflicht

a) Einwilligung durch den Patienten

[Art. 321 Ziff. 2 StGB](#) sieht vor, dass die Verletzung der Schweigepflicht straflos bleibt, wenn das Geheimnis mit Einwilligung des Patienten offenbart wird.¹³ Damit der Patient gültig einwilligen kann, muss er urteilsfähig¹⁴ sein und darf nicht unter dem Einfluss von Willensmängeln¹⁵ stehen. Der Patient kann darüber hinaus nur einwilligen, wenn er Kenntnis vom Inhalt der zu offenbarenden Geheimnisse hat.¹⁶

b) Entbindung durch die vorgesetzte Behörde

Ein Geheimnis darf weiter auch offenbart werden, wenn der Arzt auf sein Ersuchen hin eine Entbindung der vorgesetzten Behörde erhalten hat. Dem Patienten muss dazu das rechtliche Gehör gewährt werden.¹⁷ Das Gesetz nennt keine

forumpoenale 5/2021 S. 407, 409

Kriterien, anhand deren eine Entbindung erteilt werden kann. Die vorgesetzte Behörde wird deshalb aufgrund der Interessenlage entscheiden müssen, wobei nur ein deutlich überwiegendes Interesse an der Offenbarung eine Entbindung zu rechtfertigen vermag.¹⁸

⁸ § 54 Abs. 4 und § 57 SMV/AG; § 71 Abs. 4 und § 75 JVV/ZH; für die Anwendung auch auf die freiwilligen Therapien vgl. § 72 Abs. 2 JVV/ZH, § 44 JVV/BS; § 5 JVV/ZG; Art. 25 Abs. 3 JVG/BE; Brägger (Fn. 2), 36 ff.

⁹ [BGE 117 Ia 341, 348](#) = Pra 81 [1992] S. 657; Oberholzer, BSK [StGB](#) II (Fn. 2), Art. 321 N 2.

¹⁰ Oberholzer, BSK [StGB](#) II (Fn. 2), Art. 321 N 14 ff.

¹¹ [Art. 171 StPO](#)

¹² Statt vieler Donatsch, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, Art. 171 N 4; [BGE 141 IV 82](#).

¹³ Oberholzer, BSK [StGB](#) II (Fn. 2), Art. 321 N 22.

¹⁴ Keller, Das ärztliche Berufsgeheimnis gemäss [Art. 321 StGB](#) Diss. Zürich 1993, 140.

¹⁵ Oberholzer, BSK [StGB](#) II, Art. 321 N 22; Keller (Fn. 14), 141 m.w.H.

¹⁶ Trechsel/Vest, [StGB](#) PK (Fn. 2), Art. 321 N 28, Oberholzer, BSK [StGB](#) II (Fn. 2), Art. 321 N 22.

¹⁷ Trechsel/Vest, [StGB](#) PK (Fn. 2), Art. 321 N 31.; Oberholzer, BSK [StGB](#) II (Fn. 2), Art. 321 N 23.

¹⁸ Trechsel/Vest, [StGB](#) PK (Fn. 2), Art. 321, N 33; Oberholzer, BSK [StGB](#) II (Fn. 2), Art. 321 N 23; [BGE 142 II 307, 310](#).



c) Zeugnis- und Editionsverweigerungsrecht

Der strafrechtliche Schutz des Arztgeheimnisses führt auch dazu, dass dem Geheimnisträger ein prozessuales Zeugnis- und Editionsverweigerungsrecht zusteht ([Art. 171 StPO](#) sowie auch [Art. 166 Abs. 1 lit. b ZPO](#)). Trotz einer Entbindung durch die vorgesetzte Behörde oder der Einwilligung des Geheimnisherrn, kann sich der Arzt auf die Schweigepflicht berufen und das Zeugnis verweigern, wenn er glaubhaft macht, dass das Geheimhaltungsinteresse des Patienten höher zu gewichten ist als das Interesse an der Wahrheitsfindung.¹⁹

Zur Aussage ist der Arzt dann verpflichtet, wenn er einer Anzeigepflicht unterstellt ist, wie z.B. bei [Art. 120 Abs. 2 StGB](#) (Meldung eines Schwangerschaftsabbruches) oder [Art. 12 EpG](#) (Meldung bei übertragbaren Krankheiten).²⁰

d) Rechtfertigungsgründe

Nebst der Einwilligung durch den Patienten und der Entbindung durch die Aufsichtsbehörde kann sich der Arzt bei einer Verletzung der Schweigepflicht auch auf die Rechtfertigungsgründe der Notwehr, des Notstands (inkl. der Notstandshilfe) sowie der Wahrung berechtigter Interessen oder der Pflichtenkollision berufen,²¹ wobei vor allem der rechtfertigende Notstand von Bedeutung sein dürfte ([Art. 17 StGB](#)).²² Zu denken ist an Fälle, wo der Patient sich selbst oder andere unmittelbar in der körperlichen Unversehrtheit gefährden könnte.²³ Der Arzt kann sich nur auf die allgemeinen Rechtfertigungsgründe berufen, wenn es aus zeitlicher Dringlichkeit nicht möglich ist, ein Gesuch um Entbindung durch die vorgesetzte Behörde zu stellen.²⁴

IV. (Weiter gehende) Einschränkung der Schweigepflicht durch kantonale Regelungen?

Im Entscheid [BGE 147 IV 27](#) zur ärztlichen Schweigepflicht hatte das Bundesgericht folgenden Sachverhalt zu beurteilen: Die Staatsanwaltschaft des Kantons Schaffhausen führte gegen den A. eine Strafuntersuchung wegen mehrfacher sexueller Handlung mit Kindern. Konkret soll sich der Beschuldigte über einen Zeitraum von zwei bis drei Jahren mehrfach an seiner neunjährigen Enkelin vergangen haben.

Der Beschuldigte hatte sich im Anschluss an die Bekanntgabe des Tatvorwurfs freiwillig in ärztliche Behandlung begeben, die in einem Psychiatriezentrum stattfand. Die Staatsanwaltschaft erkundigte sich beim kantonalen Departement des Innern, ob die behandelnde Therapeutin von der Schweigepflicht entbunden werden müsse. Das Departement erwog, dass es sich hier um einen «Paradefall» der Anwendung von Art. 15 Abs. 2 lit. c GesG/SH handle. Danach sei ärztliches Personal gegenüber den Strafverfolgungsbehörden «von der Schweigepflicht befreit» in Bezug auf Wahrnehmungen, die auf ein verübtes oder drohendes Verbrechen oder Vergehen gegen die sexuelle Integrität schliessen lassen würden. Eine förmliche Entbindung sei somit nicht nötig.

In der Folge befragte die Staatsanwaltschaft die behandelnde Therapeutin und verfügte die Edition der Verlaufsberichte. Im entsprechenden Siegelungsverfahren verfügte das Zwangsmassnahmengericht die Entsiegelung und gab die Verlaufsberichte zur Durchsichtung frei. Dagegen erhob A. Beschwerde beim Bundesgericht. Für das Bundesgericht stellte sich u.a die Frage, ob das kantonale Recht die Bestimmungen zur Schweigepflicht erweitern darf.

Bereits im Entscheid BGer, [1B 96/2013](#),²⁵ hatte sich das Bundesgericht mit einer ähnlichen Fragestellung befassen müssen. Im damaligen Fall führte die Staatsanwaltschaft eine Untersuchung gegen X. wegen schwerer Körperverletzung. Vor und nach dem Tatzeitraum befand sich X. in psychiatrischer Behandlung. §

¹⁹ Trechsel/Vest, [StGB PK](#) (Fn. 2), Art. 321, N 34; Oberholzer, BSK [StGB II](#) (Fn. 2), Art. 321 N 24 ff.

²⁰ Oberholzer, BSK [StGB II](#) (Fn. 2), Art. 321 N 31.

²¹ Oberholzer, BSK [StGB II](#) (Fn. 2), Art. 321 N 33.

²² Filli, Die Auskunftserteilung des Arztes an Behörden unter dem Aspekt des Berufsgeheimnisses gemäss [Art. 321 StGB BJM 1987, 57](#), 79 f.

²³ Büchler/Hotz, Medizinische Behandlung, Unterstützung und Begleitung Jugendlicher in Fragen der Sexualität – Ein Beitrag zur Selbstbestimmung Jugendlicher im Medizinrecht, [AJP 2010, 565](#), 570.

²⁴ ZR 71(1972) Nr. 67, 204 ff., 207 ff.; Keller (Fn. 14), 227; Donatsch/Thommen/Wohlers, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 5. Aufl., Zürich 2017, 598.

²⁵ BGer, Urteil v. 20.8.2013, [1B 96/2013](#).

27 Abs. 3 lit. b des baselstädtischen Gesundheitsgesetzes sah bei schweren Körperverletzungen eine «passive Auskunftspflicht» des Arztes vor. Gestützt auf das baselstädtische Gesundheitsgesetz liess die Staatsanwaltschaft eine Hausdurchsuchung in der Praxis des behandelnden Arztes vornehmen und ersuchte in der Folge das Zwangsmassnahmengericht, die sichergestellten Unterlagen zu entsiegeln. Das Entsigelungsgesuch wurde mit Verweis auf das Berufsgeheimnis abgewiesen. Die von der Staatsanwaltschaft dagegen erhobene Beschwerde blieb vor dem Bundesgericht erfolglos.

Sowohl im Entscheid BGer, [1B_96/2013](#), wie auch im zu besprechenden Entscheid ist das Bundesgericht zu dem Ergebnis gekommen, dass kantonale Bestimmungen keine gül-

forumpoenale 5/2021 S. 407, 410

tige Grundlage für eine Entbindung darstellen. Die Entbindung vom Berufsgeheimnis könne nur in den vom Bundesrecht vorgesehenen Fällen stattfinden; es bedürfe deshalb entweder einer Einwilligung oder aber einer förmlichen Entbindung. Der Gesetzgeber habe mit Einführung der Strafprozessordnung das Zeugnisverweigerungsrecht abschliessend geregelt. Die Kantone hätten keine Kompetenz, die strafprozessuale Zeugnispflicht abweichend von Art. 171 Abs. 1–2 [StPO](#) zu regeln.²⁶ Kantonale Bestimmungen könnten nicht als gesetzliche Grundlage für eine pauschale ärztliche Auskunfts- und Editionsspflicht dienen.²⁷ Dies würde das Arztgeheimnis aushöhlen und sei mit den bundesrechtlichen Bestimmungen zum Schutz der Berufsgeheimnisse nicht vereinbar.²⁸

Dem Entscheid des Bundesgerichtes ist beizupflichten. Die ärztliche Schweigepflicht basiert auf einem Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient. Die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Strafrechts ist laut [Art. 123 BV](#) Sache des Bundes. Sollen kantonale Sonderregelungen greifen, bedarf es einer expliziten Ermächtigung hierzu.²⁹ Ziffer 3 von [Art. 321 StGB](#) sieht zwar vor, dass eidgenössische und kantonale Bestimmungen eine Ausnahme von der Schweigepflicht vorsehen könnten. [Art. 321 Ziff. 3 StGB](#) wurde jedoch formuliert und in Kraft gesetzt, als noch die kantonalen Strafprozessgesetze gegolten haben.³⁰ Durch Einführung der Strafprozessordnung hat der Bund von seiner Kompetenz Gebrauch gemacht, womit kantonale Bestimmungen auf diesem Gebiet keinen Platz mehr haben.

V. Auswirkungen auf den Strafvollzug?

Das Bundesgericht hat entschieden, dass die ärztliche Schweigepflicht nicht durch kantonale Bestimmungen ausgehöhlt werden darf.³¹ Es stellt sich daher die Frage, ob die bundesgerichtlichen Erwägungen auf den Strafvollzug anwendbar und die bestehenden kantonalen Bestimmungen zur ärztlichen Schweigepflicht im Strafvollzug bundeswidrig sind.

Zu beachten ist, dass das Bundesgericht in seinem neusten Entscheid über die Tragweite der ärztlichen Schweigepflicht in einem laufenden Verfahren befunden hat. Im Unterschied zum laufenden Strafverfahren geht es im Strafvollzug um abgeurteilte Straftäter. Es ist jedoch möglich, dass sich der Gefangene auch nach einer Verurteilung nochmals vor Gericht verantworten muss, etwa dann, wenn es sich um nachträgliche Sanktionen gemäss [Art. 65 StGB](#) handelt.³² Entscheide auf dem Gebiet der nachträglichen Sanktionen ergehen in sogenannten Nachverfahren³³ und es gilt die Strafprozessordnung.³⁴ In den meisten Fällen bilden die im Strafvollzug erstellten Therapieberichte das Beweisfundament bei der Entscheidung, ob eine nachträgliche Massnahme angeordnet wird.³⁵ Die Erhebung der relevanten Beweise findet demnach im

²⁶ Art. 49 Abs. 1 i.V.m. [Art. 123 Abs. 1 BV](#); BGer, Urteil v. 20.8.2013, [1B_96/2013, E. 5.6](#); [BGE 147 IV 27, 34 ff.](#)

²⁷ BGer, Urteil v. 20.8.2013, [1B_96/2013, E. 5.4–5.5](#).

²⁸ [BGE 147 IV 27, 35](#).

²⁹ [Art. 3, 42 und 43 BV](#).

³⁰ Kuhn/Polenda, *Arztrecht in der Praxis*, 2. Aufl., Zürich 2007, 754.

³¹ [BGE 147 IV 27, 35](#); BGer, Urteil v. 20.8.2013, [1B_96/2013, E. 5.6](#).

³² Joset, Kritische Bemerkungen zu den Entscheidgrundlagen im Nachverfahren, in: Heer/ Habermeyer/Bernard (Hrsg.), *Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung*, Forum Justiz & Psychiatrie Band 1, Bern 2016, 131 ff.

³³ Heer, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), *BSK StPO*, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 363 ff. N 1.

³⁴ Das Nachverfahren ist nur rudimentär geregelt. Die Rechtsprechung sieht vor, dass die strafprozessualen Bestimmungen angewendet werden – auch wenn nur bruchstückhaft. Heer (Fn. 5), 52; Bernard/Studer, *Nachverfahren im Rechtsstaat*, in: Heer/Habermeyer/Bernard (Hrsg.), *Wege und Irrwege stationärer Massnahmen nach Rechtskraft des Strafurteils*, Forum Justiz und Psychiatrie, Band 3, Bern 2018, 91, 100.

³⁵ [Art. 65 StGB](#) Art. 363 ff. [StPO](#) Joset (Fn. 32), 134; Heer (Fn. 5), 79 ff.



Strafvollzug statt. Besteht für den Gefangenen das latente Risiko, sich wieder vor Gericht verantworten zu müssen, so haben die strafprozessualen Grundsätze vorzugreifen. Gemäss Rechtsprechung des EGMR gelten die Verfahrensgrundsätze aus [Art. 6 EMRK](#) bereits dann, wenn Massnahmen ergriffen wurden die einen Betroffenen substantiell beeinträchtigen. Dabei reicht es aus, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass die betroffene Person strafrechtlich angeklagt wird.³⁶

Werden nun im Hinblick auf dieses Verfahren gestützt auf die kantonalen Justizgesetze vom Vollzugstherapeuten Unterlagen ediert, welche durch das Arztgeheimnis geschützt sind, so ist dies bundesrechtswidrig. Kantonale Bestimmungen, welche die Schweigepflicht abweichend von der Strafprozessordnung regeln, sind unzulässig.

Wollte man im Hinblick auf Nachverfahren Therapieberichte edieren, so müsste der Vollzugstherapeut die Einwilligung des Gefangenen haben oder sich von der vorgesetzten Stelle entbinden lassen. Eine allfällig weitergehende Einschränkung der ärztlichen Schweigepflicht bzw. eine Aussagepflicht des Vollzugstherapeuten müsste im Bundesrecht normiert werden.³⁷ Dabei ist sinnvollerweise zu differenzieren:

Bei Gefangenen, welchen eine Massnahme nach [Art. 56 ff. StGB](#) auferlegt wurde, muss eine Informationsweitergabe zwischen Arzt, Vollzugsinstitution und Vollzugsbehörde möglich sein. Eine Beurteilung der Behandlungsfortsetzung sowie eine fundierte Risikoanalyse wären

forumpoenale 5/2021 S. 407, 411

ansonsten nicht möglich.³⁸ Der Gefangene befindet sich zwar in einem Sonderstatusverhältnis zum Staat und seine Rechte können stärker eingeschränkt werden als bei Menschen in Freiheit.³⁹ Daraus lässt sich aber nicht ableiten, dass das Vertrauensverhältnis zwischen Therapeut und Patient generell aufgehoben werden kann. Eine pauschale Vorausentbindung des Vollzugstherapeuten wäre unverhältnismässig. Es bestünde ansonsten die Gefahr, dass der Insasse nicht mehr als Subjekt der therapeutischen Interventionen angesehen, sondern zum Objekt der Therapie gemacht würde. Sein Selbstbestimmungsrecht würde ihm damit aberkannt werden.⁴⁰ Es ist eine Lösung anzustreben, die einheitlich festlegt, welche Informationen automatisch weitergegeben werden dürfen und bei welchen Informationen eine Entbindung der vorgesetzten Behörde weiterhin notwendig ist. Dabei müssen die dem Gefangenen notwendigen Verfahrensrechte, wie z.B. das rechtliche Gehör gewährt werden.⁴¹

Bei der freiwilligen Therapie hingegen besteht keine psychische Krankheit, welche mit dem begangenen Delikt in Verbindung steht. Eine Therapie ist gerade nicht angeordnet worden. Es ist nicht ersichtlich, weshalb hier dem Gefangenen kein Anspruch auf ein Vertrauensverhältnis zum Therapeuten zukommen soll. Die Richtlinien der zentralen Ethikkommission der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW)⁴² wie auch die Empfehlungen der europäischen Strafvollzugsgrundsätze⁴³ halten fest, dass die ärztliche Schweigepflicht im Strafvollzug in jedem Fall nach den gleichen rechtlichen Vorschriften gewahrt werden muss, welche für Personen in Freiheit gelten.⁴⁴ Eine gesetzliche Auflockerung der Schweigepflicht im Strafvollzug ist weder im Strafgesetzbuch noch in anderen Bundesgesetzen vorgesehen, weshalb bei freiwilligen Therapien das Arztgeheimnis uneingeschränkt gelten muss.

³⁶ Vgl. dazu eingehend Bernard/Studer (Fn. 34), 117 ff.; EGMR v. 10.12.1982, *Corigliano v. Italy*, § 34; EGMR vom 10.12.1982, *Foti v. Italy*, § 52; Benedick, Das Aussagedilemma in parallelen Verfahren, [AJP 2011, 169](#), 173.

³⁷ In Bezug auf die Notwendigkeit eines eidgenössischen Strafvollzugsgesetzes, Joset (Fn. 32), 113 ff.

³⁸ Dazu eingehend Habermeyer/Mokros/Hill/Lau/Hachtel/Graf, Möglichkeiten und Grenzen der Forensischen Psychiatrie, FP 2019, 90; vgl. in Bezug zur Prognosesicherheit und zu den Beurteilungsinstrumenten der Gefährlichkeitsprognose Gmür, Die Gefährlichkeitsprognose, [AJP 2004, 1307](#), 1313 ff.; Heer, BSK [StGB I](#) (Fn. 2), Vor Art. 56 N 14, Art. 56 N 34, Art. 64 N 60 ff.

³⁹ Rhinow/Schefer/Uebersax, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016, 228; Baechtold/Weber/Hofstetter, Strafvollzug, 3. Aufl. Bern, 2016, 206.

⁴⁰ Brägger (Fn. 2), 43.

⁴¹ Biro, Kritische Überlegungen zu den administrativen Zuständigkeiten im Straf- und Massnahmenvollzug, [recht 2020, 221 ff.](#); Bernard/Studer (Fn. 34), 116 ff.

⁴² Ziff. 10, Medizin-ethische Richtlinien Ausübung der ärztlichen Tätigkeit bei inhaftierten Personen, Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW), 2018.

⁴³ Europäische Strafvollzugsgrundsätze, Die Empfehlungen des Europarates Rec(2006)2, Ziff. 15.1 und 42.3.

⁴⁴ Salathé, Die Bedeutung der ärztlichen Unabhängigkeit in der Vollzugsmedizin, in: Riklin/Mez (Hrsg.), Materialien der Fachgruppe Reform im Strafwesen Band 5, Gefängnismedizin und Strafjustiz. Eine unheilvolle Verbindung? Bern 2012, 65, 72; Elger, Ethische Grundlagen der Gefängnismedizin: Anspruch und Wirklichkeit, in: Riklin/Mez (Hrsg.), Materialien der Fachgruppe Reform im Strafwesen Band 5, Gefängnismedizin und Strafjustiz. Eine unheilvolle Verbindung? Bern 2012, 39, 42 ff.



Verbreitet ist auch eine Entbindung der Schweigepflicht mittels eines sogenannten Behandlungsvertrages. Dabei hat der Gefangene vor Antritt einer Therapie einen Behandlungsvertrag zu unterschreiben, in dem er den Therapeuten gegenüber den Strafvollzugsbehörden von der Schweigepflicht entbindet.⁴⁵ Diese weitgehende Blankoeinwilligung ist unverhältnismässig und greift stark in die Persönlichkeitsrechte des Einzelnen ein, zumal sich der Betroffene regelmässig in einer Zwangslage befinden dürfte. Ohne Einwilligung in die Schweigepflichtverletzung kann keine Therapie stattfinden.⁴⁶ Dabei können einem Gefangenen Nachteile drohen.⁴⁷ Die Einwilligung wird somit in den meisten Fällen nicht aus freien Stücken gewährt (ob bei angeordneten oder freiwilligen Therapien), womit sie gar nicht gültig zustande kommen kann.

VI. Fazit

Kantonale Bestimmungen sehen vor, dass im Strafvollzug der Therapeut gegenüber den Strafvollzugsbehörden zur Berichterstattung verpflichtet ist. Dadurch wird die ärztliche Schweigepflicht systematisch ausgehöhlt.

Der Entscheid [BGE 147 IV 27](#) zeigt auf, dass die auf kantonale Normen gestützte Aufhebung des Berufsgeheimnisses bundesrechtswidrig ist. Das Strafgesetzbuch und die Strafprozessordnung regeln den Inhalt und die Grenzen der Schweige- und Zeugnisverweigerungspflicht abschliessend und beides kann nicht durch kantonale Regelungen modifiziert werden.

Mit Blick auf die Möglichkeit nachträglicher Sanktionen besteht ein latentes Risiko, dass sich der im Strafvollzug befindliche Gefangene zukünftig in einem Nachverfahren weiteren Sanktionen ausgesetzt sehen könnte. Therapieberichte bilden dabei das Beweisfundament. Die strafprozessualen Grundsätze über die Beweiserhebung müssen dabei im Strafvollzug eine Vorwirkung entfalten. Gestützt auf die neuste bundesgerichtliche Rechtsprechung müssten konsequenterweise sämtliche Bestimmungen in Bezug auf die ärztliche Schweigepflicht im Strafvollzug zwingend Eingang in einen bundesrechtlichen Erlass finden.

Stichwörter: ärztliche Schweigepflicht, Strafprozessrecht, Strafvollzug, Therapien

Mots-clés : secret professionnel du médecin, droit de procédure pénale, exécution des peines et des mesures, thérapies

forumpoenale 5/2021 S. 407, 412

Zusammenfassung: Das Berufsgeheimnis gemäss [Art. 321 StGB](#) kann nicht durch kantonale Bestimmungen ausgehöhlt werden. Aus dem [StGB](#) lässt sich keine Kompetenz der Kantone ableiten, die strafprozessuale Zeugnispflicht abweichend von Art. 171 Abs. 1–2 [StPO](#) zu modifizieren. Die Entbindung der Therapeuten im Strafvollzug stützt sich auf kantonale Bestimmungen und ist als solche unzulässig. Etwaige Bestimmungen zu den Auflockerungen der Schweigepflicht müssen bundesrechtlich normiert werden.

Résumé : Le secret professionnel protégé par l'[art. 321 CP](#) ne saurait être vidé de sa substance par des dispositions cantonales. Une compétence des cantons pour régler l'obligation de témoigner dans une procédure pénale d'une manière dérogeant à l'[art. 171 al. 1–2 CPP](#) n'est pas déductible du code pénal suisse. La levée du secret auquel sont tenus les thérapeutes intervenant dans le cadre de l'exécution des peines et des mesures repose sur des dispositions cantonales et s'avère inadmissible en tant que telle. D'éventuelles dispositions tendant à assouplir l'obligation de garder le secret doivent trouver leur fondement dans le droit fédéral.

⁴⁵ § 75 Abs. 2 JVV/ZH; Art. 66 Abs. 1 JVV/GR.

⁴⁶ § 71 JVV/ZH; Art. 63 Abs. 2 JVV/GR.

⁴⁷ Vgl. II./1.