

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 08
Fax +41 31 635 48 15
obergericht-straf.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Beschluss

SK 16 357

Bern, 21. Februar 2017

Besetzung

Oberrichter Kiener (Präsident i.V.), Oberrichterin Bratschi, Ober-
richter Aebi
Gerichtsschreiberin Eggli

Verfahrensbeteiligte

A._____

vertreten durch Rechtsanwalt B._____

Verurteilter/Beschwerdeführer

gegen

**Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern, Generalsekre-
tariat**, Kramgasse 20, 3011 Bern

und

Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern, Maulbeerstras-
se 10, Postfach 6250, 3001 Bern

v.d. Staatsanwalt C._____

Gegenstand

Beschwerde gegen den Entscheid der Polizei- und Militärdirekti-
on des Kantons Bern vom 31. August 2016 (2016.POM.315)



Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

1. Mit Verfügung vom 9. Mai 2016 wies die Abteilung Straf- und Massnahmenvollzug des Amts für Justizvollzugs des Kantons Bern (nachfolgend: ASMV) das Gesuch von A._____ (nachfolgend: Beschwerdeführer) um Vollzug seiner teilbedingten Freiheitsstrafe in der Sondervollzugsform des Electronic Monitoring ab (vgl. amtliche Akten ASMV pag. 7 ff.).

Dagegen erhob der Beschwerdeführer am 9. Juni 2016 bei der Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern (nachfolgend: POM) Beschwerde, wobei er die Aufhebung der Verfügung der ASMV vom 9. Mai 2016 sowie die Gutheissung des Gesuchs um Gewährung der Vollzugsform des Electronic Monitoring beantragte (vgl. amtliche Akten ASMV pag. 19 ff.).

2. Mit Entscheid vom 31. August 2016 wies die POM die Beschwerde ab (vgl. pag. 44 ff.). Am 2. Oktober 2016 erhob der Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt B._____, beim Obergericht gegen diesen Entscheid Beschwerde und stellte folgende Anträge (vgl. pag. 1 ff.):

- «1. Der Entscheid der Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern vom 31. August 2016 sei aufzuheben und das Gesuch um Gewährung der Vollzugsform des Electronic Monitoring vom 13. Januar 2016 gutzuheissen;
2. Eventualiter sei der Entscheid der Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern vom 31. August 2016 aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen;
3. Dem Beschwerdeführer (Gesuchsteller) sei für das Beschwerdeverfahren betreffend Verweigerung des Strafvollzugs in Form des Electronic Monitorings das Recht zur unentgeltlichen Rechtspflege zu erteilen, unter Beiordnung des unterzeichneten Rechtsanwalts als unentgeltlicher Rechtsbeistand;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.»

3. Gestützt auf diese Eingabe eröffnete die 2. Strafkammer am 11. Oktober 2016 das Beschwerdeverfahren und forderte die POM auf, innert Frist eine Stellungnahme sowie die Vollzugsakten des Beschwerdeführers einzureichen (pag. 65 f.). Mit Schreiben vom 19. Oktober 2016 beantragte die POM mit Verweis auf ihre Ausführungen im angefochtenen Entscheid die Abweisung der Beschwerde (pag. 71 f.). Daraufhin erhielt die Generalstaatsanwaltschaft Gelegenheit, zur Stellungnahme (pag. 77 f.). Mit Schreiben vom 9. November 2016 beantragte sie ebenfalls, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Auf Grund besonderer Umstände im Sinne von Art. 108 Abs. 1 VRPG seien die Verfahrenskosten vom Kanton Bern zu tragen. Dem Beschwerdeführer sei zudem für das vorliegende Beschwerdeverfahren das Recht zur unentgeltlichen Rechtspflege zu erteilen und Rechtsanwalt B._____ sei ihm als unentgeltlicher Rechtsbeistand beizuordnen.

II. Formelles

4. Gemäss Art. 81a des Gesetzes über den Straf- und Massnahmenvollzug (SMVG; BSG 341.1) beurteilen die Strafkammern des Obergerichts als letzte kantonale Instanz Beschwerden gegen Verfügungen und Entscheide über den Vollzug von Strafen und Massnahmen. Die 2. Strafkammer ist somit zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Das Verfahren richtet sich gemäss Art. 82 SMVG nach dem Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21), namentlich finden die Art. 79 und Art. 80 bis 84a VRPG sinngemäss Anwendung (Art. 86 Abs. 2 VRPG). Die Beschwerde wurde fristgerecht eingereicht (vgl. Art. 81 Abs. 1 VRPG). Der Beschwerdeführer hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist vom angefochtenen Entscheid direkt betroffen und als unterlegene Partei zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 79 VRPG).
5. Auf die Beschwerde vom 2. Oktober 2016 ist einzutreten. Die Kognition der Kammer richtet sich nach Art. 80 VRPG.

III. Sachverhalt

6. Für den Sachverhalt kann vorliegend auf die unbestritten gebliebene Zusammenfassung der Geschehnisse im POM-Entscheid vom 31. August 2016 verwiesen werden (pag. 29 f.):

«Der Beschwerdeführer wurde am 20. Oktober 2015 vom Regionalgericht Bern-Mittelland u.a. zu einer teilbedingten Freiheitsstrafe von 28 Monaten verurteilt (Vorakten: pag. 27 ff.). Mit Verfügung vom 07. Januar 2016 bot die ASVM ihn zum Vollzug der unbedingt vollziehbaren acht Monate Freiheitsstrafe per 07. März 2016 auf (Vorakten: pag. 3 ff.). Daraufhin stellte dieser am 13. Januar 2016 ein Gesuch um Gewährung des Strafvollzugs in der Form von EM (Vorakten: pag. 6 ff.). Nachdem die ASMV ihm die Abweisung dieses Gesuches in Aussicht gestellt hatte, nahm der Beschwerdeführer, nunmehr anwaltlich vertreten, am 04. März 2016 das ihm gewährte rechtliche Gehör wahr (Vorakten: pag. 66 f., 77 ff.). Er hielt an seinem Gesuch fest und führte aus, er erfülle alle Voraussetzungen für die Gewährung von EM. Zudem habe der Gerichtspräsident anlässlich der mündlichen Urteilsbegründung davon gesprochen, dass ihm die Vollzugsform des EM offen stehen würde, damit er seinem geregelten Tagesablauf weiterhin nachgehen könne und nicht wieder vor dem Nichts stehe. Am 23. März 2016 informierte die ASMV den Beschwerdeführer anlässlich eines Gespräches, dass ein Bundesgerichtsentscheid ergangen und im Moment nicht klar sei, wie man künftig mit den teilbedingten Strafen im EM-Vollzug verfahren wolle. Er solle sich nicht allzu grosse Hoffnungen machen, dass er seine Strafe im EM vollziehen können werde (Vorakten: pag. 90). Am 07. April 2016 teilte die ASMV dem Beschwerdeführer mit, das Bundesgericht habe mit Urteil vom 17. März 2016 in der Sache 6B_1253/2015 festgehalten, bei teilbedingten Freiheitsstrafen sei für die Gewährung von EM das Gesamtstrafmass und nicht nur der unbedingt zu vollziehende Teil der Strafe massgebend. Demnach könne dann kein EM gewährt werden, wenn die gesamte Strafe (bedingter und unbedingter Teil zusammen) die Grenze von zwölf Monaten übersteige. Folglich werde sein EM-Gesuch abgewiesen werden müssen (Vorakten: pag. 91 f.). Mit Eingabe vom 15. April 2016 hielt der Beschwerdeführer dennoch an seinem Gesuch fest und führte aus, der Gerichtspräsident habe ihn darauf hingewiesen, dass ihm die Vollzugsform des EM offen stehen würde, und habe denn auch den unbedingt zu vollziehenden Teil der Freiheitsstrafe auf unter zwölf Monate angesetzt. In Kenntnis der gängigen Praxis

zum EM sei in der Folge auf eine Berufung gegen das Strafurteil verzichtet worden. Es würde den Vertrauensschutz verletzen, wenn nun das neue Bundesgerichtsurteil rückwirkend angewandt und das EM verweigert würde. Ausserdem sei fraglich, inwieweit dieses Urteil für den Kanton Bern überhaupt verbindlich sei (Vorakten: pag. 93 f.). Mit Verfügung vom 09. Mai 2016 wies die ASMV das Gesuch des Beschwerdeführers vom 13. Januar 2016 um Bewilligung der Vollzugsform des EM ab und bot ihn per 04. Juli 2016 zum Antritt des unbedingt ausgesprochenen Teils der Freiheitsstrafe von acht Monaten auf (Vorakten: pag. 96 ff.). Zur Begründung führte die ASMV im Wesentlichen aus, dass Bundesgericht habe mit Urteil vom 17. März 2016 in der Sache 6B_1253/2015 festgehalten, bei teilbedingten Freiheitsstrafen sei für die Gewährung von EM das Gesamtstrafmass und nicht nur der unbedingt zu vollziehende Teil der Strafe massgebend. Demnach könne dann kein EM gewährt werden, wenn die gesamte Strafe (bedingter und unbedingter Teil zusammen) die Grenze von zwölf Monaten übersteige. Die erwähnte bundesgerichtliche Rechtsprechung sei per sofort umzusetzen und Art. 3 Abs. 1 lit. b EM-Verordnung dementsprechend anzuwenden. Es handle sich dabei nicht um eine echte Rückwirkung, zumal das Verfahren betreffend EM bei Ergehen des Bundesgerichtsurteils hängig und damit der massgebliche Sachverhalt nicht abgeschlossen gewesen sei. Der Vertrauensschutz stehe einer Anwendung der neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung sodann nicht entgegen, zumal die für die Bewilligung von EM zuständige Behörde keine Vertrauensgrundlage geschaffen habe. In seiner Beschwerde vom 09. Juni 2016 brachte der Beschwerdeführer im Wesentlichen vor, die Anwendung der neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung auf seinen Fall, stelle eine unzulässige echte Rückwirkung dar. Ausserdem liege eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots vor, da die Gutheissung oder Ablehnung grundsätzlich gutzuheissender EM-Gesuche mit gleicher Ausgangslage letztlich einzig davon abhängig gewesen sei, wie schnell die ASMV die jeweiligen Gesuche behandelt habe. Darin sei kein sachlicher Grund für eine Ungleichbehandlung zu sehen. Zudem sei ihm ein Fall bekannt, bei dem ein vergleichbares EM-Gesuch nach Ergehen des neuen Bundesgerichtsurteils gutgeheissen worden sei. Schliesslich verstosse die Verweigerung von EM gegen den Vertrauensgrundsatz, zumal ihn der Gerichtspräsident auf die Möglichkeit des EM-Vollzuges hingewiesen habe, worauf er auf eine Berufung verzichtet habe. Sodann habe die ASMV später die Aussage des Gerichtspräsidenten insofern bestätigt, als sie ihm mitgeteilt habe, ihm stehe die Vollzugsform des EM grundsätzlich offen. Nun werde ihm das EM verweigert, wobei er auf seinen Berufungsverzicht nicht zurückkommen könne und ihm der Verlust des Kontakts zu seiner Familie und seiner Arbeitsstelle drohe.

In ihrer Vernehmlassung vom 29. Juni 2016 wies die ASMV darauf hin, dass es bei dem vom Beschwerdeführer erwähnten Fall, bei dem das EM-Gesuch nach Ergehen des neuen Bundesgerichtsurteils gutgeheissen worden sei, nicht um eine teilbedingte Freiheitsstrafe, sondern um eine unbedingte Freiheitsstrafe von unter zwölf Monaten gegangen sei, weshalb die Fälle – so die ASMV sinngemäss – nicht vergleichbar seien.»

Ergänzend wies Rechtsanwalt B._____ in der Beschwerde noch darauf hin, dass am 10. September 2015 im Verwaltungszentrum Neumatt in Burgdorf eine Informationsveranstaltung der Abteilung Bewährungshilfe und alternativer Strafvollzug (ABaS), Regionalstelle Emmental Oberaargau, stattgefunden habe. An dieser habe er (Rechtsanwalt B._____) teilgenommen. Anlässlich dieser Veranstaltung habe die ABaS auch die alternative Strafvollzugsform des Electronic Monitorings beworben. Unter anderen sei den Teilnehmenden der Informationsveranstaltung empfohlen worden, die jeweilige Klientschaft möglichst rasch nach ergangenen Urteil auf die allfällige Möglichkeit der Vollzugsform des Electronic Monitorings

hinzuweisen und ihnen diese «schmackhaft» zu machen. Dies unter anderem deshalb, um allenfalls im Wissen um einen Strafvollzug mit Electronic Monitoring von einer allfälligen Berufungsanmeldung gegen das Urteil abzusehen.

IV. Rechtliches

7. Das Bundesgericht erwog in seinem Urteil 6B_1253/2015 Folgendes (E. 2):

«2. Der Beschwerdeführer beantragte im Kanton Solothurn erfolglos, den unbedingt vollziehbaren Teil der teilbedingt (Art. 43 StGB) ausgesprochenen 27-monatigen Freiheitsstrafe in der Sonderform des "Electronic Monitoring" (EM) zu vollziehen.

2.1. In der Schweiz wurde eine Einführung des EM seit den 1980er Jahren diskutiert und erprobt (LUDIVINE FERREIRA BROQUET, Le bracelet électronique en Suisse: hier, aujourd'hui et demain, 2015, Rz, 86 ff., 109 ff.). [...] 2.2. Art. 387 Abs. 4 StGB ermächtigt den Bundesrat, versuchsweise und für beschränkte Zeit neue Vollzugsformen einzuführen oder zu gestatten. Hierauf gestützt bewilligte der Bundesrat letztmals mit Bundesratsbeschluss vom 2. September 2015 (BRB) über die Verlängerung der Bewilligung für die Kantone Bern, Solothurn, Basel-Stadt, Basel-Landschaft, Tessin, Waadt und Genf, "Freiheitsstrafen von mindestens 20 Tagen bis höchstens 1 Jahr" (BRB, Ziff. 1a) und "lange Freiheitsstrafen an Stelle des Arbeitsexternats oder des Wohn- und Arbeitsexternats für die Dauer von mindestens 1 Monat bis höchstens 1 Jahr" (BRB, Ziff. 1b) in der Form des elektronisch überwachten Vollzugs ausserhalb der Vollzugseinrichtung zu vollziehen (BBI 2015 6925).[...]

2.3. Gemäss § 15 der solothurnischen Verordnung über den Justizvollzug (Justizvollzugsverordnung, JUVV; BGS 331.12) richtet sich der Vollzug von Freiheitsstrafen in einer besonderen Vollzugsform nach dem übergeordneten Recht (Abs. 1); wer eine Freiheitsstrafe in einer besonderen Vollzugsform vollziehen lassen will, hat ein schriftliches und begründetes Gesuch einzureichen (Abs. 2); diese Vollzugsform kann von Amtes wegen angeordnet werden (Abs. 3). Nach § 16 JUVV kann einer verurteilten Person auf Gesuch hin die Verbüssung einer Freiheitsstrafe in der Form des EM bewilligt werden (Abs. 1). Das EM kann zur Anwendung gelangen:

- bei kurzen Freiheitsstrafen von mindestens 20 Tagen bis zu höchstens einem Jahr (Abs. 2 lit. a);
- bei langen Freiheitsstrafen am Ende der Strafe oder anstelle des Arbeitsexternats für die Dauer von mindestens einem Monat bis zu höchstens einem Jahr (Abs. 2 lit. b).

Massgebend ist die vom Gericht ausgesprochene Freiheitsstrafe. Bei mehreren Freiheitsstrafen wird auf die Gesamtdauer abgestellt. Bei teilbedingten Freiheitsstrafen ist der unbedingt zu vollziehende Teil massgebend (Abs. 3).[...]

2.5. Vorliegend würde das solothurnische Recht gemäss § 16 Abs. 3 Satz 3 JUVV den EM-Vollzug des unbedingt ausgesprochenen Teils der Freiheitsstrafe zulassen. Es fragt sich indessen, ob die Bestimmung mit übergeordnetem Recht vereinbar ist. Während das Bundesgericht die Anwendung kantonalen Rechts unter dem Gesichtspunkt von Willkür prüft (vgl. BGE 141 IV 349 E. 3), beurteilt es eine Bundesrechtswidrigkeit der Vollzugsverordnung frei.

Für den Strafvollzug sind die Kantone zuständig, soweit das Gesetz nichts anderes vorsieht; der Bund kann Vorschriften erlassen (Art. 123 Abs. 2 und 3 BV). Solche Vorschriften hat der Bundesrat gestützt auf Art. 387 Abs. 4 StGB (bzw. aArt. 397bis Abs. 4 StGB) im erwähnten BRB erlassen (zu dessen Überprüfung [vgl. BGE 140 II 194 E. 5.8] kein Anlass besteht).

§ 16 Abs. 3 Satz 3 JUVV kann sich offenkundig weder auf Ziff. 1 lit. a BRB (Freiheitsstrafe bis höchstens 1 Jahr) noch auf Ziff. 1 lit. b BRB (bei langen Freiheitsstrafen an Stelle des Arbeitsexternats, d.h. als zusätzliche Vollzugsstufe vor der bedingten Entlassung; BBI 2012 4739 und 4748) stützen. Bei den vollziehbaren 9 Monaten der 27-monatigen Freiheitsstrafe handelt es sich sodann weder um eine "kurze Freiheitsstrafe" noch um eine "lange Freiheitsstrafe am Ende der Strafe" im Sinne von § 16 Abs. 2 lit. a und b JUVV (oben E. 2.3).

2.6. Massgebend ist das vom Gericht "ausgesprochene Strafmass" (BBI 2012 4748; "la durée de la peine prononcée", FF 2012 4411), wie dies § 16 Abs. 3 Satz 1 JUVV zutreffend statuiert. § 16 Abs. 3 Satz 3 JUVV verletzt die im BRB bewilligte und gestattete Strafmassobergrenze (und steht im Gegensatz zu § 16 Abs. 2 lit. a und b JUVV).

§ 16 Abs. 3 Satz 3 JUVV ist mit Wortlaut, Sinn und Zweck des "übergeordneten Rechts" (§ 15 Abs. 1 JUVV) nicht vereinbar und verletzt Bundesrecht. Weil die ausgesprochene Strafe (ab initio) massgebend ist, in casu die 27 Monate, ist der EM-Vollzug des "unbedingt zu vollziehenden Teils" (Art. 43 Abs. 2 und 3 StGB), in casu 9 Monate, ausgeschlossen (ebenso FERREIRA BROQUET, a.a.O., S. 65, Rz. 122). Gegen einen EM-Vollzug spricht überdies der Zweck der mit dem teilbedingten Vollzug angestrebten Spezialprävention, der seine Schranke im gesetzlichen Erfordernis findet, dass angesichts der Schwere des Verschuldens wenigstens ein Teil der Strafe vollzogen wird (BGE 134 IV 1 E. 5.5.1 S. 11). Andernfalls stünde der EM-Vollzug sogar für schwere Delikte offen, sofern nur die zu verbüssende Reststrafe nicht mehr als ein Jahr betragen würde (BBI 2012 4748). Das widerspräche dem Willen des Gesetzgebers.[...]»

Das Bundesgericht bezieht sich in diesem Urteil zwar auf die Justizvollzugsverordnung des Kantons Solothurn. Inhaltlich ist diese Regelung jedoch identisch zu jener im Kanton Bern; beide Kantone sind für die Berechnung der Strafdauer bei teilbedingten Freiheitsstrafen von dem unbedingt zu vollziehenden Teil ausgegangen. Das Bundesgericht hat mittlerweile explizit festgehalten, dass auch die im Kanton Bern bestehende Regelung bundesrechtswidrig ist (Urteil des Bundesgerichts 6B_1204/2015 vom 3. Oktober 2016 E. 1.4).

8. Der Beschwerdeführer rügt in seiner Beschwerde die Verletzung von verschiedenen Grundrechten. So machte er eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, eine unzulässige echte Rückwirkung und die Verletzung der Rechtsgleichheit sowie des Vertrauensschutzes geltend. Dieselben Rügen brachte er bereits vor der POM vor, sodass diese zu den jeweiligen Punkten bereits ausführlich Stellung genommen hat.
9. **Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör:** Der Beschwerdeführer macht geltend, indem die Vorinstanz seinen Beweisantrag, es sei das Dossier 20151951 zu edieren, ablehnte, habe sie seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Die Vorinstanz verkenne dabei, dass sie als entscheidende Behörde verpflichtet gewesen sei, den rechtzeitig und formrichtig angebotenen Beweisantrag gutzuheissen,

zumal sich ihre Begründung, wonach es sich angeblich nicht um einen vergleichbaren Fall handle, einzig auf die unbelegten Ausführungen der ASMV stütze.

Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers ist hinsichtlich der Frage, ob es beim genannten Dossier um einen vergleichbaren Sachverhalt geht oder nicht, auf die Auskunft der ASMV zu vertrauen. Diese führte in ihrem Schreiben vom 29. Juni 2016 aus, es handle sich bei diesem Fall nicht um eine teilbedingte Strafe, sondern um eine rein unbedingt ausgesprochenen Freiheitsstrafe (pag. 24 amtliche Akten ASMV). Folglich kann der Beschuldigte daraus nichts zu seinen Gunsten ableiten. Im Übrigen hat die Vorinstanz zu Recht darauf hingewiesen, dass ohnehin kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht bestehen würde (vgl. ihre diesbezüglichen Ausführungen auf pag. 37 amtliche Akten ASMV). Der Einwand des Beschwerdeführers, sein Anspruch auf rechtliches Gehör sei verletzt worden, ist mithin unberechtigt.

10. **Unzulässige echte Rückwirkung:** Bei der sog. Rückwirkung geht es um die Frage der Zulässigkeit der Anwendung neuen Rechts auf einen Sachverhalt, der sich vor dessen Inkrafttreten bereits ganz oder teilweise verwirklicht hat (vgl. POM-Entscheid pag. 35).

Der Beschwerdeführer macht geltend, die ASMV wende gestützt auf den Bundesgerichtsentscheid 6B_1253/2015 Art. 3 Abs. 1 lit. b der EM-Verordnung nicht mehr an. Somit sei durch den Bundesgerichtsentscheid geltendes kantonales Recht faktisch aufgehoben worden bzw. werde seither neues Recht angewendet. Da eine übergangsrechtliche Regelung fehle, sei die Änderung mit Entscheid des Bundesgerichts am 17. März 2016 in Kraft getreten. Der Beschwerdeführer habe sein vollständiges Gesuch um Gewährung der Vollzugsform des Electronic Monitoring am 13. Januar 2016 bei der ASMV eingereicht bzw. mit seiner Stellungnahme vom 4. März 2016 ergänzt. Der Sachverhalt hinsichtlich der Frage, ob ihm Electronic Monitoring gewährt werden könne oder nicht, habe sich damit spätestens am 4. März 2016 abschliessend verwirklicht. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz liege dadurch, dass die Rechtsänderung auf den vor deren Eintritt abschliessend verwirklichten Sachverhalt angewendet worden sei, eine echte Rückwirkung vor.

Diesen Ausführungen kann nicht gefolgt werden. So hat bereits die Vorinstanz ausführlich dargelegt, dass vorliegend kein neues Recht in Kraft getreten ist und es folglich auch nicht um die Frage geht, ob es sich um eine unzulässige Rückwirkung neuen Rechts handelt oder nicht (vgl. dazu pag. 35 f.). Das Bundesgericht erwog in seinem Entscheid, dass sich §16 der solothurnischen Justizvollzugsverordnung nicht auf den Bundesratsbeschluss vom 2. September 2015 stützen könne, welcher den Vollzug im Electronic Monitoring für «Freiheitsstrafen von mindestens 20 Tagen bis höchstens 1 Jahr» bewillige. §16 Abs. 3 Satz 3 der solothurnischen Justizvollzugsverordnung sei mit dem Wortlaut, Sinn und Zweck des übergeordneten Rechts nicht vereinbar und verletze Bundesrecht (Urteil des Bundesgerichts 6B_1253/2015 vom 17. März 2016 E. 2.6).

Das Bundesgericht stellte damit einzig die Bundesrechtswidrigkeit der Regelung, wie sie auch in Art. 3 Abs. 1 lit. b der Verordnung des Kantons Bern über den Vollzug von Freiheitsstrafen in der Form des "Electronic Monitoring" (EM-Verordnung; BSG 341.12) enthalten ist (namentliche die Massgeblichkeit des unbedingt zu vollziehenden Teils bei teilbedingten Freiheitsstrafen), fest und versagte ihr in der Folge die Anwendung. Es handelt sich dabei nicht um einen Fall von Rückwirkung neuen Rechts, sondern um einen Fall von derogatorischer Kraft des Bundesrechts gemäss Art. 49 Abs. 1 BV. Gestützt auf Art. 49 Abs. 1 BV geht Bundesrecht entgegenstehendem kantonalem Recht vor. Dieser Grundsatz ist von allen rechtsanwendenden Behörden des Bundes und der Kantone von Amtes wegen zu beachten (BSK BV-WALDMANN, N. 6 zu Art. 49 BV). Aus der bundesstaatlichen Kompetenzordnung (Art. 3 BV) folgt, dass kompetenzwidrig erlassenes kantonales Recht grundsätzlich keine Rechtswirkungen entfalten kann. Vorrangbelastetes kantonales Recht hat der Anwendung der einschlägigen Bundesregelung zu weichen (BSK BV-WALDMANN, N. 21 zu Art. 49 BV). Im Ergebnis hielt die POM dazu korrekt fest (pag. 21):

«Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen ist festzustellen, dass die ASMV Art. 3 Abs. 1 lit. b EM-Verordnung im Ergebnis zu Recht nicht mehr zur Anwendung gebracht hat, nachdem das Bundesgericht dessen Gehalt für bundesrechtswidrig erklärt hatte. Auch wenn Art. 3 Abs. 1 lit. b EM-Verordnung nach wie vor in Kraft ist, darf er ab Bekanntwerden seiner Bundesrechtswidrigkeit und für die Zukunft nicht mehr angewendet werden. Dies hat zur Folge, dass bei teilbedingten gleich wie bei unbedingten Freiheitsstrafen für die Beurteilung der Frage, ob EM überhaupt zulässig ist, auf die Gesamtdauer der verhängten Freiheitsstrafe abzustellen ist (vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. a EM-Verordnung). In casu wurde der Beschwerdeführer zu einer teilbedingten Freiheitsstrafe von 28 Monaten verurteilt, was die Strafmassobergrenze von einem Jahr übersteigt. Damit fällt für den Beschwerdeführer die Sondervollzugsform des EM ausser Betracht.»

Der Beschwerdeführer kann mithin auch aus dem Umstand, dass belastende, echte Rückwirkungen nur ausnahmsweise zulässig sind, nichts zu seinen Gunsten ableiten.

11. **Verletzung der Rechtsgleichheit / Vertrauensschutz:** Der Beschwerdeführer stellt weiter fest, dass von sämtlichen relevanten Gesuchstellern (teilbedingte Gesamtfreiheitsstrafe von über 12 Monaten mit zu vollziehendem Teil von bis zu 12 Monaten), die die Voraussetzungen für den Strafvollzug in Form des Electronic Monitorings erfüllen würden und vor dem 17. März 2016 verurteilt worden seien bzw. ihr Gesuch gestellt hätten, bloss diejenigen das Privileg des Electronic Monitorings erhalten würden, die das Glück gehabt hätten, dass über ihr Gesuch vor dem 17. März 2016 entschieden worden sei. Im Ergebnis bedeute dies, dass die Gutheissung oder Ablehnung der grundsätzlich gutzuheissenden Gesuche einzig davon abhängig gewesen sei, wie schnell die ASMV diese behandelt habe. Dies stelle zweifelsfrei keinen sachlichen Grund dar, der eine solche Ungleichbehandlung erlauben würde.

Gleichzeitig rügte der Beschwerdeführer eine Verletzung des Vertrauensschutzes. Er habe sich auf das bisher geltende, kantonale Recht und die langjährige Praxis

bzw. Rechtsanwendung der ASMV bezüglich der Gewährung der Vollzugsform des Electronic Monitoring verlassen. Beim Verzicht auf die Berufung gegen das Urteil vom 29. Oktober 2015 hätten unter anderem die Ausführungen der ABaS als Teil der zuständigen Vollzugsbehörde sowie diejenigen des Gerichtspräsidenten anlässlich der mündlichen Urteilsbegründung eine wesentliche Rolle gespielt. Er habe deshalb zu Recht davon ausgehen dürfen, dass ihm der Strafvollzug in der Form des Electronic Monitorings gewährt würde und habe entsprechend auf eine Berufung verzichtet. Zudem habe ihm die ASMV mit Verfügung vom 7. Januar 2016 mitgeteilt, dass er unter gewissen Voraussetzungen die Möglichkeit habe, seine Strafe in Form des Electronic Monitorings zu verbüssen und somit die Ausführungen des ABaS bzw. des urteilenden Gerichtspräsidenten bestätigt.

An dieser Stelle ist – insbesondere für die theoretischen Grundlagen zum Gleichbehandlungsgebot und zum Grundsatz des Vertrauensschutzes – vorab auf die durchwegs zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz zu verweisen (pag. 38 ff.). Der Beschwerdeführer erkennt, dass es vorliegend zu keiner Rechtsänderung gekommen ist (vgl. Ziff. 10 hiavor). Die neue bundesgerichtliche Rechtsprechung führt indes dazu, dass bei teilbedingten Strafen die gesamte ausgesprochen Dauer der Freiheitsstrafe massgebend ist und damit faktisch zu einer Praxisänderung betreffend der Gewährung von Electronic Monitoring im Kanton Bern. Ein Änderung einer gefestigten Behördenpraxis bei unverändertem Normenwortlaut bringt zwangsläufig gewisse Ungleichbehandlungen mit sich (TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 N. 14). Weil die ASMV die neue Praxis jedoch auf alle noch hängigen Gesuche um Electronic Monitoring gleich angewendet hat, liegt keine unzulässige Ungleichbehandlung vor. Gegen Änderungen der materiell rechtlichen Praxis gibt es zudem keinen allgemeinen Vertrauensschutz (TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, §23 N. 16). Anders verhält es sich nur, wenn die Weiterführung der alten Praxis individuell zugesichert war oder die Behörde sonstwie entsprechende Erwartungen geweckt hatte.

Vorliegend macht der auch im Strafverfahren bereits anwaltlich vertretene Beschwerdeführer zu Recht nicht geltend, er habe von der ASMV eine verbindliche Zusicherung des Vollzugs in Form von Electronic Monitoring erhalten. Nur dann aber wäre er allenfalls in seinem Vertrauen zu schützen gewesen. Nichts zu seinen Gunsten ableiten kann er, wie die Vorinstanz zutreffend feststellte, aus dem Umstand, dass er von verschiedenen Seiten diverse Informationen zum Electronic Monitoring erhalten hat (pag. 43):

«Auf Auskünfte, die sich hinterher als unzutreffend erweisen, darf sich der Empfänger berufen, und die verantwortliche Behörde muss sich so verhalten, als ob die Auskunft richtig gewesen wäre, wenn kumulativ folgende Voraussetzungen erfüllt sind (dazu und zum Folgenden: TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 22, Rz. 15 f.):

(1) Die Auskunft wurde vorbehaltlos in einer konkreten Situation mit Bezug auf bestimmte Personen erteilt.

(2) Die Behörde war zur Auskunftserteilung zuständig oder der Bürger durfte sie aus zureichenden Gründen als zuständig betrachten.

(3) Die Unrichtigkeit der Auskunft war nicht ohne weiteres erkennbar.

(4) Aufgrund der Auskunft wurden Dispositionen getroffen, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können.

(5) Die relevante Rechts- und Sachlage hat seit der Auskunftserteilung keine Änderung erfahren.

(6) Es handelt sich um dieselbe Behörde, welche die Auskunft erteilt hat und sich später im Gegensatz dazu verhält (vgl. dazu: KÄLIN/KIENER/LIENHARD/TSCHANNEN/TSCHENTSCHER, in: ZBJV 144/2008, S. 747 f.).

[...] Soweit sich der Beschwerdeführer auf Ausführungen der ABaS anlässlich einer Informationsveranstaltung stützen will, fehlt es offensichtlich am Erfordernis (1). Sodann ist das Regionalgericht Bern-Mittelland nicht zuständig für die Bewilligung von EM und damit offensichtlich auch nicht für die Erteilung von Auskünften zu dieser Sondervollzugsform. Dies konnte und musste der im Strafverfahren anwaltlich vertretene Beschwerdeführer erkennen (Vorakten: pag. 27). Es fehlt daher insoweit am Erfordernis (2).»

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass auch die Verfügung der ASMV vom 7. Januar 2016, mit welcher der Beschwerdeführer zum Vollzug der Freiheitsstrafe aufgeboten wurde (vgl. die Vollzugsakten), keine Vertrauensgrundlage darstellt. So wurde der Beschwerdeführer darin einzig darauf hingewiesen, er habe unter gewissen Voraussetzungen auch die Möglichkeit, seine Strafe in der Sondervollzugsform Electronic Monitoring zu verbüssen. Dabei handelt es sich mitnichten um eine vorbehaltlose Zusicherung.

Der Beschwerdeführer kann mithin aus dem Gleichbehandlungsgebot sowie dem Grundsatz des Vertrauensschutzes nichts zu seinen Gunsten ableiten. Die Verweigerung der Sondervollzugsform des Electronic Monitorings gestützt auf den Bundesgerichtsentscheid 6B_1253/2015 und der damit einhergehenden Praxisänderung im Kanton Bern ist zulässig.

12. Gestützt auf diese Erwägungen ist die Beschwerde gegen den Entscheid der POM vom 31. August 2016 abzuweisen. Der Entscheid der ASMV, die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Gewährung des Electronic Monitorings per sofort (das heisst auch hinsichtlich aller bereits hängiger Gesuche) umzusetzen, ist rechtstaatlich korrekt.

V. Kosten und Entschädigungen

13. Gemäss Art. 108 Abs. 1 VRPG werden die Verfahrenskosten der unterliegenden Partei auferlegt, es sei denn, die besonderen Umstände rechtfertigten, keine Verfahrenskosten zu erheben. Besondere Umstände liegen etwa darin, dass die Grundsätzlichkeit der zu beurteilenden Fragen die Beschwerdeführung trotz Unterliegens als gerechtfertigt erscheinen lässt oder wenn das Unterliegen auf eine Präzisierung der Praxis bzw. eine Praxisänderung zurückzuführen ist (MERK-

LI/AESCHLIMANN/HERZOG, Kommentar zum VRPG, Bern 1997, N. 9 zu Art. 108 VRPG).

Eine solche Praxisänderung liegt im abweisenden Entscheid des ASMV vom 9. Mai 2016 vor. Zwar stellte das Bundesgericht bereits am 17. März 2016 die bisherige Auslegung einer entsprechenden kantonalen Vollzugsnorm zum Anwendungsbereich von EM als bundesrechtswidrig fest, bezog sich dabei aber auf eine Regelung des Kantons Solothurn. Erst am 3. Oktober 2016, mithin nach Einreichung der vorliegenden Beschwerde vom 2. Oktober 2016, stellte das Bundesgericht klar, dass auch die bisherige bernische Praxis bundesrechtswidrig war. Die Erhebung der Beschwerde erscheint im Lichte dieser Umstände verständlich. Aus diesen Gründen rechtfertigt es sich, in diesem Verfahren keine Verfahrenskosten zu erheben.

14. Besondere Umstände können nicht nur den Verzicht auf die Verfahrenskosten sondern grundsätzlich auch einen ganzen oder teilweisen Parteikostenersatz rechtfertigen (MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, a.a.O., N. 16 zu Art. 108 VRPG). Die Kammer erachtet es vorliegend aus den genannten Gründen als angemessen, dem Beschwerdeführer trotz seines Unterliegens für das oberinstanzliche Verfahren einen Parteikostenersatz zuzusprechen.

Rechtsanwalt B. _____ macht einen Aufwand von insgesamt 9.42 Stunden geltend (vgl. Kostennote vom 23. Dezember 2016). Dies scheint im Vergleich zum Aufwand vor erster Instanz (7.16 Stunden) sowie in Anbetracht der Tatsache, dass der Wortlaut der beiden Beschwerdeschriften nahezu identisch ist, als zu viel. Die Kammer erachtet einen gesamten Aufwand für das oberinstanzliche Verfahren von 6 Stunden als angemessen. Die Auslagen belaufen sich gemäss eingereichter Kostennote auf CHF 45.90. Dies ergibt für das oberinstanzliche Verfahren eine Entschädigung von CHF 1'669.55 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer).

15. Das Verfahren um unentgeltliche Prozessführung und Beiordnung einer unentgeltlichen Rechtsvertretung für das oberinstanzliche Verfahren ist somit als gegenstandslos abzuschreiben.

Die 2. Strafkammer beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden für das oberinstanzliche Verfahren keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Der Beschwerdeführer wird für seine Verteidigungskosten vor oberer Instanz mit CHF 1'669.55 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) entschädigt.
4. Das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung und Beiordnung einer unentgeltlichen Rechtsvertretung für das oberinstanzliche Verfahren wird als gegenstandslos abgeschrieben.
5. Zu eröffnen:
 - dem Beschwerdeführer, v.d. Rechtsanwalt B. _____
 - der Generalstaatsanwaltschaft, v.d. Staatsanwalt C. _____
 - der Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern, Generalsekretariat

Mitzuteilen:

- dem Amt für Freiheitsentzug und Betreuung des Kantons Bern, Abteilung Straf- und Massnahmenvollzug

Bern, 21. Februar 2017

Im Namen der 2. Strafkammer

Der Präsident i.V.:

Oberrichter Kiener

Die Gerichtsschreiberin:

Eggli

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung beim Bundesgericht, Av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Strafsachen gemäss Art. 39 ff., 78 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) geführt werden. Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen.