

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 08
Fax +41 31 634 50 54
obergericht-straf.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Beschluss

SK 19 439

Bern, 5. Februar 2020

Besetzung

Oberrichter Schmid (Präsident i.V.), Oberrichter Kiener, Oberrichterin Bratschi
Gerichtsschreiber Müller

Verfahrensbeteiligte

A. _____
v.d. Rechtsanwalt Dr. B. _____
Verurteilter/Beschwerdeführer



Sicherheitsdirektion des Kantons Bern SID, Kramgasse 20,
3011 Bern

Gegenstand

Arrest nach nicht durchgeführter Urinprobe

Beschwerde gegen den Entscheid der Sicherheitsdirektion des Kantons Bern vom 24. Oktober 2019 (2019.POMGS.476)

Erwägungen:

I.

1. Mit Verfügung vom 14. Juni 2019 disziplinierte die Justizvollzugsanstalt (JVA) Thorberg den Eingewiesenen A._____ (nachfolgend: Beschwerdeführer) mit acht Tagen Arrest, weil er es am 4. Juni 2019 trotz vier Stunden Zeit nicht geschafft habe, Urin für eine Urinprobe (UP) abzuliefern. Eine nicht abgelieferte UP werde als auf harte Drogen positiv getestete UP gewertet und entsprechend sanktioniert. Das vom Beschwerdeführer gezeigte Verhalten gelte als schwerer Verstoss (pag. 7 ff. Akten SID). Die Arreststrafe verbüsste der Beschwerdeführer in der Zeit vom 14. bis zum 22. Juni 2019 (pag. 10 Akten SID).
2. Gegen diese Verfügung erhob der Beschwerdeführer am 15. Juni 2019 Beschwerde und beantragte sinngemäss deren Aufhebung, da er sich am 4. Juni 2019 im Ramadan befunden habe, deshalb nichts trinken dürfen und infolgedessen keine UP abgeben können (pag. 5 Akten SID). Die Beschwerde gelangte via die Bewährungs- und Vollzugsdienste (BVD) an die Sicherheitsdirektion des Kantons Bern (SID [nachfolgend auch: Vorinstanz], vor dem 1. Januar 2020 noch POM genannt) und wurde von dieser zur Durchführung des Einigungsverfahrens nach Art. 51 Abs. 2 f. des Gesetzes über den Justizvollzug (JVG; BSG 341.1) zunächst an das Amt für Justizvollzug des Kantons Bern (AJV) weitergeleitet. Das Einigungsverfahren verlief erfolglos, weshalb die Akten am 17. Juli 2019 wieder der SID zugestellt wurden (siehe pag 24 ff. Akten SID). Während der Beschwerdeführer dem Ersuchen der Instruktionsbehörde der SID um Stellungnahme am 28. Juli 2019 nachkam, unterliess es die JVA Thorberg auch nach wiederholter Aufforderung, die ihr gestellten Fragen zu beantworten und gegebenenfalls Dokumente einzureichen (pag. 19, 2. Absatz). Nach Eingang einer weiteren Eingabe des Beschwerdeführers vom 23. September 2019 wurden der Schriftenwechsel und das Beweisverfahren am 1. Oktober 2019 geschlossen und ein Entscheid gestützt auf die aktuelle Aktenlage in Aussicht gestellt. Der Entscheid der SID erging am 24. Oktober 2019 und lautete wie folgt (pag. 29):
 1. Soweit auf die Beschwerde eingetreten werden kann, wird sie teilweise gutgeheissen und die Verfügung der JVA Thorberg vom 14. Juni 2019 soweit die Höhe der Disziplinarsanktion betreffend aufgehoben. Die Disziplinarsanktion wird neu auf drei Tage Arrest in einer Sicherheitszelle festgesetzt. Soweit weitergehend wird die Beschwerde abgewiesen.
 2. Es werden weder Verfahrenskosten erhoben noch Parteikosten gesprochen.
3. Am 25. November 2019 erhob der Beschwerdeführer, neu vertreten durch Rechtsanwalt Dr. B._____, beim Obergericht des Kantons Bern Beschwerde und stellte folgende Anträge (vgl. pag. 1 ff.):
 1. Der Entscheid der Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern vom 24. Oktober 2019 [...] sei aufzuheben.
 2. Die Beschwerde des Beschwerdeführers vom 15. Juni 2019 gegen die Verfügung der Direktion der JVA Thorberg vom 14. Juni 2019 sei gutzuheissen.
 3. Eventualiter sei die Angelegenheit zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. gesetzlicher MWST.) zu Lasten der Beschwerdegegnerin.
4. Gestützt auf diese Eingabe eröffnete die 2. Strafkammer am 2. Dezember 2019 das Beschwerdeverfahren und forderte die SID auf, innert Frist eine Stellungnahme sowie die Vollzugsakten des Beschwerdeführers einzureichen.
5. Mit Schreiben vom 6. Dezember 2019 beantragte die SID die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden könne, und begründete dieses Rechtsbegehren.
6. Auf entsprechende Verfügung der Verfahrensleitung hin nahm auch die Generalstaatsanwaltschaft am 19. Dezember 2019 Stellung und beantragte die kostenfällige Abweisung der Beschwerde. Sie verzichtete indes auf weitere Ausführungen.
7. Innert der mit Verfügung vom 19. Dezember 2019 gewährten Frist gelangte beim Obergericht keine Replik des Beschwerdeführers ein.

II.

8. Gemäss Art. 52 Abs. 1 JVG i.V.m. Art. 29 Abs. 1 Bst. c des Organisationsreglements des Obergerichts (OrR OG; BSG 162.11) beurteilen die Strafkammern des Obergerichts Beschwerden gegen Verfügungen und Beschwerdeentscheide der SID im Bereich des Justizvollzugs. Die 2. Strafkammer ist somit zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Das Verfahren richtet sich gemäss Art. 53 JVG nach dem Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21), soweit das JVG keine besonderen Bestimmungen enthält. Namentlich finden die Art. 79 und Art. 80 bis 84a VRPG sinngemäss Anwendung (Art. 86 Abs. 2 VRPG).
9. Die Beschwerde wurde fristgerecht eingereicht (vgl. Art. 52 Abs. 1 JVG). Der Beschwerdeführer hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist vom angefochtenen Entscheid direkt betroffen und als unterlegene Partei zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 79 VRPG). Der Beschwerdeführer hat die Arreststrafe jedoch bereits verbüsst. Es kann dennoch offen bleiben, ob er ein aktuelles und praktisches Interesse an der Beschwerdeführung hat, denn es handelt sich hier um eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung, die sich jederzeit wieder stellen und die wegen der Dauer des Verfahrens kaum je rechtzeitig beurteilt werden könnte.
10. Auf die Beschwerde vom 25. November 2019 ist somit grundsätzlich einzutreten. Nicht eingetreten werden kann aber auf Rechtsbegehren Nr. 2 des Beschwerdeführers, da dessen Beschwerde an die SID bereits von dieser behandelt worden und nicht Gegenstand des Verfahrens vor der 2. Strafkammer ist (sog. Devolutiveffekt). Die Kognition der 2. Strafkammer richtet sich nach Art. 80 VRPG.

III.

11. Zum Sachverhalt ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer, welcher der JVA Thorberg soweit erkennbar nicht als Drogenkonsument bekannt ist, am 4. Juni

2019 früh nachmittags im Rahmen einer Stichprobenkontrolle und nach dem Zufallsprinzip ausgewählt zu einer UP aufgeboten wurde (pag. 14 f. Akten SID). Ihm standen vier Stunden für die Abgabe der UP zur Verfügung (pag. 16 Akten SID). In dieser Zeit konnte er keinen Urin abgeben, da er seit 3.00 Uhr in der Früh nichts mehr getrunken und um 12.45 Uhr Wasser gelöst hatte. Das ihm angebotene Trinkwasser nahm er mit der Begründung, er mache Ramadan und dürfe daher erst um 21.28 Uhr wieder Wasser trinken, nicht an. Die Abnahme der vom Beschwerdeführer angebotenen Blutprobe lehnte hingegen die JVA Thorberg ab. Die Nichtabgabe dieser UP setzte die JVA Thorberg ihrer bisherigen Praxis gemäss mit dem Konsum harter Drogen gleich und disziplinierte den Beschwerdeführer mit acht Tagen Arrest. Wie gesehen änderte die SID die Sanktion auf drei Tage Arrest, weil sie eine andere Rechtsnorm anwendete, nämlich Art. 41 Abs. 2 Bst. I JVG ([...] die Vereitelung oder die Umgehung von Kontrollen oder die Verfälschung von Kontrollergebnissen).

IV.

12. Der Beschwerdeführer rügt vorab eine Gehörsverletzung (Art. 73 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft [BV; SR 101]). Statt die ursprüngliche Verfügung allein aufgrund fehlerhafter Rechtsgrundlage aufzuheben, habe die SID die Verfügung nachträglich i.S.v. Art. 73 VRPG abgeändert. Eine Abänderung der Verfügung durch die Beschwerdeinstanz bedürfe indes der Gewährung des rechtlichen Gehörs. Da dies unterlassen worden sei, sei der Entscheid der SID aus formellen Gründen aufzuheben.
13. Die SID entgegnet in ihrer Stellungnahme vom 6. Dezember 2019, es liege keine Gehörsverletzung vor. Dem Beschwerdeführer seien sowohl der Vorwurf als auch die aktuelle Hausordnung (HO) der JVA Thorberg, welche den entsprechenden Tatbestand explizit aufführe, bekannt gewesen. Er habe daher ohne weiteres mit der Anwendung des Tatbestands der Vereitelung einer Kontrolle rechnen müssen, weshalb er dazu nicht noch explizit anzuhören gewesen sei.
14. Grundsätzlich ist es so, dass eine Rechtsmittelinstanz das rechtliche Gehör gewährt, bevor sie eine Norm anwendet, welche vorher im Verfahren noch kein Thema gewesen ist, will sie sich nicht mit dem Vorwurf einer möglichen Verletzung des rechtlichen Gehörs konfrontiert sehen. Ob hier eine Gehörsverletzung vorliegt, kann jedoch mit Blick auf Nachstehendes sowie den Ausgang des Beschwerdeverfahrens letztlich offengelassen werden.

V.

15. Gemäss Art. 91 Abs. 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB; SR 311) können gegen Gefangene oder Eingewiesene, die in schuldhafter Weise gegen Strafvollzugsvorschriften oder den Vollzugsplan verstossen, Disziplinarsanktionen verhängt werden. Die Kantone erlassen für den Straf- und Massnahmenvollzug ein Disziplinarrecht, das die Disziplinarartatbestände umschreibt, die Sanktionen und deren Zustimmung bestimmt und das Verfahren regelt (Art. 93 Abs. 3 StGB).

Eingewiesene, die in schuldhafter Weise gegen das JVG, dessen Ausführungsbestimmungen, die Hausordnungen der Vollzugseinrichtungen, andere Vollzugsvorschriften, den Vollzugsplan sowie Anordnungen der Leitung oder des Personals der Vollzugseinrichtung verstossen, können sanktioniert werden (Art. 41 Abs. 1 JVG). Als Disziplinarvergehen gilt seit dem 1. Dezember 2018 unter anderem die Vereitelung von Kontrollen (vgl. 41 Abs. 2 Bst. I JVG). Dieser Disziplinarartbestand wurde neu in den Katalog der Disziplinarartbestände aufgenommen, da die Vereitelung von Kontrollen, insbesondere von Urinproben und Atemtests, keinem andern der Tatbestände des ausser Kraft gesetzten Gesetzes über den Straf- und Massnahmenvollzug (SMVG) zugeordnet werden konnte (vgl. Ziff. 6.4 des Vortrags des Regierungsrats an den Grossen Rat zum JVG vom 5. April 2017). Die aktuelle HO der JVA Thorberg von Februar 2019 führt gemäss den plausiblen Ausführungen der SID den Disziplinarartbestand der Vereitelung einer Kontrolle in Ziff. 8.2.1 (Spiegelstrich 11) auf.

Die Glaubens- und Gewissensfreiheit ist gewährleistet. Jede Person hat das Recht, ihre Religion und ihre weltanschauliche Überzeugung frei zu wählen und allein oder in Gemeinschaft mit anderen zu bekennen (Art. 15 Abs. 1 und 2 BV). Adressat der Religionsfreiheit ist primär der Staat. Nach Art. 35 Abs. 1 ist er zur Ausgestaltung einer Rechtsordnung verpflichtet, die der Verwirklichung der Religionsfreiheit dienlich ist. Wer staatliche Aufgaben wahrnimmt, ist gem. Art. 35 Abs. 2 an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen. Daher sind alle Staatsorgane (Gesetzgeber, Verwaltung, Rechtsprechung) auf allen Ebenen des Bundesstaates (Bund, Kantone, Gemeinden) in Wahrnehmung ihrer Funktionen und Aufgaben umfassend an die Religionsfreiheit gebunden. Das heisst: sie müssen sich ungerechtfertigter staatlicher Eingriffe in religiöse Belange enthalten und religiöse und weltanschauliche Handlungen der Grundrechtsträger dulden. Ausdruck eines solchen Abwehrrechtes der Privatperson ist auch die Verpflichtung des Staates zu religiöser Neutralität [...]. [...] Schliesslich ergeben sich verschiedene Leistungspflichten des Staates, um Personen in Sonderstatusverhältnissen wie Haftanstalten [...] oder Schulen das Ausüben ihrer Religionsfreiheit zu ermöglichen (PAHUD DE MORTANGES, in: Basler Kommentar BV, 2015, N. 67 und 69 zu Art. 15 BV). Geschützt von der Religionsfreiheit ist nicht nur die innere Freiheit, dem eigenen Gewissen zu folgen und die Religion bzw. Weltanschauung frei zu wählen, sondern auch die äussere Freiheit, diese innerhalb gewisser Schranken zu praktizieren (vgl. BIAGGINI, in: OFK Bundesverfassung, 2. Aufl. 2017, N. 3 zu Art. 15 BV). Art. 15 BV umfasst insbesondere auch das Recht, «sein Verhalten grundsätzlich nach den Lehren des Glaubens auszurichten und den Glaubensüberzeugungen gemäss zu handeln» (vgl. BGE 142 I 49 E. 3.4; BGE 139 I 280 E. 4.1; BGE 134 I 56 E. 4.3).

Einschränkungen von Grundrechten bedürfen einer gesetzlichen Grundlage. Schwerwiegende Einschränkungen müssen im Gesetz selbst vorgesehen sein. Ausgenommen sind Fälle ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr. Einschränkungen von Grundrechten müssen durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein. Einschränkungen von Grundrechten müssen verhältnismässig sein (Art. 36 Abs. 1-3 BV).

16. Der vorinstanzliche Entscheid ist wie folgt begründet: [Es] liegt nicht im Belieben der Eingewiesenen, über die Art der Durchführung eines Drogentests zu bestimmen. Dies umso mehr, als eine Blutentnahme die Anwesenheit von medizinischem Personal und ein Mehr an (sterilem) Material (Aderpresse, Spritzen, Röhrchen, Pflaster/Material für Druckverband) erfordert, wohingegen eine UP

vom Personal des Sicherheitsdienstes abgenommen werden kann [...]. Zudem stellt eine Blutentnahme einen wesentlich intensiveren Eingriff in die körperliche Integrität dar [...], der mit Blick auf das mildere Mittel der UP unnötig und daher zu vermeiden ist. Schliesslich müsste die Analyse einer Blutprobe, anders als einer UP, wohl extern erfolgen, was aufwändiger [...] ist. Bei dieser Ausgangslage kann der JVA Thorberg nicht vorgeworfen werden, dass sie die Abnahme einer Blutprobe statt einer UP verweigert hat. Es ist damit festzustellen, dass der Beschwerdeführer vorliegend eine Kontrolle vereitelt und den Tatbestand von Art. 41 Abs. 2 lit. i JVG erfüllt hat. Es ist sodann zu fragen, ob im Vorbringen des Beschwerdeführers, er habe das ihm angebotene Trinkwasser ausschlagen müssen, weil er sich im Ramadan befunden habe und deshalb nichts trinken dürfe, ein Rechtfertigungsgrund für die Vereitelung der Kontrolle zu sehen ist, der eine Bestrafung ausschliesse. Der Beschwerdeführer ist muslimischen Glaubens und macht geltend, seine Frau und deren Familie seien streng gläubige Muslime. Er habe sich bei seiner Frau erkundigt, ob er das ihm angebotene Trinkwasser hätte annehmen dürfen, um anschliessend eine UP abgeben zu können, was seine Frau verneint habe [...]. Wie dem Beschwerdeführer [...] bereits [...] mitgeteilt wurde, statuiert der Koran für Kranke und Reisende, worunter gemäss dem für die JVA Thorberg zuständigen Imam offenbar auch Personen fallen, die sich aufgrund einer Einweisung in eine JVA nicht bei ihren Familien oder Freunden befinden, jedoch eine Ausnahme vom Fastengebot während des Ramadans und gibt diesen die Möglichkeit, die verpassten Fastentage zu gegebener Zeit nachzuholen: „Und wenn einer krank ist oder sich auf einer Reise befindet [und deshalb nicht fasten kann, ist ihm] eine [entsprechende] Anzahl anderer Tage [zur Nachholung des Versäumten auferlegt]. Gott will es euch leicht machen, nicht schwer. Macht darum [durch nachträgliches Fasten] die Zahl [der vorgeschriebenen Fastentage] voll und preiset Gott dafür, dass er euch rechtgeleitet hat! Vielleicht werdet ihr dankbar sein.“ (vgl. Koran, Sure 2, am Ende des Verses 185; <https://de.wikipedia.org/wiki/Ramadan>; Dossier 2019.POMGS.4/6: Telefonnotiz Gespräch mit Herrn Direktor C._____ vom 9.7.19). Gegenüber dem AJV führte der Imam zudem aus, aus seiner Sicht als muslimischer Theologe mit Erfahrung stelle das "Fasten im Tageslicht" überhaupt kein Hindernis für die Abgabe einer UP dar (Dossier 2019.POMGS.476: Mail des Muslimischen Vereins vom 10. Juli 2019 [...]). Allerdings sei es für streng gläubige Muslime auch nicht "exotisch", während des Ramadans tagsüber auf das Trinken von Wasser zu verzichten (Dossier 2019.POMGS.476: Aktennotiz des AJV zum Telefongespräch mit Imam D._____ vom 16. Juli 2019).

Nach dem Gesagten ist festzustellen, dass sich der Beschwerdeführer selber nicht als streng gläubig bezeichnet und offenbar eher aus Unsicherheit denn aus eigener fester Überzeugung die Annahme des Trinkwassers verweigerte, wie die Nachfrage bei seiner Ehefrau zeigt. Doch selbst wenn dies anders wäre, ist die Direktion der Ansicht, dass es dem Beschwerdeführer zumutbar gewesen wäre, den ihm grundsätzlich zur Verfügung stehenden Spielraum bei der Auslegung der Ausnahmeregel vom Fastengebot zu nutzen und das Fastengebot an die Erfordernisse, die ein Aufenthalt in einer JVA an die Eingewiesenen stellt, so anzupassen, dass er den in einer JVA geltenden Regeln so weit wie nur möglich nachleben kann. Weigert sich der Beschwerdeführer, seine Glaubensregeln im Rahmen des Möglichen an seine Situation im Vollzug zu adaptieren, hat er mit den entsprechenden Konsequenzen [...] zu leben. Darin ist keine Diskriminierung zu sehen, zumal für die Durchführung von Drogentests mittels UP eine gesetzliche Grundlage besteht (Art. 31 Abs. 3 JVG), solche Tests offensichtlich dem öffentlichen Interesse des Schutzes der Sicherheit und Ordnung in der JVA dienen und für diesen Zweck ebenso offensichtlich geeignet, erforderlich und wie bereits dargelegt auch für Personen muslimischen Glaubens während des Ramadans zumutbar sind. Das für die Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung in einer JVA essentielle Mittel der stichprobeweisen Tests von UP auf Drogen wäre bei Personen muslimischen Glaubens während des Ramadans sinn-, zweck- und wirkungslos,

wenn sich diese in dieser Zeit ohne disziplinarische Folgen durch Weigerung, Wasser zu trinken, den Tests entziehen könnten. Die Berufung auf das Fastengebot könnte missbräuchlich erfolgen [...]. Dies umso mehr als auch Beginn und Ende des Ramadans innerhalb der muslimischen Glaubensgemeinschaft unterschiedlich festgesetzt werden und es für den Nachweis eines Drogenkonsums in einer UP je nach Ausmass des Konsums und konsumierter Substanz einen entscheidenden Unterschied machen kann, ob man sich der Testung noch einige Tage oder gar Wochen entziehen kann oder nicht. [Der] Beschwerdeführer [kann] nicht erfolgreich einen Rechtfertigungsgrund geltend machen.

17. Der Beschwerdeführer lässt hierzu zusammengefasst vorbringen, der angefochtene Entscheid verletze die Religionsfreiheit (Art. 15 BV, Art. 9 der Europäischen Menschenrechtskonvention [EMRK; SR 0.101] bzw. Art. 18 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte [UNO-Pakt-II; SR 0.103.2]). Durch eine minimale zeitliche Verschiebung der Probe würde der Grundrechtseingriff vermieden, gleichzeitig Ziel und Zweck der Massnahme erreicht. Zudem sei in Erinnerung zu rufen, dass der Zeitpunkt der Probe jeweils frei vom Gefängnispersonal festgelegt werde und auch für die vierstündige Frist zur Probeabgabe keine gesetzliche Grundlage bestehe. So habe der Beschwerdeführer die Probe nicht verweigert und sogar alternativ eine Blutprobe angeboten. Ihm sei einzig die willkürliche Frist zur Probeabgabe zum Verhängnis geworden, die letztlich eine schwerwiegende (unrechtmässige) disziplinierende Sanktionierung zur Folge gehabt habe.
18. In ihrer Vernehmlassung ergänzt die SID, die Beschwerdeschrift enthalte keine Vorbringen, die im Entscheid nicht mitberücksichtigt worden wären oder am Ausgang des Verfahrens etwas zu ändern vermöchten. Es sei unbestritten, dass der aufgrund einer drohenden Disziplinierung indirekt bestehende Zwang, während des Ramadans tagsüber Wasser zu trinken, um eine UP abgeben zu können, die Religionsfreiheit tangieren könne. Jedoch seien die Voraussetzungen für eine Beschränkung dieses Grundrechts gegeben. Aus der Abschrift des Interviews mit Imam D._____ aus dem Jahr 2015 vermöge der Beschwerdeführer, dessen Familie in E._____ und damit weiter weg als 81 km lebe, nichts zu seinen Gunsten abzuleiten. Gegen den Vorschlag, Urinproben könnten während des Ramadans auch kurz vor dem täglichen Fastenbeginn oder nach Ende des Tagesfastens abgenommen werden, sprächen mehrere Gründe: Das tägliche Fasten beginne mit der Morgendämmerung, mit der je nach Jahreszeit sehr früh zu rechnen sei. Umgekehrt falle das Ende des täglichen Fastens auf den Einbruch der Nacht und trete damit – ebenfalls je nach Jahreszeit – unter Umständen erst sehr spät ein. Wolle man verhindern, dass sich eine eingewiesene Person unter Berufung auf den Ramadan weigere, Wasser zu trinken, um eine UP abgeben zu können, reiche es nicht aus, diese Person kurz vor Beginn des Fastens zu wecken. Vielmehr müsste sie angesichts dessen, dass jeder Eingewiesene kulanterweise vier Stunden für die Abgabe der Urinprobe zur Verfügung habe, bereits vier Stunden vor der Morgendämmerung geweckt und zur Abgabe einer Urinprobe aufgefordert werden. Wollte man die Urinprobe nach Ende des Tagesfastens abnehmen, wären den Betroffenen dafür ab Einbruch der Nacht ebenfalls vier Stunden Zeit zu geben. Abgesehen davon, dass ein solches Vorgehen die Nachtruhe der Eingewiesenen beeinträchtigen würde, wäre es gerade in Mehrfachzellen mit einer Störung der übrigen Eingewiesenen verbunden, was schikanös anmute und zu Spannungen zwischen den

Eingewiesenen und so zu einem Sicherheitsrisiko führen könnte. Weiter könnten abends bzw. nachts abgenommene Urinproben erst tags darauf getestet werden, da der Gesundheitsdienst der JVA Thorberg nur von 07.00 bis 17.00 Uhr anwesend sei. Die Testung einer UP rechtfertige es nicht, das Pikett anzubieten. Dies hätte wiederum eine aus erzieherischen Gründen unerwünschte Verzögerung der Sanktionierung zur Folge. Schliesslich befinde sich während des Zelleneinschlusses wesentlich weniger Personal als tagsüber in der JVA Thorberg, weshalb ausserplanmässige Zellenöffnungen aus Ressourcengründen kaum zu bewerkstelligen wären.

19.

- 19.1 Zunächst ist festzustellen, dass dem Vorbringen der SID in ihrer Stellungnahme, die Beschwerdeschrift enthalte keine Vorbringen, die im Entscheid nicht mitberücksichtigt worden wären, so nicht gefolgt werden kann. Überdies begründet die Vorinstanz ihren Entscheid teilweise mit relativ abstrakten Argumenten. Indes ist – gerade bei Grundrechtseingriffen – schwegewichtig eine *Individualprüfung* vorzunehmen, die exakt (und grundsätzlich nur) den konkreten Einzelfall betrifft. Zwar erkennt die Kammer die mitunter schwierigen Situationen bei verweigerten Kontrollen in einer Justizvollzugsanstalt wie der JVA Thorberg keineswegs. Nichtsdestotrotz erweist sich hier der angeordnete Arrest aus nachfolgenden Gründen als nicht verhältnismässig im Sinne von Art. 36 Abs. 3 BV:

Der faktische/indirekte «Zwang», während des Ramadans tagsüber durch Wasser trinken das Fastengelübde zu brechen, um innert einer Frist eine Urinprobe abgeben zu können, stellt eine Einschränkung der grund- und menschenrechtlich garantierten Religionsfreiheit dar (Art. 15 BV und Art. 9 EMRK). Daran vermögen die vorinstanzlichen Ausführungen über den zu Rate gezogenen Imams D._____ nichts zu ändern. So hält dieser selber fest, dass der tagsüber praktizierte Verzicht auf das Trinken von Wasser für strenggläubige Muslime keineswegs «exotisch sei» (pag. 23 Akten SID: Notiz Telefongespräch vom 16. Juli 2019). Zu verweisen ist auch auf ein Interview des von der Vorinstanz angefragten Imams in der Berner Zeitung vom 30. Juni 2015. Dort bestätigt er, dass der Ramadan im Gefängnis gelte und gläubige Muslime in Bezug auf das Fastengebot nicht in den Genuss der «Reiseausnahme» kämen (pag. 39; siehe ebenfalls Berner Zeitung vom 30. Juni 2015: Der Direktor zeigt auch den Essensplan. Vier Menüs gibt es: ein reguläres, eines für Diabetiker, eines für Vegetarier und eines für Muslime. «Mit solchen Angeboten kann man als Anstalt dazu beitragen, dass es ruhig bleibt», erklärt C._____. Und fügt an: «Was bringt es, wenn man nicht Rücksicht nimmt? Nichts als Ärger.» [<https://www.bernerzeitung.ch/region/bern/auf-dem-thorberg-hat-der-ramadan-seinen-festen-platz/story/22112534>]). Allgemein ist in diesem Kontext festzuhalten, dass es juristisch heikel erscheint, aus einer Aktennotiz mit einem selber ausgewählten Iman quasi allgemeingültige Regeln zum Ramadan ableiten zu wollen. Das Argument, dass sich der Beschwerdeführer nicht als strenggläubig bezeichne, ändert im Übrigen nichts daran, dass der Schutzbereich der Religionsfreiheit betroffen ist, andernfalls Willkür Tür und Tor geöffnet wäre.

Des Weiteren besteht für die Durchführung eines Drogentests eindeutig eine gesetzliche Grundlage (Art. 31 Abs. 3 JVG: Sie [die Leitung der Vollzugseinrichtung] kann bei

Verdacht auf Betäubungsmittel- oder Alkoholmissbrauch *Urinproben*, Atemluftkontrollen, *Blutproben*, Haaranalysen und ähnliche Kontrollen vornehmen lassen. [kursive Hervorhebung hinzugefügt]). In diesem Kontext ist jedoch anzumerken, dass entgegen der Ansicht der SID grundsätzlich auch dann eine Diskriminierung vorliegen kann, wenn eine gesetzliche Grundlage für einen Eingriff besteht (vgl. pag. 53 Akten SID, 2. Absatz). Im Weiteren ist das öffentliche Interesse evident, nämlich der Schutz der Sicherheit und Ordnung in der JVA Thorberg. Bevor ein staatlicher Eingriff als zulässig bewertet werden kann, hat indes eine Verhältnismässigkeitsprüfung stattzufinden. Der staatliche Eingriff muss mithin geeignet sein, um das öffentliche Interesse zu erreichen, er muss zudem erforderlich sein (d.h. es darf kein milderes Mittel existieren) und er muss für die betroffene Person zumutbar (also verhältnismässig im engeren Sinne) sein. Unproblematisch ist das Kriterium der Eignung: Damit Eingewiesene hinsichtlich einer gesetzlich vorgesehenen Zwangsmassnahme kooperieren, eignet sich die Androhung (und Durchführung) einer Sanktion (im Weigerungsfall). Der Eingriff ist also geeignet, um das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel zu erreichen. Auch dass ein sich im Sonderstatusverhältnis befindender Eingewiesener unter gewissen sehr engen Voraussetzungen – namentlich wenn schwerwiegende Gefahr in Verzug ist – verpflichtet werden kann, ein Glaser Wasser zu trinken, leuchtet der Kammer ein (siehe Art. 39 JVG [Zwangsernährung]; dazu auch ZORYAN, Patientenverfügung im öffentlichen Recht, Diss. BE 2016, Rz. 377 ff.).

Jedoch ist die Erforderlichkeit der hiesigen Massnahme näher zu betrachten. Sie ist dann gegeben, wenn es – im Hinblick auf die beeinträchtigten Interessen oder Rechte – kein milderes Mittel gibt, um das angestrebte Ziel zu erreichen (vgl. EPINEY, in: Basler Kommentar BV, 2015, N. 70 zu Art. 5 BV). Die Vorinstanz hält diesbezüglich fest, dass «das für die Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung in einer JVA essentielle Mittel der stichprobenweisen Test von UP auf Drogen [...] bei Personen muslimischen Glaubens während des Ramadans sinn-, zweck- und wirkungslos [wäre], wenn sich diese in dieser Zeit ohne disziplinarische Folgen durch Weigerung, Wasser zu trinken, den Test entziehen könnten». Dabei verkennt die Vorinstanz erstens, dass das Fastengebot während des Ramadans nur *tagsüber* gilt. Zweitens zielt die Auffassung, dass sich ein Insasse muslimischen Glaubens unter Berufung auf den Ramadan über mehrere «Tage oder gar Wochen» einer Probe entziehen könnte – was in der Tat nicht vereinbar wäre mit dem Ziel und Zweck der gesetzlichen Grundlagen betreffend die Durchführung von stichprobenartigen Urinproben zur Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung in einer JVA – ins Leere. So liesse sich ob der 24/7-Überwachung ohne weiteres sicherstellen, dass auch während des Ramadans bei praktizierenden muslimischen Insassen Kontrollen durchgeführt werden. Dies bspw. direkt morgens früh (beim ersten Gang zur Toilette) oder sonst abends nach dem täglichen Fastenbrechen. In ihrer Stellungnahme scheint die SID davon auszugehen, dass gläubige Muslime während des Tages nicht nur nichts zu sich nehmen, sondern auch nicht urinieren (Vielmehr müsste sie angesichts dessen, dass jeder Eingewiesene kulanterweise vier Stunden für die Abgabe der Urinprobe zur Verfügung habe, bereits vier Stunden vor der Morgendämmerung geweckt und zur Abgabe einer Urinprobe aufgefordert werden [pag. 50]. Dem ist jedoch freilich nicht so. Auch hier gab der Beschwerdeführer ja an, er habe am Mittag des fraglichen Tages noch uriniert (pag. 5 Akten SID). Definitiv unpassend ist es, während des Ra-

madans am frühen Nachmittag mit der Vierstundenfrist zu beginnen und dann Druck aufzubauen, da der Gesundheitsdienst wie gesehen normalerweise nur bis um 17.00 Uhr anwesend ist. Durch eine (geringfügige) zeitliche Verschiebung der Aufforderung zur UP würde also der Eingriff in die Religionsfreiheit vermieden. Gleichzeitig könnte das Ziel und der Zweck der Massnahme weiterhin vollständig erreicht werden und es wäre dem Insassen so nicht möglich, die Ergebnisse der Probe in irgendeiner Weise zu verfälschen. Es kann folglich ebenfalls nicht der Schluss gezogen werden, dass hier Gefahr im Verzug gewesen wäre. Darüber hinaus muss die UP, angenommen sie wird um 18.00 Uhr abgenommen respektive geliefert – also wenn der Gesundheitsdienst grundsätzlich bereits abwesend ist –, nicht sofort ausgewertet werden. Damit kann in aller Regel bis zum nächsten Morgen gewartet werden. Die daraus eventuell resultierende leichte Verzögerung der Sanktionierung vermag die erzieherische Wirkung wohl kaum mehr als höchstens marginal zu beeinflussen. Anzumerken ist überdies, dass der Zeitpunkt der Probe am Tag selbst jeweils frei vom Gefängnispersonal festgelegt wird und für die vierstündige Frist zur Probeabgabe soweit erkennbar keine gesetzliche Grundlage besteht. Diese offenbar recht starre Fristenregelung erscheint vor dem Hintergrund des Legalitätsprinzips (jedenfalls im Einzelfall) als nicht vollständig unproblematisch. Schliesslich bleibt mit Blick auf die Verhältnismässigkeit anzufügen, dass das Verhalten des Beschwerdeführers keinerlei Anlass gegeben hat, ihn des Drogenkonsums zu verdächtigen, was der Probe den Charakter einer reinen formalen Routineuntersuchung gibt.

Die SID führte des Weiteren aus: Es ist damit festzustellen, dass der Beschwerdeführer vorliegend eine Kontrolle vereitelt [...] hat. So eindeutig ist dies ebenfalls nicht. Der Beschwerdeführer wollte nämlich nicht kein Wasser lassen, sondern er *konnte* nicht. In Ausübung seiner Religion nahm er während des Tages keine Flüssigkeit zu sich, was in Bezug auf die UP quasi ein vorgelagertes Verhalten darstellt. Er ist letztlich auch nicht gezwungen worden, das Wasser zu trinken, sondern hatte schlicht die Konsequenzen dafür zu tragen, dass er kein Wasser lassen konnte. Hätte er indes während der Vierstundenfrist urinieren können, hätte er dies zwecks UP unstrittig getan. Vor diesem Hintergrund hat er die Urinprobe *nicht* im Sinne des Wortes *vereitelt*. Ihm wurde einzig und allein die gesetzte Frist von vier Stunden zur Probeabgabe zum Verhängnis, die letztlich die dargelegte recht schwerwiegende Sanktionierung zur Folge hatte. Des Weiteren hat der Beschwerdeführer die UP nicht absolut verweigert, er hat alternativ eine Blutprobe angeboten. Die SID scheint zu verkennen, dass die Blutprobe für den Beschwerdeführer in Anbetracht des Eingriffs in die Religionsfreiheit hier das mildere Mittel gewesen wäre, hat er sich doch dazu bereit erklärt. Bloss weil eine Urinprobe grundsätzlich der weniger starke Eingriff in die körperliche Integrität (Art. 10 Abs. 2 BV) ist, heisst dies nicht, dass dies auch hinsichtlich anderer Grundrechte wie der Religionsfreiheit gilt.

Insgesamt liegt ein unverhältnismässiger Eingriff in die grundrechtlich geschützte Religionsfreiheit des Beschwerdeführers vor. Er verhielt sich am 4. Juni 2019 nicht dergestalt, dass ein Arrest von mehreren Tagen gerechtfertigt gewesen ist. Der Beschwerdeführer hat im Rahmen seiner Möglichkeiten grundsätzlich aktiv kooperiert und ist disziplinar technisch vorgängig soweit ersichtlich nicht in Erscheinung getreten. Bezeichnend sind denn auch die aktenkundigen Bedenken bereits des

AJV (pag. 18 Akten SID: Ich ahne, dass uns dieser Fall noch weiter beschäftigen wird. [E-Mail von F._____ an C._____ vom 9. Juli 2019] / pag. 22 f. Akten SID: Auf Frage warum keine Blutentnahme standfand: Blutentnahme gibt es nur bei medizinischen Beschwerden; C._____ ist dezidiert gegen Blut nehmen; Blut muss zu externem Institut, er ist nicht 100% sicher ob intern durch GD prüfbar; Urinprobe intern untersuchen, super Gerät vorhanden / Weiteres Vorgehen: Ich erkläre Risiko, dass Gutheissung der Beschwerde; Pom soll entscheiden. Präzedenzfall seitens C._____ erwünscht, damit Klarheit in Zukunft für UP Abnahme/Trinken während Ramadan / A._____ hat Blutanalyse angeboten, da er während des Ramadans nichts trinken durfte und somit keine Urinprobe abgeben konnte. Blutanalyse wurde von Thorberg verweigert; C._____ will daran festhalten, möchte Entscheid von POM und klare Anweisung [...] [Telefonnotiz. Gespräch mit Herrn Direktor C._____ vom 9.7.19]). Selbstredend ist es so, dass eine Blutprobe für die JVA Thorberg einen etwas höheren Ressourcenaufwand bedeutet als eine Urinprobe. Jedoch wäre diese hier die Vorgehensweise zum grundrechtskonformen Handeln gewesen, wenn man denn nicht warten wollte, bis der Beschwerdeführer – der wie jeder gesunde Mensch mehrmals am Tag Wasser lassen wird – urinieren kann. Speziell mutet ferner die mangelnde Kooperation der JVA Thorberg im Rahmen des vorinstanzlichen Beschwerdeverfahrens trotz mehrmaliger Aufforderung durch die SID an (siehe insb. pag. 43 Akten SID).

- 19.1 Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen, soweit darauf eingetreten werden kann. Der Entscheid der SID vom 24. Oktober 2019 (2019.POMGS.476) ist aufzuheben. Mit Blick auf die Formulierung in Ziffer 1 des vorinstanzlichen Entscheids ist zudem die Disziplinarverfügung der JVA Thorberg vom 14. Juni 2019 aufzuheben.

VI.

20. Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Kosten des Beschwerdeverfahrens vor der 2. Strafkammer, bestimmt auf CHF 1'500.00, zu Lasten des Kantons Bern (Art. 108 Abs. 1 und 2 VRPG sowie Art. 28 Abs. 2 und Art. 51 des Verfahrenskostendeckrets [VKD; BSG 161.12]). Obwohl auf die Beschwerde hinsichtlich des Rechtsbegehrens 2 nicht einzutreten war, rechtfertigt sich keine Kostenausscheidung.
21. Dem Beschwerdeführer ist für das Verfahren vor Obergericht ein Parteikostenersatz für den durch die berufsmässige Parteivertretung anfallenden Aufwand zu Lasten des Kantons Bern, Sicherheitsdirektion, auszurichten (vgl. Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG sowie den Beschluss der Strafabteilung des Obergerichts vom 20. Oktober 2014; BGE 140 III 167 E. 2.3). Da Rechtsanwalt Dr. B._____ keine Kostennote eingereicht und sich dies auch nicht vorbehalten hat, wird die Entschädigung hier pauschal auf CHF 1'800.00 (inkl. Auslagen und MWST) festgesetzt (vgl. Art. 41 des Kantonalen Anwaltsgesetzes [KAG; BSG 168.11] und Art. 11 Abs. 1 der Parteikostenverordnung [PKV; BSG 168.811]).
22. Bei dieser Kostentragung ist das Verfahren um unentgeltliche Rechtspflege und Beiordnung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands als gegenstandlos abzuschreiben.

Die 2. Strafkammer beschliesst:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Der Entscheid der Sicherheitsdirektion des Kantons Bern vom 24. Oktober 2019 (2019.POMGS.476) sowie die Disziplinarverfügung der Justizvollzugsanstalt Thorberg vom 14. Juni 2019 werden aufgehoben.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens vor Obergericht, bestimmt auf CHF 1'500.00, trägt der Kanton Bern.
3. Dem Beschwerdeführer wird für das Beschwerdeverfahren vor Obergericht zu Lasten des Kantons Bern, Sicherheitsdirektion, ein Parteikostenersatz von CHF 1'800.00 (inkl. Auslagen und MWST) ausgerichtet.
4. Das Verfahren betreffend das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege unter Beiordnung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands wird als gegenstandlos abgeschlossen.
5. Zu eröffnen:
 - dem Beschwerdeführer, v.d. Rechtsanwalt Dr. B. _____
 - der Sicherheitsdirektion des Kantons Bern, Generalsekretariat
 - der Generalstaatsanwaltschaft

Mitzuteilen:

- dem Amt für Justizvollzug des Kantons Bern, Bewährungs- und Vollzugsdienste

Bern, 5. Februar 2020

Im Namen der 2. Strafkammer

Der Präsident i.V.:

Oberrichter Schmid

Der Gerichtsschreiber:

Müller

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 Bundesgerichtsgesetzes (BGG; SR 173.110) geführt werden. Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen.