

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 44

Bern, 1. April 2019

Besetzung

Oberrichterin Hubschmid Volz (Präsidentin i.V.), Oberrichter Vica-  
ri, Oberrichter Gerber  
Gerichtsschreiber Müller

Verfahrensbeteiligte

**A.** \_\_\_\_\_  
a.v.d. Rechtsanwältin B. \_\_\_\_\_  
Verurteilter/Beschwerdeführer

gegen

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

Gegenstand

Beschwerde gegen den Entscheid der Polizei- und Militärdirektion  
des Kantons Bern vom 9. Januar 2019 (2018.POM.557)



## **Erwägungen:**

### **I. Prozessgeschichte**

1. Am 15. Juni 2018 beantragte der durch Rechtsanwältin B.\_\_\_\_\_ vertretene A.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdeführer) bei den Bewährungs- und Vollzugsdiensten des Kantons Bern (nachfolgend: BVD), dass seine stationäre therapeutische Massnahme wegen Aussichtslosigkeit aufzuheben sei. Am 28. Juni 2018 verfügten die BVD, die beantragte Aufhebung der stationären therapeutischen Massnahme nach Art. 59 Schweizerisches Strafgesetzbuch (StGB; SR 311) gemäss Art. 62c Abs. 1 StGB werde abgewiesen (pag. 8 Akten POM).
2. Gegen diese Verfügung erhob der Beschwerdeführer am 31. Juli 2018 Beschwerde bei der Polizei- und Militärdirektion (nachfolgend: POM) mit dem Antrag, es sei die Verfügung vom 28. Juni 2018 abzuändern, im Sinne, dass die stationäre Massnahme sofort aufgehoben und er sofort freigelassen werde, da er seine Strafe von 6.5 Jahren verbüsst habe (pag. 12 Akten POM). Am 18. Oktober 2018 sistierte die POM das Beschwerdeverfahren bis zum gerichtlichen Entscheid über die Verlängerung der stationären Massnahme (pag. 30 Akten POM). Nachdem die Sistierung aufgehoben war, machte der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 10. Dezember 2018 geltend, der angefochtene Entscheid müsse aufgehoben werden und dürfe zufolge Devolutiveffekts nicht zur Neuurteilung an die BVD zurückgewiesen werden. Vielmehr müsse die POM feststellen, dass die stationäre Massnahme zum Scheitern verurteilt und somit zwingend aufzuheben sei (pag. 71 ff. Akten POM).
3. Am 9. Januar 2019 entschied die POM in der Sache was folgt: In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird die vorinstanzliche Verfügung aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen und zum neuen Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen (pag. 85 Akten POM).
4. Dagegen erhob der Beschwerdeführer am 28. Januar 2019 Beschwerde beim Obergericht des Kantons Bern mit den Anträgen (pag. 1 f. Akten Obergericht):
  1. Der Entscheid der Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern vom 9. Januar 2019 sei abzuändern indem die Beschwerde gutgeheissen wird und die Massnahme nach Art. 59 StGB sofort aufgehoben wird. Herr A.\_\_\_\_\_ wird zudem sofort freigelassen.
  2. Es wird festgestellt, dass die Haft seit 24. Juli 2018 bis zur Freilassung illegal ist und zu Fr. 200.- pro Tag entschädigt werden muss.
  3. Alle Kosten, das Honorar des amtlichen Verteidigers inbegriffen, aller Instanzen werden vom Kanton Bern getragen.
  4. Der Antrag auf unentgeltliche Rechtspflege wird gutgeheissen und Frau Rechtsanwältin B.\_\_\_\_\_ als amtliche Verteidigerin von A.\_\_\_\_\_ ernannt.

In ihrer Stellungnahme vom 18. Februar 2019 beantragte die POM, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit auf sie einzutreten sei (pag. 27 Akten Obergericht). Dasselbe beantragte die Generalstaatsanwaltschaft mit Stellungnahme vom

26. Februar 2019 (pag. 45 Akten Obergericht). In der Replik vom 11. März 2019 hielt der Beschwerdeführer an seinen Rechtsbegehren fest (pag. 55 ff. Akten Obergericht). Mit Eingaben vom 15. respektive vom 18. März 2019 verzichteten die Generalstaatsanwaltschaft respektive die POM auf eine Duplik. Am 25. März 2019 reichte Rechtsanwältin B. \_\_\_\_\_ ihre Kostennote ein (pag. 82 f. Akten Obergericht).

## **II. Formelles**

5. Gemäss Art. 52 Abs. 1 Gesetz über den Justizvollzug (JVG; BSG 341.1) i.V.m. Art. 29 Abs. 1 Bst. c Organisationsreglement des Obergerichts (OrR OG; BSG 162.11) beurteilen die Strafkammern des Obergerichts Beschwerden gegen Verfügungen und Beschwerdeentscheide der POM im Bereich des Justizvollzugs. Die 1. Strafkammer ist somit zur Beurteilung der Beschwerde zuständig. Das Verfahren richtet sich gemäss Art. 53 JVG nach dem Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21), soweit das JVG keine besondere Bestimmung enthält. 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. 52 Abs. 1 JVG). Der Beschwerdeführer hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist vom angefochtenen Entscheid direkt betroffen und als teilweise unterlegene Partei zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 79 VRPG). Er beantragte vor der POM primär, die Massnahme nach Art. 59 StGB sei aufzuheben. Mit diesem Antrag drang er nicht durch, da die POM die Beschwerde bloss insoweit guthiess, als sie die angefochtene Verfügung aufhob und die Sache zur Neubeurteilung an die BVD zurückwies.

6. Der Streitgegenstand bezeichnet denjenigen Teil des Anfechtungsobjekts, den die beschwerdeführende Partei von der Rechtsmittelinstanz überprüfen lassen will. Der Streitgegenstand kann nie über das Anfechtungsobjekt hinausgehen. Derjenige Teil der angefochtenen Verfügung, der nicht bestritten wird, gehört nicht zum Streitgegenstand und die Verfügung kann insoweit in Teilrechtskraft erwachsen (MÜLLER, Bernische Verwaltungsrechtspflege, 2. Aufl. 2011, S. 148). Parteieingaben müssen u.a. einen Antrag und eine Begründung enthalten (Art. 32 Abs. 2 VRPG). In der Beschwerdebegründung muss der Beschwerdeführer darlegen, inwiefern der konkrete Entscheid falsch sein soll (MÜLLER, a.a.O., S. 149).

Die POM führt zur Frage des Streitgegenstands aus, die Strafkammer habe einzig zu beurteilen, ob die POM die Verfügung der BVD vom 28. Juli 2018 zu Recht aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zum neuen Entscheid an diese zurückgewiesen habe. Die Freilassung des Beschwerdeführers werde nicht vom Streitgegenstand erfasst. Der Beschwerdeführer äussert sich auch in seiner Replik nicht zur Frage des Streitgegenstands; er hält in diesem Zusammenhang aber fest: Es ist zudem absolut nicht klar, dass sich der Beschwerdeführer nicht illegal in der Haft befindet. Das umgekehrte stimmt. Das EGMR hat im Fall Kadusic gegen Schweiz (Urteil vom 9. Januar 2018) klar gesagt, dass die Haft, die sich nur auf Art. 59 StGB stützt, klar illegal ist wenn sich der verurteilte nicht in einer geeigneter Anstalt befindet und das ist der Fall in Bostadel und umso mehr in einem Regio-

nalgefängnis. Das Bundesgericht hat die Haft in einer ungeeigneten Anstalt für ein paar Monaten toleriert, bis die Behörde eine geeignete Anstalt gefunden hat (BGE 142 IV 105). Eine Verlegung von einer Massnahmenanstalt in ein Regionalgefängnis, wenn die Strafe, wie in diesem Fall, bereits vollzogen wurde, und die Verlegung damit begründet ist, dass die Massnahme nicht vollzogen werden konnte und somit aussichtslos ist, ist jedoch klar illegal. Dieser Fall [...] verstösst gegen Art. 5 EMRK, denn die Weigerung des Verurteilten eine Therapie zu machen ist keinen Grund dafür, ihn in einer ungeeigneten Anstalt festzuhalten. Ob die maximale Dauer der Massnahme abgelaufen ist oder nicht ändert nichts an dieser Situation, denn nach Art. 62c StGB wird die Massnahme aufgehoben, auch wenn die maximale Dauer noch nicht abgelaufen ist, wenn sie aussichtslos ist und vor allem wenn keine geeignete Anstalt existiert oder nicht mehr existiert. Der Beschwerdeführer befand sich mehrere Jahre in Bostadel, und das bis zum Ende seiner Strafe und noch länger. Er befindet sich heute im Regionalgefängnis Burgdorf und das ist noch eine ungeeigneterere Anstalt als Bostadel. Gemäss Urteil des EGMR ist die Haft in einer ungeeigneten Anstalt klar illegal und nicht kompatibel mit der Verurteilung wenn die Strafe bereits vollumfänglich vollstreckt wurde. Das ist auch der Fall wenn der Betroffene sich weigert an der Therapie teilzunehmen. [pag. 59 Akten Obergericht].

Die Anträge des Beschwerdeführers gehen über den Streitgegenstand hinaus. Deshalb kann auf seine Beschwerde nur teilweise eingetreten werden. Erstens war es nicht vorinstanzliches Thema und kann die Strafkammer daher nicht überprüfen respektive «feststellen», ob/dass die Haft seit dem 24. Juli 2018 illegal ist. Zweitens kann die Kammer den Beschwerdeführer aus demselben Grund nicht «sofort freilassen». Drittens ist ebenfalls nur beschränkt Beschwerdegegenstand, ob die stationäre therapeutische Massnahme nach Art. 59 StGB sofort aufzuheben ist. Diese Frage ist nämlich verknüpft mit dem Umstand, dass die POM die Beschwerde nur teilweise (in dem Sinne) guthiess, als sie die Verfügung der BVD aufhob und die Sache im Sinne der Erwägungen und zum neuen Entscheid an die Vorinstanz zurückwies. In erster Linie hat die Kammer somit zu prüfen, ob die Rückweisung an die BVD nach Art. 72 VRPG prozessualrechtlich korrekt war. Nur falls diese Frage zu verneinen wäre, hätte die Kammer zu prüfen, ob sie die stationäre therapeutische Massnahme gleich selber aufheben kann respektive aufheben soll.

7. Auf die Beschwerde ist somit unter Einschränkung gemäss dem Ebengenannten einzutreten. Die Kognition der Kammer richtet sich nach Art. 80 VRPG.

### **III. Materielles**

#### **8.**

- 8.1 Wie gesehen ist zunächst zu prüfen, ob die POM die Sache zu Recht an die BVD zurückgewiesen hat.

Art. 72 Abs. 1 VRPG lautet: Kann auf die Beschwerde eingetreten werden, so entscheidet die Beschwerdeinstanz in der Sache oder weist die Akten ausnahmsweise und mit verbindlichen Anordnungen an die Vorinstanz zurück.

Gemäss Art. 72 Abs. 1 VRPG ist es der Rechtsmittelinstanz nicht untersagt, die Beschwerde gutzuheissen und, anstatt reformatorisch zu entscheiden, die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (kassatorischer Entscheid). Der reformatorische Entscheid bleibt allerdings – schon

aus prozessökonomischen Überlegungen – die Regel. Eine Rückweisung muss durch besondere Gründe gerechtfertigt sein. Diese können sich im konkreten Einzelfall etwa daraus ergeben, dass [1] die Sache nicht entscheidreif ist, weil beispielsweise weitere Beweismassnahmen durchzuführen sind, die besser von der sachnäheren verfügenden Behörde getätigt werden können; [2] die Vorinstanz auf eine Eingabe fälschlicherweise nicht eingetreten ist. In solchen Fällen soll die Rechtsmittelinstanz insbesondere dann von der Rückweisungsmöglichkeit Gebrauch machen, wenn ein beträchtlicher Entscheidungsspielraum besteht, den die Rechtsmittelbehörde nicht als erste Behörde ausfüllen sollte; [3] auf besondere Fachkenntnisse abzustellen ist, welche der Vorinstanz besser zugänglich sind. Trifft die Rechtsmittelbehörde einen kassatorischen Entscheid, kann sie der Vorinstanz verbindliche Anweisungen zur Neuurteilung der Sache geben (Art. 72 Abs. 1 VRPG). Diese sind nicht Teil der Entscheidformel (Dispositiv), sondern der Entscheidungsbegründung. Dennoch sind derartige Handlungsanweisungen für die Vorinstanz verbindlich (MÜLLER, a.a.O., S. 191).

## 8.2 Art. 62d StGB mit der Marginalie «Prüfung der Entlassung und der Aufhebung» lautet:

- <sup>1</sup> Die zuständige Behörde prüft auf Gesuch hin oder von Amtes wegen, ob und wann der Täter aus dem Vollzug der Massnahme bedingt zu entlassen oder die Massnahme aufzuheben ist. Sie beschliesst darüber mindestens einmal jährlich. Vorher hört sie den Eingewiesenen an und holt einen Bericht der Leitung der Vollzugseinrichtung ein.
- <sup>2</sup> Hat der Täter eine Tat im Sinne von Artikel 64 Absatz 1 begangen, so beschliesst die zuständige Behörde gestützt auf das Gutachten eines unabhängigen Sachverständigen und nach Anhörung einer Kommission aus Vertretern der Strafverfolgungsbehörden, der Vollzugsbehörden sowie der Psychiatrie. Sachverständige und Vertreter der Psychiatrie dürfen den Täter nicht behandelt oder in anderer Weise betreut haben.

## Art. 62c Abs. 1 und 4 StGB mit der Marginalie «Aufhebung der Massnahme» lauten:

- <sup>1</sup> Die Massnahme wird aufgehoben, wenn:
  - a. deren Durch- oder Fortführung als aussichtslos erscheint;
  - b. die Höchstdauer nach den Artikeln 60 und 61 erreicht wurde und die Voraussetzungen für die bedingte Entlassung nicht eingetreten sind; oder
  - c. eine geeignete Einrichtung nicht oder nicht mehr existiert.

[...]

- <sup>4</sup> Ist bei Aufhebung einer Massnahme, die auf Grund einer Straftat nach Artikel 64 Absatz 1 angeordnet wurde, ernsthaft zu erwarten, dass der Täter weitere Taten dieser Art begeht, so kann das Gericht auf Antrag der Vollzugsbehörde die Verwahrung anordnen.

Die Prüfung der Aufhebung einer Massnahme richtet sich nach den gleichen Regeln wie diejenige der bedingten Entlassung (Art. 62d Abs. 1). Die zuständige kantonale Vollzugsbehörde muss mindestens einmal jährlich von Amtes wegen beurteilen, ob und wann die stationäre therapeutische Massnahme aufzuheben ist. Der Täter ist anzuhören und ein Bericht der Leitung der Vollzugseinrichtung einzuholen. Wenn die Anlasstat ein Delikt i.S.v. Art. 64 Abs. 1 war, gelten die zusätzlichen Bedingungen von Art. 62d Abs. 2. In Art. 62c Abs. 1 und 6 werden vier Varianten der Aufhebung einer stationären therapeutischen Massnahme definiert und die Voraussetzungen dafür bestimmt: a) Aussichtslosigkeit der Durch- oder Fortführung (Art. 62c Abs. 1 lit. a): Damit wiederholt Art. 62c Abs. 1 lit. a in anderen Wor-

ten den Grundsatz von Art. 56 Abs. 6, denn wo die Durch- oder Fortführung einer Massnahme als aussichtslos erscheint, sind nicht mehr alle Voraussetzungen für die Anordnung erfüllt, was zur Aufhebung der Massnahme führen muss. Entscheidend ist, dass die Massnahme definitiv undurchführbar ist, also keinen Erfolg mehr verspricht. So ist eine Massnahme beispielsweise aufzuheben, wenn dem Betroffenen jeglicher Behandlungswille fehlt. Allerdings ist das Scheitern einer Massnahme – insbesondere bei bedingt Entlassenen – nur zurückhaltend anzunehmen [...] (JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER, *Strafrecht III*, 9. Aufl. 2018, § 9, Ziff. 1.51. f. S. 275 f.).

[...] Im Rahmen der Überprüfung hat die Vollzugsbehörde einerseits den Täter anzuhören und andererseits einen Bericht der Leitung der Vollzugseinrichtung einzuholen. Strengere Voraussetzungen an das Prüfverfahren definiert Art. 62d Abs. 2 für Täter, deren Massnahmenanordnung von einer schweren Anlasstat i.S.v. Art. 64 Abs. 1 ausgelöst wurde. Hier muss die Vollzugsbehörde vor dem Entscheid zusätzlich ein Gutachten eines unabhängigen Sachverständigen einholen und eine sog. Fachkommission anhören, wobei weder der Sachverständige noch die Mitglieder der Fachkommission den Täter vorgängig behandelt oder in anderer Weise betreut haben dürfen. Dieser Ausschluss gilt allerdings nur für den Vertreter der Psychiatrie und nicht auch für die übrigen Mitglieder der Kommission (JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER, a.a.O., Ziff. 1.2.1 S. 264).

[...] Die Fachkommission ist nach Art. 62d Abs. 2 und Art. 64b Abs. 2 vor dem Entscheid über die bedingte Entlassung aus einer stationären therapeutischen Massnahme oder deren Aufhebung anzuhören, wenn der Täter eine in Art. 64 Abs. 1 aufgeführte Tat begangen hat, sowie vor dem Entscheid über die bedingte Entlassung aus der Verwahrung und der Umwandlung einer Verwahrung in eine stationäre therapeutische Massnahme. [...] (HEER, in: *Basler Kommentar StGB I*, 4. Aufl. 2019, N. 28 zu Art. 62d StGB).

Stehen gewichtige Sicherheitsinteressen der Öffentlichkeit auf dem Spiel, muss sich die Beendigung einer Massnahme auf ein Gutachten stützen. Dies ist zweifellos bei Tätern der Fall, die über das Mass hinaus gefährlich sind, das Massnahmenpatienten gemeinhin anhaftet. Der Gesetzgeber erachtet bei therapeutischen Massnahmen einen solchen Fall gem. Art. 62d Abs. 2 dann als gegeben, wenn die betroffene Person eine Straftat i. S. v. Art. 64 Abs. 1 begangen hat (zur entsprechenden Regelung bei der gewöhnlichen Verwahrung vgl. Art. 64b Abs. 2 lit. b und bei der lebenslänglichen Verwahrung vgl. Art. 64c Abs. 2; bei der letztgenannten Massnahme sind neben einem Bericht der Eidgenössischen Fachkommission zur Beurteilung der Behandelbarkeit lebenslänglich verwahrter Straftäter sogar zwei Gutachten vorgeschrieben). Dass es sich hier um symbolische Gesetzgebung handelt und die Begehung schwerer Anlasstaten nicht zwingend die Annahme einer künftigen Gefährlichkeit rechtfertigt, ändert nichts an dieser gesetzlichen Pflicht. In diesen Fällen ist zwingend ein Gutachten einzuholen. Hat sich ein Täter unter Beachtung anderer Kriterien als der Anlassdelikte bei seiner Einweisung oder im Verlauf des Vollzugs als gefährlich erwiesen, ist es ebenfalls ratsam, bei einer möglichen Entlassung die Empfehlungen einer sachverständigen Person zu beachten (HEER, a.a.O., N. 17 zu Art. 62d StGB).

- 8.3 Der Beschwerdeführer lässt hierzu ausführen was folgt: Die POM hat den Devolutiveffekt [...] nicht korrekt angewendet. Sie sollte selber die Massnahme direkt aufheben, denn die Konditionen einer zwingenden Aufhebung der Massnahme sind klar gegeben. Das wurde von der POM anerkannt. [...] Es gab während des Verfahrens keine relevanten Veränderungen der Sachlage. Seitdem der Beschwerdeführer seine Strafe ganz verbüsst hat, das heisst seit dem 24. Juli 2018, muss die Massnahme aufgehoben werden, was die zuständige Behörde nie machen wollte und diese sogar unnötig verlängern wollte, was zur Folge hatte, dass das Verfahren unrechtmässig in die Länge gezogen wurde und somit die illegale Haft meines Mandanten verlängert. Das Aufhebungsverfahren wurde zuerst

unnötigerweise sistiert und jetzt hat die POM das Verfahren unnötigerweise der BVD zurückgewiesen, damit diese bei der KoFaKo eine Empfehlung zur Frage der Aussichtslosigkeit der Massnahme sowie zur Erforderlichkeit einer sichernden Massnahme nach allfälliger Aufhebung der gegenwärtigen Massnahme einzuholen. Dieses Vorgehen verletzt der Devolutiveffekt und stellt eine Rechtsverweigerung dar, da es das Aufhebungsverfahren einmal mehr ohne Grund verlängert. Es verletzt auch das [sic!], das im Strafrecht allgemein gilt. Die Beschwerdebehörde hatte die Massnahme sofort aufheben sollen, denn die Situation ist eindeutig klar und es sind keine weitere Beweismassnahmen nötig.

Nach Art. 62c StGB muss die Massnahme nach Art. 59 StGB zwingend aufgehoben werden wenn sie aussichtslos ist und auch wenn keine geeignete Anstalt existiert. Beide Konditionen sind hier erfüllt und das war bereits der Fall, am 24. Juli 2018, als der Beschwerdeführer die Aufhebung der Massnahme beantragt hat. Seine zwischenzeitliche Verlegung für einige Monate in das Massnahmenzentrum der JVA Solothurn hat die Situation endgültig klärt, denn es ist jetzt nicht nur klar, dass es keine geeignete Einrichtung gibt, die den Beschwerdeführer aufnimmt, sondern auch dass die Massnahme definitiv zum Scheitern verurteilt ist. Dazu braucht es keine Meinung der KoFaKo und das Gesetz sieht auch keine Einholung einer solchen Meinung vor. Wenn die Massnahme nach Art. 62c StGB aufgehoben werden muss, dann besteht keinen Ermessungsspielraum mehr für die Behörde und Art. 62d StGB ist dann nicht anwendbar. In diesem Fall kann die KoFaKo keine Meinung abgeben, und die Behörde muss die Massnahme sofort aufheben. Die Konsequenzen der Aufhebung sind dann einzig und allein in Art. 62c StGB vorgesehen. Absatz 2 und 3 dieses Artikels sind nicht mehr anwendbar wenn, wie in diesem Fall, die Strafe bereits vollstreckt wurde. Absatz 5 könnte zur Anwendung kommen aber das kann auch die POM sofort entscheiden. Dazu braucht es keine Meinung der KoFaKo. Die Gutachten im Dossier genügen, um zu entscheiden, ob eine solche Anzeige nötig ist. Einen solchen Entscheid muss dann die KESB treffen. [...] Der Beschwerdeführer macht nicht pauschal geltend, die KoFaKo müsse bei Art. 62c StGB nicht angehört werden. Das geht klar aus dem Gesetz hervor. Die KoFaKo kann nur beigezogen werden, wenn die Behörde einen Ermessensspielraum hat und das ist nur der Fall bei der vorzeitigen Entlassung gemäss Art. 62d StGB und nicht bei einer zwingender Aufhebung der Massnahme gemäss Art. 62c StGB [...]. Indem der angefochtene Entscheid behauptet, dass Art. 62d StGB stets zu beachten ist, namentlich auch, wenn die Massnahme zufolge Aussichtslosigkeit im Sinne von Art. 62c Abs 1 StGB aufgehoben werden muss, verletzt er Bundesrecht. Art. 62d StGB lässt der Behörde klar ein Ermessensspielraum, so dass diese zur Hilfe des Entscheides die Meinung der KoFaKo beiziehen kann. Der Gesetzestext ist somit so abgefasst: „die zuständige Behörde prüft ob und wann der Täter aus dem Vollzug der Massnahme bedingt zu entlassen oder die Massnahme aufzuheben ist“ Art 62c StGB sieht im Gegenteil vor, „dass die Massnahme aufgehoben wird wenn die Bedingungen a, b, c, d, gegeben sind“. Es ist also klar dass nach Art. 62d StGB die Behörde entscheidet, ob die Massnahme aufzuheben ist. Nach Art. 62c StGB hingegen muss die Behörde zwingend die Massnahme aufheben sobald diese aussichtslos ist. Das ist in diesem Fall unbestritten. Es ist jetzt auch klar, dass keine geeignete Einrichtung existiert, denn ein Regionalgefängnis ist keine geeignete Anstalt, so wie das Gefängnis Bostadel auch keine war (pag. 2 ff. Akten Obergericht).

- 8.4 Die POM vertritt die Auffassung, die Strafkammer habe einzig zu beurteilen, ob die POM die Verfügung der BVD zu Recht aufgehoben und die Sache zu neuem Entscheid zurückgewiesen habe. Die POM habe nicht «anerkannt», dass die «Konditionen einer zwingenden Aufhebung der Massnahme klar gegeben» seien. Ebenfalls sei nicht «unbestritten», dass die Massnahme aussichtslos sei. Die POM habe einzig festgehalten, dass sich während der Dauer des bei ihr hängigen Beschwerdeverfahrens relevante Veränderungen der Sachlage ergeben hätten (Entscheid vom

9. Januar 2019 E. 2c). Damit erübrigten sich Ausführungen zu den Vorbringen des Beschwerdeführers, wonach die Massnahme ohne Abklärungen zufolge Aussichtslosigkeit aufzuheben sei. Es liege an den BVD als Vollzugsbehörde und erste Instanz, dies gemäss den gesetzlichen Vorgaben abzuklären. Auch die Verlegung des Beschwerdeführers in ein Regionalgefängnis habe die Situation nicht «endgültig geklärt». Diese Verlegung nach der Zurverfügungstellung durch die Vollzugseinrichtung entspreche dem vorgesehenen Ablauf, was dem Beschwerdeführer bereits im Rahmen des Beschwerdeverfahrens vor der POM betreffend seine Beschwerde gegen die Verlegung mitgeteilt worden sei. Einzig aufgrund der Zurverfügungstellung könne weder darauf geschlossen werden, dass es «keine geeignete Einrichtung gibt, die den Beschwerdeführer aufnimmt», noch dass die Massnahme «definitiv zum Scheitern verurteilt ist» (pag. 28 f. Akten Obergericht).

- 8.5 Die Generalstaatsanwaltschaft führt aus, es sei der POM erlaubt, die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Entgegen den Vorbringen des Beschwerdeführers sei Art. 62d StGB in jedem Fall bei der Prüfung der Entlassung oder der Aufhebung der Massnahme anzuwenden, insbesondere auch bei Art. 62c Abs. 1 StGB (JO-SITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER, a.a.O., Ziff. 1.5, S. 275). Da der Beschwerdeführer eine Tat im Sinne von Art. 64 Abs. 1 StGB begangen habe, sei vor der Aufhebung der Massnahme die Konkordatliche Fachkommission (KoFako) anzuhören (Art. 62d Abs. 2 StGB). Es sei zudem klar, dass sich der Beschwerdeführer nicht illegal in Haft befinde, da die stationäre Massnahme mit Urteil vom 7. Juni 2017 erstmals rechtskräftig angeordnet worden sei, womit die Fünfjahresfrist erst am 6. Juni 2022 ende (vgl. Beschlüsse des Obergerichts des Kantons Bern BK 18 268 vom 12. September 2018, BK 19 30 vom 7. März 2019 sowie Urteil des Bundesgerichts 6B\_1023/2018 vom 17. Januar 2019 E. 1.4).
- 8.6 In der Replik lässt der Beschwerdeführer ergänzen, eine angefochtene Verfügung aufzuheben und die Sache zurückzuweisen sei nur möglich, wenn die obere Behörde nicht in der Lage sei, einen Entscheid zu treffen. Hier sei das aber der Fall. Die BVD sei bereits der Meinung gewesen, die Durchführung der Massnahme sei aussichtslos. Also müsse die Massnahme nach Art. 62c StGB aufgehoben werden. Art. 62d Abs 2 StGB könne nur angewendet werden, wenn die Behörde noch nicht sicher sei, ob die Massnahme aussichtslos sei. Hier müsse dies nicht mehr geprüft werden. Die JVA Solothurn und die BVD hätten im Rahmen des Standortgesprächs vom 22. November 2018 festgestellt, dass die Massnahme aussichtslos sei. Der Beschwerdeführer habe an diesem Gespräch teilgenommen (vgl. Auszug der Verfügung des AJV vom 13. Dezember 2018 betreffend Verlegung ins Regionalgefängnis Burgdorf). Wenn erwiesen sei, dass die Massnahme aussichtslos sei, und der Verurteilte eine Tat nach Art. 64 Abs 1 StGB begangen habe, komme nicht Art. 62d StGB zur Anwendung, sondern höchstens Art. 62c Abs. 4 StGB. In diesem Fall könne die KoFaKo keine Stellungnahme abgeben und die zuständige Behörde sei nicht kompetent, um einen Entscheid zu fällen, sondern müsse die Akten dem Gericht zustellen mit dem Antrag auf Prüfung der Verwahrung, wenn die Bedingungen gegeben seien. Für die Begutachtung sei das Gericht verantwortlich. Dasselbe habe die KoFako in der Sitzung vom 23. Januar 2019 festgestellt. Die Lehre komme zu keinem anderen Ergebnis, denn es handle sich nicht mehr um eine Prüfung



der Aufhebung der Massnahme, sondern um die Aufhebung der Massnahme. Die KoFaKo könne «auch nicht mehr als die Aussichtslosigkeit feststellen, was sie auch getan hat (siehe Anhang)» (vgl. pag. 55 f. Akten Obergericht).

- 8.7 Die angefochtene Verfügung erweist sich als rechtmässig. Zur Begründung kann vorab auf die zutreffenden Ausführungen der POM einerseits und der Generalstaatsanwaltschaft andererseits verwiesen werden (vorne E. 8.4 f.). Ihnen ist nur Weniges beizufügen: Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers ist behördenseitig nicht bereits erwiesen, dass die stationäre therapeutische Massnahme aussichtslos wäre. Diese Fehleinschätzung bildet indes den Ausgangspunkt für die an der Sache vorbeigehende Argumentationskette des Beschwerdeführers. Nur deswegen kommt er direkt auf Art. 62c Abs. 4 StGB zu sprechen und negiert ein Ermessen der Fachbehörde(n). Es ergibt sich jedoch aus keinem aktenkundigen Dokument, dass sich die BVD bezüglich der Aussichtslosigkeit der stationären therapeutischen Massnahme bereits festgelegt hätten. Schon gar nicht ersichtlich ist dies aus der Verfügung der BVD vom 13. Dezember 2018, welche diese nach dem Standortgespräch vom 22. November 2018 erliessen (pag. 63 Akten Obergericht). Der Beschwerdeführer lässt den Inhalt der fraglichen Erwägung unpräzise wiedergeben. Festgehalten ist einzig, es werde nun seitens der BVD das Verfahren zur Überprüfung der Aufhebung der Massnahme aufgenommen. Genau dies ist nun zu tun. Entsprechend ist die Konkordatische Fachkommission (KoFako) beizuziehen und sind die anderen gesetzlichen Voraussetzungen einzuhalten, bevor die BVD einen Entscheid im Sinne von Art. 62d StGB fällen können. Mit Blick auf ihre Stellung im Instanzenzug hat diesen Entscheid sicherlich nicht die verwaltungsexterne Justizbehörde, also die Strafkammer, zu fällen. Im Lichte der oben in Erwägung 8.1 stehenden Ausführungen von MÜLLER zu Art. 72. Abs. 1 VRPG kommt hierfür (trotz grundsätzlichen Devolutiveffekts) auch nicht die POM infrage. Sie wies die Sache richtigerweise an die BVD zurück. Entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers hat die POM nicht «anerkannt», dass die «Konditionen einer zwingenden Aufhebung der Massnahme klar gegeben» sind. Die POM hat hingegen korrekterweise festgehalten, dass sich unbestrittenermassen während der Dauer des bei ihr hängigen Beschwerdeverfahrens relevante Veränderungen der Sachlage ergeben haben. Es liegt mithin eine Konstellation vor, wo die Sache nicht entscheidreif ist, weil weitere Beweismassnahmen durchzuführen sind, die besser von der sachnäheren verfügenden Behörde getätigt werden können. Vor diesem Hintergrund gilt es für die BVD, die Aussichtslosigkeit der Massnahme endgültig abzuklären.

Die Behauptung des Beschwerdeführers, Art. 62d Abs. 2 StGB komme nur zum Zug, wenn die Behörde noch nicht sicher sei und prüfen wolle, ob die Massnahme als aussichtslos erscheine, zielt ins Leere. Entgegen seinen Vorbringen ist Art. 62d StGB stets bei der Prüfung der Entlassung oder der Aufhebung der Massnahme anzuwenden, insbesondere auch im Zusammenhang mit Art. 62c Abs. 1 StGB (siehe die Literaturzitate bei E. 8.2). Da der Beschwerdeführer eine Tat im Sinne von Art. 64 Abs. 1 StGB begangen hat, ist vor der Aufhebung der Massnahme die KoFako anzuhören (Art. 62d Abs. 2 StGB). Dieser Prozess ist im Gange. Die KoFako erliess nach ihrer Sitzung am 23. Januar 2019 das (noch unbegründete) Dispositiv der Beurteilung. Es lautet: Die Fachkommission empfiehlt, die stationäre therapeutische Massnahme infolge Aussichtslosigkeit aufzuheben und dem zuständigen Gericht nach Art. 62

Abs. 4 StGB Antrag zu stellen, die Verwahrung nach Art. 64 StGB zu prüfen (pag. 62 Akten Obergericht). Die beschwerdeführerische Behauptung, dass «direkt» Art. 62c Abs. 4 StGB anzuwenden und die Sache sofort an das Gericht zu überweisen wäre, entbehrt mithin der Grundlage. Auch die KoFako hielt wie gesehen fest, dass empfohlen werde, die Massnahme nun (zuerst) *aufzuheben* und (sodann) dem Gericht Antrag auf Prüfung der Verwahrung zu stellen. An diesem gesetzmässigen Vorgehen ändert schliesslich nichts, dass sich der Beschwerdeführer derzeit in einem Regionalgefängnis befindet.

9. Insgesamt ist nun vertieft und unter Beachtung des verwaltungsrechtlichen Instanzenzugs zu prüfen, ob die stationäre therapeutische Massnahme des Beschwerdeführers tatsächlich aufzuheben ist und wenn ja, ob der Antrag auf Prüfung einer Verwahrung zu stellen ist. Die hierfür zuständige Behörde sind die BVD. Sollten während allfälligen Rechtsmittelverfahren neuerliche relevante Veränderungen eintreten, haben die Verwaltungsbehörden untereinander deutlich zu kommunizieren. Ferner bleibt – auch wenn nicht Streitgegenstand – zuhanden des Beschwerdeführers festzuhalten, dass seine Haft nicht illegal ist. Es besteht mit der erst im Juni 2022 endenden stationären therapeutischen Massnahme ein gültiger Rechtstitel für den Freiheitsentzug.

Der Entscheid der POM erweist sich als korrekt; von einer Rechtsverweigerung kann nicht die Rede sein. Die POM entschied richtigerweise kassatorisch. Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

#### **IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen / Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege**

10. Die Kostenverteilung gemäss dem angefochtenen Entscheid der POM bleibt bei diesem Ausgang des Verfahrens unverändert.
11. Im Beschwerdeverfahren werden die Verfahrenskosten grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Die Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem Obergericht, insgesamt bestimmt auf CHF 2'000.00, sind vom unterliegenden Beschwerdeführer zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG sowie Art. 103 Abs. 2 i.V.m. Art. 28 Abs. 2 und Art. 51 Verfahrenskostendekret [VKD; BSG 161.12]). Ein Parteikostenersatz ist nicht geschuldet (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 3 VRPG). Der Beschwerdeführer ersucht jedoch um unentgeltliche Rechtspflege unter Beiordnung von Rechtsanwältin B. \_\_\_\_\_ als amtliche Verteidigerin (recte: Rechtsbeiständin).
- 12.
- 12.1 Gemäss Art. 111 Abs. 1 VRPG befreien die Verwaltungs- oder die Verwaltungsjustizbehörden eine Partei auf Gesuch hin von den Kosten- und allfälligen Vorschuss- sowie Sicherstellungspflichten, wenn die Partei nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Unter den gleichen Voraussetzungen kann einer Partei eine Anwältin oder ein Anwalt beigeordnet werden, wenn die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse es rechtfertigen (Art.

111 Abs. 2 VRPG). Als aussichtslos sind Prozessbegehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen oder aber davon absehen würde. Eine Partei soll einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb austragen können, weil er sie nichts kostet (BVR 2016 S. 369 E. 3.1).

Der Beschwerdeführer befindet sich seit rund 6.5 Jahren im Vollzug. Es darf Mittellosigkeit angenommen werden. Des Weiteren ist die Beschwerde nicht als von vornherein aussichtslos zu betrachten, weil sich während der vorinstanzlichen Verfahren verschiedene Veränderungen (auch materieller Art) ergeben haben. Die Voraussetzungen zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sind erfüllt. Auch die Beiordnung eines amtlichen Rechtsbeistands erscheint unter den gegebenen Umständen als geboten. Das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege unter Beiordnung von Rechtsanwältin B.\_\_\_\_\_ ist gutzuheissen.

- 12.2 Der Beschwerdeführer wird somit von der Zahlungspflicht der ihm auferlegten Verfahrenskosten von CHF 2'000.00 befreit. Vorbehalten bleibt die Nachzahlungspflicht des Beschwerdeführers gegenüber dem Kanton Bern entsprechend den Voraussetzungen von Art. 113 VRPG i.V.m. Art. 123 Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO; SR 272).
- 12.3 Die amtliche Entschädigung bestimmt sich nach Art. 112 Abs. 1 VRPG i.V.m. Art. 42 Kantonales Anwaltsgesetz (KAG; BSG 168.11). Demnach bezahlt der Kanton den amtlich bestellten Anwältinnen und Anwälten eine angemessene Entschädigung, die sich nach dem gebotenen Zeitaufwand bemisst und höchstens dem Honorar gemäss der Tarifordnung für den Parteikostenersatz entspricht (Art. 42 Abs. 1 Satz 1 KAG). Der Stundenansatz beträgt CHF 200.00 (Art. 42 Abs. 4 KAG i.V.m. Art. 1 Verordnung über die Entschädigung der amtlichen Anwältinnen und Anwälte [EAV; BSG 168.711]). Der von Rechtsanwältin B.\_\_\_\_\_ geltend gemachte Gesamtaufwand von 5 Stunden und 45 Minuten wird als angemessen erachtet (pag. 82 f.). Das amtliche Honorar wird entsprechend der Kostennote auf CHF 1'245.00 (inkl. Auslagen und MWST) bestimmt. Der Beschwerdeführer hat dem Kanton Bern die ausgerichtete amtliche Entschädigung zu erstatten, sobald er dazu in der Lage ist (Art. 113 Abs. 1 VRPG i.V.m. Art. 123 Abs. 1 ZPO).

## Die 1. Strafkammer beschliesst:

1. Die Beschwerde wird **abgewiesen**, soweit darauf eingetreten wird.
2. Das Gesuch des Beschwerdeführers um **unentgeltliche Rechtspflege** unter Beiordnung von Rechtsanwältin B. \_\_\_\_\_ als amtliche Rechtsbeiständin wird **gutgeheissen**.
3. Die dem Beschwerdeführer auferlegten **Verfahrenskosten** für das Beschwerdeverfahren vor Obergericht von **CHF 2'000.00** trägt vorerst der Kanton Bern. Vorbehalten bleibt die Nachzahlungspflicht des Beschwerdeführers (Art. 113 VRPG i.V.m. Art. 123 ZPO).
4. Der Kanton Bern entschädigt Rechtsanwältin B. \_\_\_\_\_ für die amtliche Vertretung des Beschwerdeführers mit **CHF 1'245.00** (inkl. Auslagen und MWST). Der Beschwerdeführer hat dem Kanton Bern die ausgerichtete amtliche Entschädigung zu erstatten, sobald er dazu in der Lage ist.
5. Zu eröffnen:
  - dem Verurteilten/Beschwerdeführer, a.v.d. Rechtsanwältin B. \_\_\_\_\_
  - der Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern, Generalsekretariat (mit den Akten)
  - der GeneralstaatsanwaltschaftMitzuteilen:
  - dem Amt für Justizvollzug des Kantons Bern, Bewährungs- und Vollzugsdienste

Bern, 1. April 2019

Im Namen der 1. Strafkammer

Die Präsidentin i.V.:

Oberrichterin Hubschmid Volz

Der Gerichtsschreiber:

Müller

## Rechtsmittelbelehrung

Gegen den Entschädigungsentscheid kann die amtliche Rechtsbeiständin innert 10 Tagen seit Eröffnung des Urteilsdispositivs bei der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts (Adresse: Viale Stefano Franscini 7, 6500 Bellinzona) schriftlich und begründet Beschwerde führen (Art. 135 Abs. 3 lit. b StPO, Art. 396 Abs. 1 StPO).

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung 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.