

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

Beschluss

SK 24 388

Bern, 14. Februar 2025

Besetzung

Oberrichterin Friederich Hörr (Präsidentin),
Oberrichterin Bochsler,
Oberrichter Horisberger
Gerichtsschreiberin Imboden

Verfahrensbeteiligte

A. _____
v.d. Advokat B. _____

Verurteilter/Beschwerdeführer

gegen

Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern, Nordring 8,
Postfach, 3001 Bern

und

Sicherheitsdirektion des Kantons Bern (SID), Kramgasse 20,
3011 Bern

Gegenstand

Beschwerde gegen den Entscheid der Sicherheitsdirektion des
Kantons Bern vom 5. August 2024 (2024.SIDGS.336)



Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

1. Mit Verfügung vom 14. Mai 2024 wiesen die Bewährungs- und Vollzugsdienste des Amts für Justizvollzug des Kantons Bern (nachfolgend: BVD) das Gesuch von A._____ (nachfolgend: Beschwerdeführer) vom 2. Mai 2024 um Vollzug des zu vollziehenden Teils seiner teilbedingten Freiheitsstrafe in Form des Electronic Monitoring sowie um vorläufige Aussetzung/Sistierung des Strafvollzugs ab (amtliche Akten BVD, pag. 127 ff.).
2. Dagegen erhob der Beschwerdeführer am 23. Mai 2024 Beschwerde bei der Sicherheitsdirektion des Kantons Bern (nachfolgend: SID). Er ersuchte um Aufhebung der angefochtenen Verfügung und Gewährung der Strafverbüssung in Form des Electronic Monitoring sowie um aufschiebende Wirkung der Beschwerde (amtliche Akten SID, pag. 1 ff.).
3. Mit Beschwerdeentscheid vom 5. August 2024 wies die SID die Beschwerde ab, soweit darauf eingetreten wurde (amtliche Akten SID, pag. 24 ff.).
4. Dagegen erhob der Beschwerdeführer, vertreten durch Advokat B._____, am 5. September 2024 Beschwerde beim Obergericht des Kantons Bern und stellte folgende Anträge (pag. 1 ff.):
 1. Es sei der Beschwerdeentscheid der Sicherheitsdirektion des Kantons Bern vom 5. August 2024 sowie die Verfügung des Amts für Justizvollzug des Kantons Bern, Bewährungs- und Vollzugsdienste, vom 14. Mai 2024 vollumfänglich aufzuheben.
 2. Die Bewährungs- und Vollzugsdienste des Amts für Justizvollzug des Kantons Bern seien gerichtlich anzuweisen, Herrn A._____ in Bezug auf die Verbüssung der unbedingt vollziehbaren Freiheitsstrafe von sechs Monaten die besondere Vollzugsform des Electronic Monitoring (EM, Frontdoor) zu bewilligen.
 3. Es sei der vorliegenden Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu belassen resp. – eventualiter – die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
 4. Unter o/e- Kostenfolge zulasten des Staates.

Verfahrensantrag:

Es sei dem Beschwerdeführer insofern ein Replikrecht zu gewähren, als ihm Gelegenheit zu geben ist, auf eine Vernehmlassung oder Stellungnahme der Beschwerdegegner zu replizieren.

5. Gestützt auf diese Eingabe eröffnete die 2. Strafkammer am 9. September 2024 das Beschwerdeverfahren. Gleichzeitig wies die Verfahrensleiterin den Beschwerdeführer unter Hinweis auf Art. 50 Abs. 1 des Justizvollzugsgesetzes (JVG; BSG 341.1) daraufhin, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zukommt, weshalb sein Rechtsbegehren Ziff. 3 als gegenstandslos betrachtet wird. Ferner forderte sie die SID auf, eine Stellungnahme sowie die Vollzugsakten des Beschwerdeführers einzureichen (pag. 25 f.). Mit Eingabe vom

16. September 2024 beantragte die SID die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde (pag. 29).

6. Am 19. September 2024 gewährte die Verfahrensleiterin der Generalstaatsanwaltschaft Gelegenheit, eine Vernehmlassung zur Beschwerde und zur Stellungnahme der SID einzureichen. Zudem stellte sie fest, dem Beschwerdeführer werde praxisgemäss Frist zur Stellungnahme zu den Eingaben der SID und der Generalstaatsanwaltschaft gewährt, womit dessen Verfahrens Antrag obsolet werde (pag. 31 f.). Mit Vernehmlassung vom 8. Oktober 2024 verwies die Generalstaatsanwaltschaft vollumfänglich auf die Ausführungen der SID im Beschwerdeentscheid und in der Stellungnahme (pag. 34).
7. Am 9. Oktober 2024 gab die Verfahrensleiterin dem Beschwerdeführer Gelegenheit zur Replik (pag. 35 f.). Nach dreimaliger Fristerstreckung replizierte jener am 8. Januar 2025, er halte an seinen Anträgen und der Begründung in der Beschwerde fest. Er beantrage – namens und im Auftrag von Herrn A. _____ – nach wie vor die vollumfängliche Gutheissung der Beschwerde vom 5. September 2024, unter o/e-Kostenfolge (pag. 52 ff.).
8. Am 9. Januar 2025 gewährte die Verfahrensleiterin der SID und der Generalstaatsanwaltschaft Gelegenheit zur Duplik (pag. 56 f.). Beide verzichteten (pag. 59 und 61).
9. Mit Verfügung vom 30. Januar 2025 wurden der Schriftenwechsel geschlossen, die Kammerzusammensetzung bekannt gegeben und ein schriftlicher Entscheid in Aussicht gestellt (pag. 62 f.).

II. Formelles

10. Gegen Beschwerdeentscheide der SID im Bereich des Justizvollzugs kann innert 30 Tagen seit der Eröffnung bei den Strafkammern des Obergerichts des Kantons Bern Beschwerde geführt werden (Art. 52 Abs. 1 JVG i.V.m. Art. 29 Abs. 1 lit. c des Organisationsreglements des Obergerichts [OrR OG; BSG 162.11]). Die 2. Strafkammer ist somit zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.
11. Das Verfahren richtet sich nach dem Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21), soweit das JVG keine besonderen Bestimmungen enthält (Art. 53 JVG). Namentlich finden die Art. 79 sowie Art. 80 bis 84a VRPG sinngemäss Anwendung (Art. 86 Abs. 2 VRPG).
12. Die Beschwerde wurde fristgerecht eingereicht (Art. 52 Abs. 1 JVG). Der Beschwerdeführer hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist vom angefochtenen Beschwerdeentscheid direkt betroffen und als unterlegene Partei zur Beschwerde legitimiert (Art. 79 VRPG). Insoweit er unter Rechtsbegehren Ziff. 1 die Aufhebung der Verfügung der BVD vom 14. Mai 2024 beantragt, sei er darauf hingewiesen, dass der Beschwerdeentscheid der SID vom 5. August 2024 an die Stelle der ursprünglichen Verfügung getreten ist (Devolutiveffekt), welche inhaltlich

notwendigerweise als mitangefochten gilt (HERZOG, in: Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, 2. Auflage 2020, N. 3 zu Art. 83 VRPG). Daher ist auf die Beschwerde nicht einzutreten, soweit die Aufhebung der Verfügung der BVD vom 14. Mai 2024 beantragt wird.

13. Auf die Beschwerde vom 5. September 2024 ist – unter Vorbehalt des unter E. I.5 und E. II.12 hiervor betreffend Rechtsbegehren Ziff. 1 und 3 Ausgeführten – einzutreten. Die Kognition richtet sich nach Art. 80 VRPG.

III. Materielles

14. Mit Urteil SK 21 218 vom 20. September 2022 erklärte das Obergericht des Kantons Bern den Beschwerdeführer schuldig der Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz, mengenmässig qualifiziert begangen. Es verurteilte ihn zu einer Freiheitsstrafe von 36 Monaten, wovon 6 Monate zu vollziehen sind und für eine Teilstrafe von 30 Monaten der Vollzug aufgeschoben wurde, sowie zu einer obligatorischen Landesverweisung von acht Jahren (amtliche Akten BVD, pag. 90). Die Landesverweisung betreffend erhob der Beschwerdeführer erfolglos Beschwerde an das Bundesgericht (amtliche Akten BVD, pag. 94 ff.). Laut eigenen Angaben zog er das abschlägige Bundesgerichtsurteil klageweise weiter an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR; pag. 4). Ob dem so ist, braucht vorliegend nicht geklärt zu werden, weil eine allfällige Klage an den EGMR dem Eintritt der Rechtskraft der Verurteilung zu einer ordentlichen Landesverweisung nicht entgegensteht.

Mit Verfügung vom 16. April 2024 hiessen die BVD das Gesuch des Beschwerdeführers vom 26. März 2024 um Aufschub des Vollzugs des zu vollziehenden Teils seiner teilbedingten Freiheitsstrafe bis zum 6. Mai 2024 gut. Gleichzeitig boten sie ihn per 6. Mai 2024 zum Strafantritt auf (pag. 123 ff.). Daraufhin ersuchte der Beschwerdeführer die BVD am 2. Mai 2024 vergebens um Verbüssung des unbedingt zu vollziehenden Teils seiner Freiheitsstrafe in Form des Electronic Monitoring (amtliche Akten BVD, pag. 125 ff.).

15. Wie zuvor die BVD, erachtete auch die SID die Voraussetzungen für die Gewährung der besonderen Vollzugsform des Electronic Monitoring nicht als erfüllt. Sie berief sich sowohl auf die bundesrechtlichen Bewilligungsvoraussetzungen nach Art. 79b Abs. 2 lit. c des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB; SR 311.0) als auch die teilweise restriktiveren kantonalen Bewilligungsvoraussetzungen nach Art. 29 Abs. 1 lit. b und Abs. 3 der Justizvollzugsverordnung (JVV; BSG 341.11) und Ziff. 1.3./B lit. d und e *Richtlinie der Strafvollzugskonkordate der Nordwest-, Inner- und Ostschweizer Kantone betreffend die besonderen Vollzugsformen* (SSED 12.0, in der damals geltenden Fassung). Aufgrund der rechtskräftigen obligatorischen Landesverweisung seien alle bestehenden ausländerrechtlichen Bewilligungen und damit alle Rechtsansprüche auf Aufenthalt in der Schweiz erloschen, weshalb der Beschwerdeführer nicht mehr über die notwendige Bewilligung verfüge, in der Schweiz einer Arbeitstätigkeit nachzugehen. Ihm könne keine besondere Vollzugsform bewilligt werden, die eine legale Zulassung zum Arbeits-

markt voraussetze (amtliche Akten SID, pag. 27 ff.; zur gleichlautenden Argumentation der BVD siehe amtliche Akten BVD, pag. 127 ff., sowie amtliche Akten SID, pag. 15).

16. Dagegen wendete der Beschwerdeführer oberinstanzlich ein, er erfülle sämtliche bundesrechtlichen Bewilligungsvoraussetzungen nach Art. 79b StGB. Trotz rechtskräftiger Landesverweisung verfüge er über eine gültige Arbeits- und Aufenthaltsbewilligung im Kanton Bern sowie eine Arbeitsstelle. Die apodiktische Haltung der Vorinstanzen, sein Aufenthaltsrecht sei mit der Landesverweisung automatisch erloschen, weshalb er keiner Arbeit im Sinne von Art. 79b Abs. 2 lit. c StGB nachgehen könne, sei inadäquat. Zum einen sei unklar resp. fraglich, ob sein Aufenthaltsrecht und damit auch die Möglichkeit, einer Arbeit nachzugehen, von Gesetzes wegen erloschen sei, selbst wenn ihm die kantonalen Migrations- und Arbeitsmarktbehörden die Ausübung einer Erwerbstätigkeit weiterhin bewilligten resp. eine solche tolerierten. Jedenfalls habe die kantonale Migrationsbehörde im Zusammenhang mit der ausgesprochenen Landesverweisung noch keine Vollstreckungsverfügung erlassen. Zum anderen sei zweifelhaft, ob die Landesverweisung vollzogen werden könne. Er werde in der C._____ (Land) aus politischen Gründen strafrechtlich verfolgt und müsse bei einer (zwangsweisen) Rückkehr mit Folter und unmenschlicher Behandlung rechnen, weshalb eine Ausweisung in die C._____ (Land) gegen das völkerrechtliche Rückschiebungsverbot verstiesse. Die Landesverweisung könne zurzeit nicht vollzogen werden, weshalb ihm die besondere Vollzugsform des Electronic Monitoring zu gewähren sei. Ferner sei zu beachten, dass die Kantone aufgrund der derogatorischen Kraft des Bundesrechts keine zusätzlichen/restriktiveren Bewilligungsvoraussetzungen vorsehen dürften. Die Argumentation der Vorinstanzen, die Gewährung der besonderen Vollzugsform des Electronic Monitoring bedinge laut Ziff. 1.3./B lit. d und e *Richtlinie der Strafvollzugskonkordate der Nordwest-, Inner- und Ostschweizer Kantone betreffend die besonderen Vollzugsformen*, dass keine Landesverweisung vorliege, sei daher unzulässig/bundesrechtswidrig. Dies umso mehr, als laut Bundesgericht die besondere Vollzugsform der Halbgefangenschaft nicht von der Voraussetzung abhängig gemacht werden dürfe, dass die gesuchstellende Person über ein Aufenthaltsrecht in der Schweiz verfüge (BGE 145 IV 10 E. 2.4), was analog auch für die besondere Vollzugsform des Electronic Monitoring zu gelten habe. Die mit dem Electronic Monitoring beabsichtigte Vermeidung der desintegrativen Wirkung des Freiheitsentzugs lasse sich auch bei Personen mit einer Landesverweisung resp. ohne Aufenthaltsrecht in der Schweiz erreichen. Bei Gewährung von Electronic Monitoring könne die verurteilte Person einfacher Kontakte zu Angehörigen pflegen und familiäre Pflichten besser wahrnehmen, was sich auch nach Verlassen der Schweiz positiv auf deren soziale Beziehungen auswirke, was wiederum ein wichtiger Baustein einer gelingenden Rückkehrorientierung darstelle (pag. 1 ff. und 52 ff.).
17. Die Vollzugsbehörde kann für den Vollzug einer Freiheitsstrafe von 20 Tagen bis zu 12 Monaten (wobei für die Bemessung der massgebenden Maximaldauer auf den unbedingt vollziehbaren Teil der ausgesprochenen teilbedingten Strafe abzustellen ist und nicht auf die Gesamtfreiheitsstrafe; Urteil des Bundesgerichts

7B_261/2023 vom 18.03.2024 E. 2.4) auf Gesuch der verurteilten Person hin den Vollzug in Form des Electronic Monitoring anordnen, wenn die Voraussetzungen nach Art. 79b Abs. 2 StGB erfüllt sind. Namentlich muss die verurteilte Person einer geregelten Arbeit, Ausbildung oder Beschäftigung von mindestens 20 Stunden pro Woche nachgehen oder muss ihr eine solche zugewiesen werden können (Art. 79b Abs. 2 lit. c StGB).

Betreffend die besondere Vollzugsform der Halbgefangenschaft erwog das Bundesgericht im vom Beschwerdeführer erwähnten Urteil, der Gesetzgeber habe in Art. 77b StGB die Kriterien für die Bewilligung der Halbgefangenschaft abschliessend festgelegt, ohne den Kantonen Raum für restriktivere Regelungen zu lassen. Kantonale oder interkantonale Bestimmungen dürften die Gewährung der Halbgefangenschaft daher nicht davon abhängig machen, dass die verurteilte Person in der Schweiz über eine Aufenthaltsbewilligung verfüge, weil sich eine solche Voraussetzung nicht aus Art. 77b StGB ergebe. Das Fehlen einer Aufenthaltsbewilligung dürfe höchstens bei der Beurteilung der Fluchtgefahr mitberücksichtigt werden (BGE 145 IV 10 Regeste und E. 2 [= Pra 2019 Nr. 89]).

Analog dazu hat zu gelten, dass die Kantone an die besondere Vollzugsform des Electronic Monitoring nach Art. 79b StGB keine weitergehenden Voraussetzungen als das Bundesrecht statuieren dürfen. Folglich steht eine fehlende Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz resp. eine Landesverweisung der Gewährung von Electronic Monitoring nicht per se entgegen. Allerdings muss die gesuchstellende Person zur Arbeit/Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 79b Abs. 2 lit. c StGB berechtigt sein, weshalb ausländische Staatsangehörige über eine entsprechende Bewilligung verfügen müssen (Art. 11 Abs. 1 des Ausländer- und Integrationsgesetzes [AIG; SR 142.20]). Andernfalls würde die Gewährung von Electronic Monitoring entweder dazu führen, dass sich die betroffene Person wegen Ausübung einer nicht bewilligten Erwerbstätigkeit nach Art. 115 Abs. 1 lit. c AIG strafbar macht, oder aber, dass sie – wenn Art. 115 Abs. 1 lit. c AIG auf Erwerbstätigkeiten im Rahmen von Electronic Monitoring als nicht anwendbar erachtet wird – durch den Strafvollzug gegenüber anderen Personen ohne Aufenthaltsbewilligung privilegiert wird. Beides scheint mit Sinn und Zweck von Art. 79b StGB nicht vereinbar (so auch Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2024.00093 vom 01.10.2024 E. 3.4).

Wenngleich zu einer Landesverweisung verurteilte Personen nicht von Bundesrechts wegen von der besonderen Vollzugsform des Electronic Monitoring ausgeschlossen sind, gilt zu beachten, dass ausländerrechtliche Bewilligungen bei einer *obligatorischen Landesverweisung* mit deren Rechtskraft erlöschen (Art. 61 Abs. 1 lit. e AIG). Folglich scheidet die besondere Vollzugsform des Electronic Monitoring zwecks Verfolgung einer Erwerbstätigkeit aus, weil die verurteilte Person nicht (mehr) über die notwendige Arbeitsbewilligung verfügt. Electronic Monitoring zwecks Ausbildung oder anderweitiger Beschäftigung (wie Haus- und Erziehungsarbeit; Art. 29 Abs. 2 JVV) steht indessen grundsätzlich weiterhin offen, weil dafür keine Bewilligung erforderlich ist. Bei Verurteilung zu einer *nicht-obligatorischen Landesverweisung* hingegen ist Electronic Monitoring zwecks Verfolgung einer Erwerbstätigkeit grundsätzlich möglich, weil die

ausländerrechtliche Bewilligung diesfalls erst mit dem Vollzug der Landesverweisung erlischt (Art. 61 Abs. 1 lit. f AIG; siehe zum Ganzen auch Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2024.00093 vom 01.10.2024 E. 3.4 und Entscheid des Kantonsgerichts Luzern 4H 23 23 vom 17.11.2023 E. 3.3.1).

18. Aus den Eingaben des Beschwerdeführers erhellt, dass er im Rahmen des Electronic Monitoring einer Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 79b Abs. 2 lit. c StGB nachgehen möchte. Dafür fehlt es ihm seit Rechtskraft der obligatorischen Landesverweisung infolge Verurteilung zu einer Katalogtat im Sinne von Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB jedoch an der notwendigen Arbeitsbewilligung (Art. 61 Abs. 1 lit. e i.V.m. Art. 11 Abs. 1 AIG). Daran ändert nichts, dass er laut eigenen Angaben noch immer über eine gültige Arbeits- und Aufenthaltsbewilligung im Kanton Bern sowie eine Arbeitsstelle verfügt, betreffend die Landesverweisung noch keine Vollstreckungsverfügung ergangen sein soll und die rechtskräftige Landesverweisung (derzeit) nicht vollzogen werden können. Wie von der SID zutreffend ausgeführt (amtliche Akten SID, pag. 28; pag. 29) und unter E. III.17 hiervor dargelegt, erlosch die Arbeitsbewilligung ipso iure mit der Rechtskraft der obligatorischen Landesverweisung. Eine dennoch ausgeübte Erwerbstätigkeit wäre demnach illegal. Angesichts dessen erübrigt sich eine Auseinandersetzung mit den vom Beschwerdeführer oberinstanzlich eingereichten Beilagen Nrn. 2 bis 4 und der Frage der Vollstreckbarkeit der rechtskräftigen Landesverweisung.

Nach dem Gesagten erweist sich die Beschwerde in diesem Punkt als unbegründet. Sie ist abzuweisen.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

19. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem Obergericht werden auf eine Gebühr von CHF 1'500.00 bestimmt (Art. 28 Abs. 2 i.V.m. Art. 51 Abs. 1 lit. a des Verfahrenskostendekrets [VKD; BSG 161.12]). Sie sind vom unterliegenden Beschwerdeführer zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG).
20. Weder der Beschwerdeführer (Art. 108 Abs. 3 VRPG *e contrario*) noch die SID noch die Generalstaatsanwaltschaft (Art. 104 Abs. 3 VRPG) haben Anspruch auf Parteikostenersatz.

Die 2. Strafkammer beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens vor Obergericht, bestimmt auf eine Gebühr von CHF 1'500.00, werden dem Beschwerdeführer zur Bezahlung auferlegt.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.
4. Zu eröffnen:
 - dem Beschwerdeführer, v.d. Advokat B. _____
 - der Sicherheitsdirektion des Kantons Bern
 - der Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern

Mitzuteilen:

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

Bern, 14. Februar 2025

Im Namen der 2. Strafkammer

Die Präsidentin:

Oberrichterin Friederich Hörr

Die Gerichtsschreiberin:

Imboden

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.