

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 09
Fax +41 31 634 50 54
obergericht-straf.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Beschluss

BK 20 83

Bern, 11. März 2020

Besetzung

Oberrichterin Schnell (Präsidentin), Oberrichterin Falkner, Ober-
richter J. Bähler
Gerichtsschreiberin Kurt

Verfahrensbeteiligte

A. _____
a.v.d. Rechtsanwältin **B.** _____
Verurteilter/Beschwerdeführer



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

Gegenstand

Haftentlassungsgesuch

Strafverfahren wegen Raubes, versuchter qualifizierter Erpres-
sung, Freiheitsberaubung, versuchte Nötigung, einfache Körper-
verletzung etc.

Beschwerde gegen den Entscheid des Kantonalen Zwangsmass-
nahmengerichts vom 17. Februar 2020 (KZM 20 187)

Erwägungen:

1. Die Bewährungs- und Vollzugsdienste (nachfolgend: BVD) hoben mit Verfügung vom 2. September 2019 die mit Urteil der 2. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern vom 7. Juni 2017 angeordnete stationäre therapeutische Massnahme nach Art. 59 StGB wegen Aussichtslosigkeit auf. Sie setzten den Verurteilten am 5. September 2019 in vollzugsrechtliche Sicherheitshaft. Gleichentags beantragten sie dem Kantonalen Zwangsmassnahmengericht (nachfolgend: Zwangsmassnahmengericht) die Aufrechterhaltung der Sicherheitshaft gemäss Art. 28 JVG. Das Kantonale Zwangsmassnahmengericht entschied am 11. September 2019, dass die gegenüber dem Verurteilten angeordnete vollzugsrechtliche Sicherheitshaft aufrechterhalten und die Haftdauer vorläufig bis am 4. Dezember 2019 beschränkt werde (KZM 19 1024). Das Regionalgericht Bern-Mittelland (nachfolgend: Regionalgericht), welches über den Antrag der BVD auf Anordnung einer Verwahrung gemäss Art. 62c Abs. 4 StGB zu befinden hat, beantragte dem Zwangsmassnahmengericht am 13. November 2019 die Verlängerung der Sicherheitshaft gegen den Verurteilten. Die Sicherheitshaft wurde vom Zwangsmassnahmengericht mit Entscheid vom 25. November 2019 bis am 4. Juni 2020 verlängert (KZM 19 1333). Am 7. Februar 2020 beantragte der Verurteilte seine sofortige Freilassung. Das Zwangsmassnahmengericht wies das Haftentlassungsgesuch am 17. Februar 2020 ab (KZM 20 187). Dagegen reichte der Verurteilte (nachfolgend: Beschwerdeführer), amtlich vertreten durch Rechtsanwältin B._____, am 26. Februar 2020 Beschwerde ein und beantragte, der Entscheid sei aufzuheben und er sei sofort aus der Haft zu entlassen. Es sei festzustellen, dass die Haft seit der Aufhebung der Massnahme, d.h. am 2. September 2019 gegen Art. 5 EMRK verstosse und somit illegal sei. Der Beschwerdeführer habe das Recht auf eine angemessene Entschädigung von CHF 200.00 pro Tag illegaler Haft, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Kantons Bern. Die Generalstaatsanwaltschaft beantragte in ihrer Stellungnahme vom 28. Februar 2020 die kostenfällige Abweisung der Beschwerde. Das Zwangsmassnahmengericht verzichtete am 3. März 2020 auf eine Stellungnahme. Kopien der Eingaben wurde dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 4. März 2020 zur Kenntnisnahme zugestellt (Posteingang:).
2. Gegen die Abweisung des Gesuchs um Entlassung aus der Sicherheitshaft in sogenannten gerichtlichen Nachverfahren im Sinn von Art. 363-365 der Strafprozessordnung (StPO; SR 312.0) ist die Beschwerde zulässig und zwar unabhängig davon, ob der Haftentscheid auf Grundlage von Art. 28 des Gesetzes über den Justizvollzug (JVG; BSG 341.1; in Kraft seit 1. Dezember 2018) oder der analog anwendbaren StPO-Bestimmungen gefällt wurde (Art. 38 Abs. 2 Bst. m des Einführungsgesetzes zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung [EG ZSJ; BSG 271.1] i.V.m. Art. 28 JVG oder Art. 222 i.V.m. Art. 393 Abs. 1 Bst. c StPO; vgl. zur Frage der gesetzlichen Grundlage E. 4 dieses Beschlusses). Die Beschwerdekammer in Strafsachen ist für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde gegen die Fortführung der Sicherheitshaft zuständig (Art. 35 des Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1] i.V.m. Art. 29 Abs. 2 des Organisationsregle-

ments des Obergerichts [OrR OG; BSG 162.11]). Der Beschwerdeführer ist durch die Fortführung der Sicherheitshaft unmittelbar in seinen rechtlich geschützten Interessen betroffen und somit zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 382 Abs. 1 StPO). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

3. Der Beschwerdeführer verlangt seine unverzügliche Haftentlassung, da der Freiheitsentzug mangels gesetzlicher Grundlage gegen Art. 5 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101) verstosse. Der Beschwerdeführer verweist dabei auf das Urteil des EGMR vom 3. Dezember 2019 i.S. I.L. gegen die Schweiz (Urteil Nr. 72939/16)
4.
 - 4.1 Die Anordnung von Zwangsmassnahmen, worunter die Sicherheitshaft fällt, setzt das Bestehen einer gesetzlichen Grundlage voraus (Art. 197 Abs. 1 Bst. a StPO). Art. 363-365 StPO enthalten keine spezifische Regelung für die Anordnung und Fortsetzung von Sicherheitshaft in den gerichtlichen Nachverfahren. Gemäss der konstanten Praxis des Bundesgerichts basierte die Anordnung und Fortsetzung von Sicherheitshaft nach Einleitung des Nachverfahrens bis zur Rechtskraft des neuen Massnahmenurteils bis anhin auf den analog anwendbaren Bestimmungen von Art. 229-233 i.V.m. Art. 221 bzw. Art. 226-228 StPO (so etwa Urteil des Bundesgerichts 1B_569/2018 vom 28. Januar 2019 oder BGE 139 IV 175 E. 1). Der EGMR kam in seinem Urteil vom 3. Dezember 2019 i.S. I.L. gegen die Schweiz (Urteil Nr. 72939/16) zum Schluss, dass die Strafprozessordnung keine gesetzliche Grundlage für die Sicherheitshaft im nachträglichen Verfahren enthalte. Die Anordnung bzw. Verlängerung der Sicherheitshaft gestützt auf die analoge Anwendung der Art. 221 ff. StPO verstosse damit gegen Art. 5 Ziffer 1 EMRK. Die Erwägungen in diesem EGMR-Entscheid bedeuten aber nicht, dass im vorliegenden Fall Art. 5 Abs. 1 EMRK verletzt wurde.
 - 4.2 Nach der neuesten Rechtsprechung des Bundesgerichts kann eine analoge Anwendung der Art. 221 und 229 ff. StPO auf die Verfahren betreffend Anordnung und Fortsetzung von Sicherheitshaft in selbständigen nachträglichen Verfahren mit den Anforderungen von Art. 5 Abs. 1 EMRK vereinbar sein, wenn sie sich auf eine lang andauernde und konstante Rechtsprechung («jurisprudence ancienne et constante») stützt (Urteile des Bundesgerichts 1B_64/2020 vom 28. Februar 2020 E. 5 sowie 1B_24/2020 vom 3. Februar 2020 E. 2.4). Das Bundesgericht setzte sich in seinem Urteil 1B_24/2020 vom 3. Februar 2020, in dem, wie vorliegend, die Sicherheitshaft im selbstständigen gerichtlichen Nachverfahren betreffend die Anordnung der Verwahrung zu überprüfen war, eingehend mit dem vom Beschwerdeführer zitierten EGMR-Urteil auseinander und begründete, weshalb von einer konstanten und langjährigen Praxis ausgegangen werden kann (vgl. zum Ganzen und Nachfolgenden: Urteil des Bundesgerichts 1B_24/2020 vom 3. Februar 2020 E. 3.2 ff.).
 - 4.3 Der EGMR hatte einen Entscheid des Bundesgerichts zu überprüfen, der einen Sachverhalt aus dem Jahr 2016/2017 betraf. Massgeblich ist hier aber der Stand der Rechtsprechung am 17. Februar 2020, als das Zwangsmassnahmengericht das Haftentlassungsgesuch des Beschwerdeführers abgewiesen hatte. Zudem ist

wesentlich, dass das Bundesgericht nebst den in der Amtlichen Sammlung veröffentlichten Entscheiden seit dem 1. Januar 2000 einen grossen Teil seiner Urteile und seit dem 1. Januar 2007 sämtliche Endentscheide im Internet publiziert. Diese Rechtsprechung ist ebenfalls zu berücksichtigen. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung betreffend die Fortsetzung der Sicherheitshaft im Verfahren auf nachträgliche Anordnung einer Verwahrung wurde am 15. August 2011 mit dem BGE 137 IV 333 eingeleitet und in folgenden Urteilen bestätigt: 1B_6/2012 vom 27. Januar 2012; 1B_382/2015 vom 26. November 2015; 6B_1432/2017 vom 15. Januar 2018; 1B_548/2017 vom 29. Januar 2018; 1B_149/2018 vom 11. April 2018; 1B_204/2018 vom 15. Mai 2018; 1B_385/2018 vom 10. September 2018; 1B_332/2018 vom 7. November 2018; 1B_486/2018 vom 22. November 2018; 1B_569/2018 vom 28. Januar 2019. Diese Aufzählung liesse sich ergänzen durch Urteile, in denen die analoge Anwendung der Bestimmungen der StPO zur Sicherheitshaft bestätigt wird, ohne dass im konkreten Fall die Sicherheitshaft selbst Prozessgegenstand gewesen wäre (vgl. z.B. Urteil 6B_796/2019 vom 16. Oktober 2019 E. 3.1 mit Hinweisen). Insgesamt ist damit von einer erheblichen Anzahl übereinstimmender höchstgerichtlicher Entscheide auszugehen, die ohne Weiteres als konstante Rechtsprechung zu qualifizieren sind. Dies umso mehr als sämtliche (veröffentlichte) Urteile des Bundesgerichts, welche die Anordnung von Sicherheitshaft im nachträglichen Verfahren betreffen (also auch bei Massnahmeverlängerungen), für den Nachweis des Bestehens einer lang andauernden und konstanten Rechtsprechung berücksichtigt werden dürfen. Es ist inhaltlich nicht gerechtfertigt, nach der in Aussicht stehenden Sanktionsform zu unterscheiden, zumal die Massnahmen austauschbar sind (Urteil des Bundesgerichts 6B_82/2019 vom 1. Juli 2019 E.2.3.6 zum Austauschbarkeitsprinzip).

- 4.4 Es gibt im Übrigen keine Hinweise, dass diese Rechtsprechung dem Beschwerdeführer nicht bekannt gewesen wäre (vgl. den Hinweis im Beschluss des Obergerichts des Kantons Bern BK 18 116 vom 12. April 2018 E. 4.2 auf das Urteil des Bundesgerichts 6B_1432/2017 vom 15. Januar 2018 E. 1.4 mit zahlreichen Hinweisen). Die Rechtsprechung nahm ihren Anfang mit BGE 137 IV 333 am 15. August 2011, das heisst wenige Monate nach Inkrafttreten der eidgenössischen Strafprozessordnung, und beansprucht somit bereits seit mehr als acht Jahren Geltung. Insbesondere kann aus dem Hinweis im Urteil I.L. gegen die Schweiz, es gebe lediglich einen Grundsatzentscheid, der dieselbe Situation betreffe, nicht auf das Fehlen einer lang andauernden und konstanten Rechtsprechung im vorliegenden Fall geschlossen werden. Soweit dieselbe Situation bzw. Rechtsfrage betroffen ist, steht definitionsgemäss am Anfang einer konstanten Rechtsprechung ein einziger Grundsatzentscheid, während die nachfolgenden Entscheide diesen bestätigen und deshalb insofern nicht wiederum als Grundsatzentscheide bezeichnet werden können. Entsprechend werden sie vom Bundesgericht nicht in der Amtlichen Sammlung, jedoch im Internet veröffentlicht (siehe Art. 58 f. des Reglements vom 20. November 2006 über das Bundesgericht [BGerR; SR 173.110.131]; vgl. auch vorangehende Ausführungen). Die Sicherheitshaft im selbstständigen gerichtlichen Nachverfahren betreffend die Anordnung der Verwahrung kann sich somit auf die analoge Anwendung der Bestimmungen der Strafprozessordnung stützen. Die lang andauernde und konstante Rechtsprechung ersetzt die ausdrückliche gesetzliche

Grundlage (so auch Urteil des Bundesgerichts 1B_64/2020 vom 28. Februar 2020 E. 5). Bei dieser Ausgangslage muss in Übereinstimmung mit dem Zwangsmassnahmengericht nicht mehr geprüft werden, ob die Fortführung der Sicherheitshaft auch gestützt auf Art. 28 JVG hätte erfolgen können.

Abgesehen davon teilte das Bundesamt für Justiz dem Obergericht des Kantons Bern mit Schreiben vom 25. Februar 2020 mit, dass der Prozessbevollmächtigte der Schweizerischen Regierung ein Gesuch um Neubeurteilung durch die Grosse Kammer (Art. 43 EMRK) eingereicht hat. Das Urteil des EGMR i.L. gegen die Schweiz ist damit immer noch nicht rechtskräftig und für die Schweiz nicht bindend.

- 4.5 Die vom Beschwerdeführer zitierten Lehrmeinungen von STUDER und URWYLER im *forum poenale Online* first/2020 | S. 4 f., wonach die Grenze der unzulässigen Auslegung bei der Frage der (vollzugsrechtlichen) Sicherheitshaft überschritten worden sei, vermag das neue, mehrfach zitierte bundesgerichtliche Urteil nicht in Frage zu stellen. Jedenfalls ist die Gerichtspraxis klar und diese besteht seit vielen Jahren in unveränderter Weise. Zudem räumen auch die beiden Autoren ein, dass wenn alle publizierten und unpublizierten Entscheide zur Frage der (vollzugsrechtlichen) Sicherheitshaft in sämtlichen Nachverfahren zusammengefasst würden, durchaus Grund zur Annahme bestünde, die Rechtsprechung zu (vollzugsrechtlicher) Sicherheitshaft in Nachverfahren sei konstant. Weiter ist nicht ersichtlich, weshalb der dem Bundesgerichtsurteil (1B_24/2020 vom 3. Februar 2020) zugrunde liegende Fall nicht mit dem hier zu beurteilenden Fall verglichen werden kann. Die Rechtmässigkeit der Sicherheitshaft hängt nicht davon ab, ob die Strafe bereits vollständig verbüsst worden ist. Entgegen die Vorbringen des Beschwerdeführers spielt es daher keine Rolle, ob das ursprüngliche Urteil noch einen gültigen Hafttitel darstellt oder nicht.

Die Fortführung der Sicherheitshaft verletzt folglich Art. 5 EMRK nicht.

5. Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass es nach der Aufhebung der stationären Massnahme zweitweise an einem gültigen Hafttitel gefehlt hat. Feststeht, dass die BVD gestützt auf Art. 28 JVG die Anordnung und Aufrechterhaltung der Sicherheitshaft beantragen durften und das Zwangsmassnahmengericht die Sicherheitshaft gestützt auf Art. 28 JVG aufrechterhalten durfte (vgl. Beschluss des Obergerichts des Kantons Bern BK 20 45 vom 19. Februar 2020 E. 4.2). Auch die Verlängerung der Sicherheitshaft vom 25. November 2019 stellt einen gültigen Hafttitel dar. Es kann in diesem Zusammenhang ebenfalls offen gelassen werden, ob Art. 28 JVG anwendbar gewesen ist. Die Verlängerung der Sicherheitshaft konnte sich in diesem Zeitpunkt ohnehin auch auf die analoge Anwendung der StPO-Bestimmungen stützen. Das Urteil i.S. i.L. gegen die Schweiz vom 3. Dezember 2019 lag in diesem Zeitpunkt noch nicht vor und ist bis heute nicht rechtskräftig (vgl. E. 4.4 dieses Beschlusses sowie Beschluss des Obergerichts des Kantons Bern BK 19 528 vom 9. Januar 2020, E. 4.4).

Da die materiellen und formellen Voraussetzungen für die Verlängerung der Sicherheitshaft dieselben sind, unabhängig davon, ob sich die Haft auf Art. 28 JVG oder die analoge Anwendung der StPO stützt, spielt es keine Rolle, dass sich das Zwangsmassnahmengericht bei der Verlängerung nicht auf die analoge Anwen-

dung der StPO-Bestimmungen gestützt hat. Wesentlich ist, dass eine Auseinandersetzung mit den massgeblichen Punkten stattgefunden hat. Sogar wenn sich das Zwangsmassnahmengericht bei der Verlängerung der Haft zu Unrecht auf die kantonale Norm gestützt haben sollte, ändert das am Vorliegen eines durchgehend gültigen Hafttitels nichts.

6. Die materiellen Voraussetzungen der Sicherheitshaft werden vom Beschwerdeführer zu Recht nicht bestritten. Es kann auf die Ausführungen im unangefochten gebliebenen Verlängerungsentscheid des Zwangsmassnahmengerichts vom 25. November 2019 verwiesen werden. Eine abschliessende Beurteilung kann im Haftprüfungsverfahren nicht erfolgen. Es ist weder ein eigentliches Beweisverfahren durchzuführen noch kann dem erkennenden Sachgericht vorgegriffen werden. Der Beschwerdeführer wurde u.a. wegen versuchter qualifizierter Erpressung und Raubes schuldig gesprochen. Diese Delikte kommen als Anlasstaten im Sinne von Art. 64 Abs. 1 StGB in Betracht. Gemäss dem forensisch-psychiatrischen Gutachten der Luzerner Psychiatrie vom 11. Oktober 2016 lagen beim Beschwerdeführer im Tatzeitpunkt ein langjährig chronifiziertes Abhängigkeitssyndrom von Kokain und Cannabis, eine narzisstische Persönlichkeitsstörung sowie eine kombinierte Persönlichkeitsstörung mit emotional-instabilen und dissozialen Zügen vor. Die Gefahr weiterer Straftaten stehe im Zusammenhang mit den festgestellten Störungen. Es bestehe eine hohe Gefahr, dass er erneut delinquiere solange er sich nicht störungsspezifisch behandeln lasse. Mit hoher Wahrscheinlichkeit seien erneut einschlägige Delikte i.S. der Anlassdelikte zu erwarten. Sowohl die Persönlichkeitsstörung als auch die Abhängigkeitsstörungen bestünden bis heute fort. Im Rahmen der Beantwortung von Ergänzungsfragen der Parteien hielten die Gutachter am 14. Dezember 2016 im Zusammenhang mit der bisherigen Entwicklung fest, eine «Spontanheilung» respektive «Selbstheilung» der Störung durch den Beschwerdeführer widerspreche dem gängigen Wissen um dieses Störungsbild. Auch wenn er während der bisherigen Inhaftierung den körperlichen Drogenentzug bereits erfolgreich absolviert habe, bestehe bei ihm ein hohes Risiko, ausserhalb der beschützenden Umgebung der Strafanstalt erneut einschlägig zu delinquieren, da er noch keine störungsspezifische Behandlung der Persönlichkeitsstörung und der Suchterkrankung aufgenommen habe (vgl. Beschluss des Obergerichts des Kantons Bern BK 18 268 vom 12. September 2018 E. IV. 2 mit Verweis auf Akten BVD, Band II, pag. 2639 ff. und pag. 2674 f.). Im Haftprüfungsverfahren kann somit vom Vorliegen einer schweren psychischen Störung sowie Wiederholungsgefahr ausgegangen werden. Ob die Diagnose und Rückfallprognose heute noch zutreffen, wird vom Regionalgericht anhand des am 18. Oktober 2019 in Auftrag gegebenen Gutachtens beurteilt werden müssen. Es sind aber keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass sich an der Ausgangslage offensichtlich etwas geändert hat. Es kann in diesem Zusammenhang auch auf den Antrag der BVD auf Anordnung einer Verwahrung vom 5. September 2019 verwiesen werden. Die Anordnung einer Massnahme, welche die Sicherstellung des Beschwerdeführers erfordert, scheint wahrscheinlich.
7. Darüber hinaus hat eine in Haft gehaltene Person gemäss Art. 5 Ziff. 3 EMRK Anspruch darauf, innerhalb einer angemessenen Frist abgeurteilt oder während des

Verfahrens aus der Haft entlassen zu werden. Dass eine an sich rechtmässige Haft nicht übermässig lange dauern darf, ergibt sich aus dem Verfassungsrecht der persönlichen Freiheit. Eine übermässige Haft liegt dann vor, wenn die Haft die mutmassliche Dauer der zu erwartenden Strafe übersteigt (sog. Überhaft; BGE 139 IV 270 E. 3.1). Mit Blick auf den Antrag der BVD auf Anordnung einer Verwahrung gemäss Art. 62c Abs. 4 StGB kann nicht von übermässiger Haft gesprochen werden. Das vom Regionalgericht eingeholte forensisch-psychiatrische Gutachten sollte bis am 20. April 2020 vorliegen. Die Hauptverhandlung wurde auf den 15. Mai 2020 angesetzt. Eine Verletzung des Beschleunigungsgebotes wird zu Recht nicht geltend gemacht. Mildere, ebenfalls geeignete Ersatzmassnahmen sind nicht ersichtlich.

Die Beschwerde ist abzuweisen.

8. Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt der Beschwerdeführer die Verfahrenskosten (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Entschädigung der amtlichen Verteidigung, wird am Ende des Verfahrens festgesetzt.

Die Beschwerdekammer in Strafsachen beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens, bestimmt auf CHF 1'500.00, werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
3. Die amtliche Entschädigung für das Beschwerdeverfahren wird am Ende des Verfahrens durch das urteilende Gericht festgesetzt.
4. Zu eröffnen (unter Beilage einer Kopie des Schreibens des BJ vom 25. Februar 2020):
 - dem Verurteilten/Beschwerdeführer, a.v.d. Rechtsanwältin B. _____
 - dem Kantonalen Zwangsmassnahmengericht, Gerichtspräsident C. _____
(mit den Akten)
 - dem Regionalgericht Bern-Mittelland, Gerichtspräsident D. _____
(mit den Akten)
 - der Generalstaatsanwaltschaft

Mitzuteilen:

- der Regionalen Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland, Staatsanwalt E. _____
- den Bewährungs- und Vollzugsdiensten des Kantons Bern

Bern, 11. März 2020

Im Namen der Beschwerdekammer
in Strafsachen

Die Präsidentin:

Oberrichterin Schnell

Die Gerichtsschreiberin:

Kurt

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden durch die Beschwerdekammer in Strafsachen in Rechnung gestellt.

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.