

BE_VERWALTUNGSGERICHT 100 2019 324 vom 26. Mai 2021

BE Verwaltungsgericht, 2021-05-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_verwaltungsgericht_100_2019_324

FR: BE_VERWALTUNGSGERICHT 100 2019 324 du 26 mai 2021

IT: BE_VERWALTUNGSGERICHT 100 2019 324 del 26 maggio 2021

Regeste

Staatshaftung; Genugtuung wegen Massnahmevollzug (Verfügung der Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern vom 16. August 2019; 2017.POM.737) | Staatshaftung

Erwägungen

E. 1.1

Gemäss Art. 74 Abs. 1 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) beurteilt das Verwaltungsgericht als letzte kantonale Instanz Beschwerden gegen Verfügungen und Entschei-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 26.05.2021, Nr. 100.2019.324U, Seite 4 de, die sich auf öffentliches Recht stützen, sofern keiner der Ausschlussgründe gemäss Art. 75 ff. VRPG gegeben ist.

E. 1.1.1

Begehren um Schadenersatz oder Genugtuung, die sich gegen den Kanton richten, sind bei der Direktion einzureichen, in deren Aufgabenbereich sich der anspruchsbegründende Sachverhalt ereignet hat. Die betroffene Direktion erlässt über die streitigen Ansprüche eine Verfügung (Art. 104 Abs. 1 und 2 des Personalgesetzes vom 16. September 2004 [PG; BSG 153.01]), welche grundsätzlich der Beschwerde an das Verwaltungsgericht unterliegt (vgl. Art. 104 Abs. 3 PG i.V.m. Art. 74 ff. VRPG). Entschädigungsansprüche nach der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (Strafprozessordnung, StPO; SR 312.0) fallen allerdings in die Zuständigkeit der Strafgerichte. Sie gehen als *lex specialis* denjenigen nach Staatshaftungsrecht – welches nur subsidiär zur Anwendung gelangen kann – vor. Kostenverlegung sowie Entschädigungen und allfällige Genugtuungen im Strafverfahren sind von Beginn der polizeilichen Erhebungen bis hin zum Abschluss der Rechtsmittelverfahren abschliessend durch die StPO geregelt. Es können weder gegen den Bund oder die Kantone noch gegen die handelnden Staatsangestellten oder Magistratspersonen nach weiteren Haftungsnormen des privaten oder öffentlichen Rechts des Bundes oder der Kantone Forderungen geltend gemacht werden (Grundsatz der Ausschliesslichkeit bzw. Exklusivwirkung der strafprozessualen Kosten- und Entschädigungsregeln; vgl. Schmid/Jositsch, Handbuch des schweizerischen Strafrechts, 3. Aufl. 2017, § 97 N. 1760). Werden solche Ansprüche nicht im Strafverfahren eingebracht, sind sie verwirkt; die Verwirkung tritt indessen nur ein, wenn die betroffene verfahrensbeteiligte Person Gelegenheit hatte, ihre Ansprüche anzumelden. Art. 5 Ziff. 5 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK; SR 0.101) räumt diesbezüglich keine über Art. 429 ff. StPO hinausgehenden Rechte ein und eröffnet keine Wege zur Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen ausserhalb der StPO (BGE 142 IV 245 E.

4.2 [Pra 106/2017 Nr. 14]; BVR 2018 S. 450 E. 2.1 f.; VGE 2019/416 vom 22.12.2020 E. 2.2, 2018/1 vom 24.6.2020 E. 2.2 mit Hinweisen).

E. 1.1.2

Im vorliegenden Verfahren werden nicht Entschädigungsansprüche nach der StPO geltend gemacht, sondern davon unabhängige Ansprüche

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 26.05.2021, Nr. 100.2019.324U, Seite 5 aus Staatshaftung (vgl. hinten E. 2.2). Die vom Beschwerdeführer als staatshaftungsbegründend gerügte Unterbringung in ungeeigneten Einrichtungen bezieht sich auf die Zeit des Massnahmenvollzugs nach Abschluss des Strafverfahrens. Das angeblich staatshaftungsbegründende behördliche Verhalten hat keinen direkten Bezug zu einem Strafprozess. Die vorgebrachten Ansprüche beziehen sich weder auf Art. 429 StPO (Entschädigung bei Freispruch oder endgültiger Verfahrenseinstellung) noch auf Art. 431 StPO (Entschädigung bei rechtswidrig angewandten Zwangsmassnahmen). Es wird auch nicht eine Entschädigung oder Genugtuung infolge fehlerhafter Verfahrenshandlungen geltend gemacht, die gemäss Art. 416 ff. i.V.m. Art. 363 Abs. 1 StPO in einem selbständigen nachträglichen Verfahren vom erstinstanzlichen Gericht zu beurteilen wären. Vielmehr bezieht sich das Staatshafungsbegehren auf reine Modalitäten des strafrechtlichen Massnahmenvollzugs.

E. 1.1.3

Im Bereich des Straf- und Massnahmenvollzugs nach dem Gesetz vom 23. Januar 2018 über den Justizvollzug (Justizvollzugsgesetz, JVG; BSG 341.1) verfügt das Obergericht (ebenso wie in zivilrechtsnahen Streitigkeiten) über eine grössere Sachnähe als das Verwaltungsgericht. Art. 77 Bst. g VRPG schliesst deshalb Verfügungen und Entscheide in diesen strafrechtsnahen Angelegenheiten (analog Art. 77 Bst. f VRPG) von der Verwaltungsgerichtsbeschwerde aus, sodass anstelle des Verwaltungsgerichts das Obergericht kantonale Letztinstanzlich entscheidet (vgl. Art. 52 JVG; vgl. auch Art. 78 Abs. 2 Bst. b des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht [Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110], wonach Entscheide über den Vollzug von Strafen und Massnahmen der Beschwerde in Strafsachen [und nicht in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten] unterstehen; BGE 141 IV 49 E. 2.4, 139 I 51 E. 2.2 [Pra 103/2014 Nr. 49]; Ruth Herzog, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 77 N. 44). Entscheide über medizinische Staatshaftung, die das Bundesgericht als zivilrechtsnah der Beschwerde in Zivilsachen zuweist (Art. 31 Abs. 1 Bst. d des Reglements vom 20. November 2006 für das Bundesgericht [BGerR; SR 173.110.131] i.V.m. Art. 72 ff. BGG), werden dementsprechend seit dem 1. Januar 2019 gestützt auf Art. 104a Abs. 3 PG auf dem Zivilrechtsweg bzw. kantonale Letztinstanzlich durch das Obergericht beurteilt. Entscheide, die wie vorliegend eine Staatshaftung wegen angeblich mangel-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 26.05.2021, Nr. 100.2019.324U, Seite 6 haften Justizvollzugs betreffen, sind jedoch kantonale Letztinstanzlich durch das Verwaltungsgericht als allgemeines Staatshaftungsgericht zu beurteilen (vgl. Art. 104 Abs. 3 PG bzw. vorne E. 1.1.1; Ruth Herzog, a.a.O., Art. 77 N. 41 und 43, Art. 87 N. 12 mit Hinweis auf BGE 144 II 281 E. 1.1, wonach gegen Endentscheide betreffend Staatshaftung – ausser in Bezug auf medizinische Tätigkeiten – gemäss Art. 30 Abs. 1 Bst. c Ziff. 1 BGerR i.V.m. Art. 82 ff. BGG grundsätzlich die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten offensteht). Die angefochtene Verfügung fällt somit nicht unter den

Ausschlussgrund von Art. 77 Bst. g VRPG.

E. 1.1.4

Das Verwaltungsgericht ist demnach zur Beurteilung der Beschwerde als letzte kantonale Instanz gemäss Art. 104 Abs. 3 PG i.V.m Art. 74 Abs. 1, Art. 76 und Art. 77 VRPG zuständig.

E. 1.2

Der Beschwerdeführer hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 79 Abs. 1 VRPG). Die Bestimmungen über Form und Frist sind eingehalten (Art. 81 Abs. 1 i.V.m. Art. 32 VRPG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

E. 1.3

Das Verwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 Bst. a und b VRPG).

E. 2

Sachverhalt und Anspruchsgrundlagen Der Beschwerdeführer begründet den erhobenen Genugtuungsanspruch mit seiner Unterbringung in angeblich ungeeigneten Einrichtungen im Zeitraum vom 22. Juli 2015 (Eintritt ins Regionalgefängnis Thun infolge «Zurverfügungstellung» durch die JVA Thorberg) bis 6. Juli 2017 (Eintritt in die BeoT der JVA St. Johannsen). Er macht geltend, die Abteilung Straf- und Massnahmenvollzug (ASMV; heute: BVD) des Amtes für Freiheitsentzug und Betreuung (heute: AJV) habe widerrechtlich gehandelt, was einen Staatshaftungsanspruch begründe.

E. 2.1

Dem Haftungsbegehren liegt zusammenfassend folgender unbestrittener Sachverhalt zugrunde:

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 26.05.2021, Nr. 100.2019.324U, Seite 7

E. 2.1.1

Mit Urteil des Kreisgerichts V Burgdorf-Fraubrunnen vom 19. Januar 2005 wurde der Beschwerdeführer wegen sexuellen Handlungen mit einem Kind, sexueller Belästigung eines anderen Kindes und Pornografie zu einer Gefängnisstrafe von einem Jahr bei einer Probezeit von vier Jahren verurteilt. Das Gericht erteilte ihm die Weisung, eine begonnene Gesprächstherapie solange weiterzuführen, als dies die Fachperson für notwendig erachte (Vorakten BVD [act. 3B] pag. 1 ff.). Nach einer Hausdurchsuchung beim Beschwerdeführer am 2. Mai 2006 wurde mit Beschluss vom 16. Mai 2006 eine Voruntersuchung wegen Verdachts der Pornografie eingeleitet. Noch am gleichen Tag wurde diese Strafverfolgung ausgedehnt auf sexuelle Handlungen mit Kindern. Die Ermittlungen ergaben, dass der Beschwerdeführer mit 17 Kindern, die er namentlich über das Internet kennenlernte, sexuelle Handlungen vollzogen hatte. Bei zwei weiteren Kindern blieb es beim Versuch dazu. Am 22. Mai 2008 verurteilte das Kreisgericht V Burgdorf-Fraubrunnen den Beschwerdeführer wegen mehrfacher versuchter und vollendeter sexueller Handlungen mit Kindern sowie wegen Pornografie im Sinn einer Gesamtstrafe zu einer Freiheitsstrafe von viereinhalb Jahren. Weiter ordnete es eine stationäre therapeutische Massnahme nach Art. 59 StGB an und schob den Vollzug der Freiheitsstrafe

auf, da beim Beschwerdeführer eine psychische Störung diagnostiziert worden war (vgl. Vorakten BVD [act. 3B] pag. 180 ff.).

E. 2.1.2

In dem im Hinblick auf das Urteil vom 22. Mai 2008 in Auftrag gegebenen psychiatrischen Gutachten des Forensisch-Psychiatrischen Dienstes (FPD) der Universität Bern vom 7. Mai 2007 wurde beim Beschwerdeführer eine Störung der sexuellen Präferenz diagnostiziert, die eindeutig pädosexuelle (pädophile) Züge trage. Der Beschwerdeführer weise zudem akzentuierte histrionische, narzisstische und tendenziell dissoziale Persönlichkeitszüge auf. Die Störung der Sexualpräferenz vor dem Hintergrund akzentuierter Persönlichkeitszüge stelle eine mangelhafte geistige Entwicklung dar (im Sinne von aArt. 11 StGB in der bis 31.12.2006 gültigen Fassung [AS 1971 S. 777]). Dennoch sei nicht erkennbar, dass sie die Einsichtsfähigkeit des Beschwerdeführers in nennenswerter Weise beeinträchtigt hätte. Er habe jederzeit um das Unrecht seines Tuns gewusst und wäre auch in der Lage gewesen, normenkonform zu handeln. Aus forensisch-psychiatrischer Sicht sei aber angesichts der Suchtkomponente zumindest für die letzten ein bis

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 26.05.2021, Nr. 100.2019.324U, Seite 8 zwei Jahre vor seiner Verhaftung von einer leichten Herabsetzung der Steuerungsfähigkeit auszugehen. Die Gutachterin kam zum Schluss, dass das Rückfallrisiko unbehandelt als hoch einzuschätzen sei. Sie erachtete eine strafrechtliche Massnahme als indiziert, zumal die diagnostizierte Störung und die strafbaren Handlungen in engem Zusammenhang stünden, die Rückfallgefahr als hoch anzusehen und die Behandelbarkeit gegeben sei. Da die vorhandenen pädophilen Neigungen nicht «wegtherapiert» werden könnten, müsse die Behandlung störungs- und deliktorientiert erfolgen. Sie sollte über einen mehrjährigen Zeitraum angelegt sein und sowohl Einzel- als auch Gruppentherapien umfassen. Aufgrund der nicht unerheblichen Schwere der Störung, des bisherigen Verlaufs inklusive Rückfalldelinquenz sowie des fehlenden Eingeständnisses scheine eine primär stationäre Behandlung angezeigt, die alsdann – wenn verantwortbar – ambulant fortgeführt werden könnte. Die erforderliche Therapie könne in forensischen Spezialabteilungen durchgeführt werden, wie zum Beispiel in der JVA St. Johannsen, den Universitären Psychiatrischen Kliniken (UPK) Basel oder dem Zentrum für Stationäre Forensische Psychiatrie Rheinau. Eine ambulante Behandlung könnte gegebenenfalls infrage kommen, wenn ihre Ausgestaltung derjenigen einer stationären Massnahme nahekäme, und zwar in Form eines mehrjährigen störungs- und deliktorientierten Behandlungsprogramms in Einzel- und Gruppentherapie in einem geschlossenen/geschützten Rahmen, wie es in der JVA Witzwil angeboten werde (vgl. Vorakten BVD [act. 3B] pag. 104 ff.). – Gestützt auf dieses Gutachten ordnete das Kreisgericht V Burgdorf-Fraubrunnen im Urteil vom 22. Mai 2008 eine stationäre Massnahme an: Es bestehe ein Zusammenhang zwischen der diagnostizierten Störung der Sexualpräferenz vor dem Hintergrund akzentuierter Persönlichkeitszüge und den begangenen Taten. Erneute Straftaten gegen die sexuelle Integrität von Kindern seien in hohem Masse wahrscheinlich. Da eine adäquate Behandlung die Wahrscheinlichkeit weiterer Straftaten vermindern könne und der Beschwerdeführer bereit sei, sich einer solchen zu unterziehen, sei die Anordnung einer stationären Massnahme zweckmässig (vgl. Vorakten BVD [act. 3B] pag. 192 ff., 285 f.).

E. 2.1.3

Der Beschwerdeführer wurde mit Verfügung der ASMV vom 24. August 2007 zum vorzeitigen Massnahmenvollzug in die BeoT der JVA St. Johannsen eingewiesen (vgl. Vorakten BVD [act. 3B] pag. 159 f.). Am 17. Ok-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 26.05.2021, Nr. 100.2019.324U, Seite 9 tober 2008 entzog er sich der Massnahme durch Flucht während eines begleiteten Urlaubs (vgl. Vorakten BVD [act. 3B] pag. 305 ff.). Er wurde am 28. Januar 2010 in Spanien verhaftet und am 16. September 2010 an die Schweiz ausgeliefert (Vorakten BVD [act. 3B] pag. 329 bzw. Vorakten BVD [act. 3C] pag. 398 ff.). Ab dem 2. November 2010 konnte er den Vollzug der stationären Massnahme in der Therapieabteilung der JVA Thorberg fortsetzen (Vorakten BVD [act. 3C] pag. 434 ff.). Dort blieb er während mehreren Jahren, da die jährliche Prüfung der Massnahme jeweils ergab, dass die Voraussetzungen für eine bedingte Entlassung bzw. eine Versetzung in ein offenes Vollzugsregime (noch) nicht erfüllt waren, weshalb die ASMV entsprechende Gesuche des Beschwerdeführers abwies (vgl. Vorakten BVD [act. 3C] pag. 493 ff., 590 ff., 725 f., Vorakten BVD [act. 3D] pag. 864). Mit Entscheid des Regionalgerichts Emmental-Oberaargau vom 6. August 2014 wurde die stationäre Massnahme gestützt auf Art. 59 Abs. 4 StGB um drei Jahre und sechs Monate verlängert (Vorakten BVD [act. 3D] pag. 898 ff.; bestätigt [in Bezug auf die Verlängerung der Massnahme] durch das Urteil des Obergerichts des Kantons Bern BK 14 295 vom 23.7.2015, Vorakten BVD [act. 3E] pag. 1144 ff., sowie durch BGer 6B_822/2015 vom 7.12.2015). Die JVA Thorberg teilte mit Schreiben vom 21. Mai 2015 mit, die Zusammenarbeit mit dem Beschwerdeführer sei seit längerer Zeit durch Misstrauen seinerseits beeinträchtigt. Der Beschwerdeführer blockiere vielfach den Therapieprozess durch negatives und verhaltenes Mitwirken, und kapsele sich insbesondere gegenüber dem Anstaltspersonal immer mehr ab. Gemäss ihrer Einschätzung könne innert nützlicher Frist kein erneutes Vertrauensverhältnis aufgebaut werden, sodass die Basis für eine zielführende und konstruktive Zusammenarbeit fehle. Die JVA Thorberg entschied deshalb, die Massnahme in ihrer Institution abzubrechen und den Beschwerdeführer «zur Verfügung zu stellen», wobei sie aufgrund von dessen mangelhaftem therapeutischem Engagement eine Verlegung in den offenen Vollzug als verfrüht und stattdessen eine Verlegung in eine andere geschlossene Massnahmeneinrichtung als angezeigt erachtete (vgl. Vorakten BVD [act. 3D] pag. 1099 f., siehe auch Vorakten BVD [act. 3E] pag. 1156 ff.). Mit Verfügung der ASMV vom 15. Juli 2015 wurde der Beschwerdeführer am 22. Juli 2015 in das Regionalgefängnis Thun verlegt (vgl. Vorakten BVD [act. 3E] pag. 1129 ff.).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 26.05.2021, Nr. 100.2019.324U, Seite 10

E. 2.1.4

Die Konkordatliche Fachkommission zur Beurteilung der Gemeingefährlichkeit von Straftätern (KoFako; ein unabhängiges, interdisziplinäres Gremium des Strafvollzugskonkordats Nordwest- und Innerschweiz, vgl. <www.konkordate.ch>, Rubriken «Organisation/Konkordatliche Fachkommission») erachtete in ihrer Beurteilung vom 7. September 2015 eine Versetzung des Beschwerdeführers in ein offenes Vollzugsregime trotz bestehender Risikofaktoren aus legalprognostischer Sicht als möglich und empfahl eine vorangehende Unterbringung in der geschlossenen Abteilung der jeweiligen Vollzugseinrichtung (vgl. Vorakten BVD [act. 3E] pag. 1190 ff.). Entgegen der Empfehlung der KoFako lehnte die ASMV eine Versetzung in eine offen geführte

Vollzugseinrichtung «zum aktuellen Zeitpunkt» mit Verfügung vom 18. Dezember 2015 ab, da dies als legalprognostisch (noch) nicht vertretbar erscheine. Auch die Unterbringung in einer geschlossenen Abteilung einer offenen Massnahmenvollzugseinrichtung komme nicht infrage (vgl. Vorakten BVD [act. 3E] pag. 1213 ff.; vgl. dazu und zum Folgenden auch hinten E. 5.5.2). Am 2. Februar 2016 ersuchte sie die JVA Solothurn um Aufnahme des Beschwerdeführers (in einem geschlossenen Vollzugssetting; vgl. Vorakten BVD [act. 3E] pag. 1235 ff.). Mit Entscheid vom 18. Februar 2016 hiess die POM eine gegen die Verfügung der ASMV vom 18. Dezember 2015 erhobene Beschwerde gut und wies die ASMV an, umgehend die Verlegung des Beschwerdeführers in eine geschlossene Abteilung einer offenen Massnahmenvollzugseinrichtung in die Wege zu leiten (vgl. Vorakten BVD [act. 3E] pag. 1241 ff.). Die ASMV stellte daraufhin am

E. 2.1.5

Der Beschwerdeführer stellte am 11. Juli 2016 und am 17. September 2016 Antrag auf bedingte Entlassung bzw. Aufhebung der Massnahme (vgl. Vorakten BVD [act. 3E] pag. 1309 ff. bzw. 1347 ff.). Zur Begründung führte er aus, da ihn angeblich keine offene Massnahmenvollzugseinrichtung aufnehmen möchte, sei davon auszugehen, dass eine geeignete Einrichtung nicht bzw. nicht mehr existiere, was die Aufhebung der Massnahme zur Folge haben müsse (Art. 62c Abs. 1 Bst. c StGB). Mit Verfügung vom 23. September 2016 lehnte die ASMV eine bedingte Entlassung sowie die Aufhebung der Massnahme ab und verfügte die Weiterführung der stationären therapeutischen Massnahme in der JVA Solothurn (vgl. Vorakten BVD [act. 3E] pag. 1353 ff.). Die hiergegen erhobene Beschwerde hiess die POM mit Entscheid vom 13. Dezember 2016 teilweise gut und wies die JVA St. Johannsen an, den nächsten freien Platz auf der BeoT mit dem Beschwerdeführer zu besetzen. Bis dahin habe dieser in der JVA Solothurn zu verbleiben (vgl. Vorakten BVD [act. 3E] pag. 1459 ff.). Auf Beschwerde hin ordnete das Obergericht mit Beschluss vom 9. Mai 2017 zudem an, dass die Massnahme mangels Verfügbarkeit eines Therapieplatzes aufzuheben und der Beschwerdeführer aus der Massnahme zu entlassen sei, sofern er nicht bis spätestens am 15. Juli 2017 in die geschlossene Abteilung einer offenen

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 26.05.2021, Nr. 100.2019.324U, Seite 12 Vollzugseinrichtung eintreten könne (vgl. Vorakten BVD [act. 3E] pag. 1542 ff.). Am 7. Juni 2017 teilte die JVA St. Johannsen mit, sie könne den Beschwerdeführer in die BeoT aufnehmen, worauf dieser am 6. Juli 2017 dorthin verlegt wurde (Vorakten BVD [act. 3E] pag. 1588, 1607 ff.).

E. 2.1.6

Gegen die Einweisung in die BeoT führte der Beschwerdeführer erfolglos Beschwerde (vgl. Entscheid der POM vom 5.9.2017, Vorakten BVD [act. 3E] pag. 1666 ff.; Beschluss des Obergerichts vom 4.1.2018, Vorakten BVD [act. 3F] pag. 1945 ff.; BGer 6B_155/2018 vom 22.6.2018). In der JVA St. Johannsen verhielt er sich gemäss Angaben der Vollzugseinrichtung ambivalent. Die Eintrittsphase sei soweit gut verlaufen und der Beschwerdeführer habe sich in der Einzeltherapie konstruktiv mit seiner Ambivalenz auseinandersetzen können. In der Gruppentherapie hingegen habe er massiven Widerstand geleistet, sodass er davon dispensiert worden sei (vgl. Vorakten BVD [act. 3E] pag. 1648, 1664 sowie Vorakten BVD [act. 3F] pag. 1895 ff.). Im Gutachten vom 13. Oktober 2017 kam der begutachtende forensische Psychiater zum Schluss, es müsse angenommen

werden, dass nach wie vor ein hohes Rückfallrisiko für sexuelle Übergriffe auf Kinder und illegale Pornografie bestehe. Die Behandelbarkeit des Beschwerdeführers sei als derart gering einzustufen, dass eine Verlängerung der therapeutischen Massnahme aus forensisch-psychiatrischer Sicht nicht empfohlen werden könne (Vorakten BVD [act. 3F] pag. 1705 ff., 1832, 1837). Die behandelnde Psychologin der JVA St. Johannsen erachtete im Verlaufsbericht vom 28. November 2017 die gutachterliche Legalprognose als zutreffend, die Einschätzung hinsichtlich der Behandelbarkeit indes als verfrüht, weshalb sie eine Verlängerung der stationären Massnahme vorschlug (Vorakten BVD [act. 3F] pag. 1895 ff., 1904 f.). Da die KoFako in ihrer Beurteilung vom 10. Januar 2018 empfahl, die Massnahme infolge Aussichtslosigkeit aufzuheben und Antrag auf Verwahrung zu stellen (Vorakten BVD [act. 3F] pag. 1972 f. und pag. 2076 ff.), hoben die BVD die stationäre Massnahme mit Verfügung vom

E. 2.2

Der Beschwerdeführer stützt sein Staatshaftungsbegehren auf folgende Grundlagen:

E. 2.2.1

Der Kanton haftet für den Schaden, den die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in Ausübung ihrer amtlichen Tätigkeit Dritten widerrechtlich zugefügt haben (Art. 100 Abs. 1 PG vgl. auch Art. 71 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Bern [KV; BSG 101.1]). Für Verletzungen der körperlichen Integrität und schwere Persönlichkeitsverletzungen haben die Geschädigten Anspruch auf eine angemessene Genugtuung (Art. 100 Abs. 3 PG). Die Haftung setzt somit einen Schaden, eine widerrechtliche amtliche Handlung sowie einen (natürlichen und adäquaten) Kausalzusammenhang zwischen dieser und dem Schaden voraus; die Haftungsvoraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein (statt vieler BVR 2014 S. 297 [VGE 2012/65/66 vom 16.4.2014] nicht publ. E. 3.3, 2011 S. 200 E. 2.4.1 f. mit Hinweisen; VGE 2019/416 vom 22.12.2020 E. 2.1, 2018/166 vom 20.6.2019 E. 4.1). Im Bereich des Freiheitsentzugs gilt zudem gestützt auf Art. 25 Abs. 5 KV, dass eine Entschädigungspflicht nicht nur im Fall von Widerrechtlichkeit besteht, sondern auch dann, wenn der Freiheitsentzug ungerechtfertigt war (vgl. Kälin/Bolz, Handbuch des bernischen Verfassungsrechts, 1995, Art. 25 N. 11a f. mit Hinweisen). Widerrechtlich bzw. rechtswidrig ist eine Haft, wenn ihre Anordnung auf einer Verletzung von Rechtsnormen beruht. Als ungerechtfertigt gilt Haft, die zwar rechtmässig angeordnet worden ist, sich aber nachträglich als unbegründet erweist (vgl. BGE 117 IV 209 E. 4c; BGer 2C_809/2018 vom

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 26.05.2021, Nr. 100.2019.324U, Seite 14 18.6.2019 E. 3.5; VGE 2016/21 vom 5.9.2016 E. 2.2, 2010/226 vom 6.12.2011 E. 2.2 [bestätigt durch BGer 2C_99/2012 vom 14.8.2012]; Reto Feller, Das Prinzip der Einmaligkeit des Rechtsschutzes im Staatshaftungsrecht, Diss. Bern 2006, S. 149 f.; Thomas Hugi Yar, Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht, in Uebersax et al. [Hrsg.], Ausländerrecht, 2. Aufl. 2009, N. 10.162). Der Kanton steht weiter für den Schaden ein, den er rechtmässig verursacht hat, wenn Einzelne unverhältnismässig schwer betroffen sind und ihnen nicht zugemutet werden kann, den Schaden selber zu tragen (sog. Billigkeitshaftung; Art. 100 Abs. 2 PG). Während die geschädigte Person gemäss der allgemeinen Beweislastregel von Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) die Beweislast für die Haftungsvoraussetzungen trägt, ist das Gemeinwesen beweispflichtig hinsichtlich möglicher Entlastungstatbestände (Rechtmässigkeit der

Amtshandlung, Selbstverschulden etc.; vgl. BVR 2011 S. 200 E. 2.4.2, 2005 S. 3 E. 3.1; Jürg Wicher, Staatshaftungsrecht, in Müller/Feller [Hrsg.], Bernisches Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2021, S. 143 N. 87 f.; Felix Uhlmann, Schweizerisches Staatshaftungsrecht, 2017, N. 180; Tobias Jaag, Staats- und Beamtenhaftung, SBVR Band I/3, 3. Aufl. 2017, N. 186).

E. 2.2.2

Schadenersatz- und Genugtuungsleistungen können auch direkt gestützt auf die Bestimmungen der EMRK geltend gemacht werden. Nach Art. 5 Ziff. 5 EMRK hat jede Person, die unter Verletzung der Bestimmungen dieses Artikels von Festnahme oder Freiheitsentzug betroffen ist, Anspruch auf Schadenersatz. Voraussetzung ist, dass Vorschriften, wie sie sich aus Art. 5 Ziff. 1-4 EMRK ergeben, verletzt worden sind; ein Verschulden braucht hierfür nicht nachgewiesen zu werden. Art. 5 Ziff. 5 EMRK stellt eine eigenständige Haftungsnorm dar und kommt unabhängig vom kantonalen Recht zur Anwendung. Materiell besteht danach Anspruch auf eigentlichen Schadenersatz ebenso wie auf Genugtuung; der Schaden kann ein rein materieller, ideeller sein (vgl. BGE 129 I 139 E. 2, 125 I 394 E. 5a mit Hinweisen; BGer 6B_747/2016 vom 27.10.2016 E. 3.3.4). Die Geltendmachung eines Entschädigungsanspruchs für unrechtmässige Festnahme oder Haft nach Art. 5 Ziff. 5 EMRK ist auch dann möglich, wenn die Anordnung der Festnahme oder Haft selbst nicht angefochten wurde. Das Verfahren ist sogar zulässig, wenn die Haft zunächst als rechtmässig anerkannt worden

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 26.05.2021, Nr. 100.2019.324U, Seite 15 ist (vgl. BGE 129 I 139 E. 3.1 f., 125 I 394 E. 5d in fine; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, N. 2134).

E. 2.3

Das vom Beschwerdeführer beanstandete Verhalten der ASMV steht unbestrittenermassen im Zusammenhang mit der Ausübung einer amtlichen, nichtgewerblichen Tätigkeit, wobei die gerügten Verhaltensweisen der Mitarbeitenden der ASMV dem Kanton zuzurechnen sind. Umstritten und zu prüfen ist indes, ob dem Kanton Bern ein widerrechtliches Verhalten vorzuwerfen ist, welches kausal für den geltend gemachten Schaden bzw. die vorgebrachte seelische Unbill war bzw. ist (hinten E. 5). Umstritten und vorab zu prüfen ist weiter, ob die Staatshaftungs- und Entschädigungsforderungen verjährt sind (E. 4). An erster Stelle ist die erhobene Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs und des Willkürverbots zu beurteilen. 3. Rechtliches Gehör und Willkürverbot Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe die Verjährung der geltend gemachten Ansprüche von Amtes wegen geprüft, obwohl die BVD in ihrer Stellungnahme zum Staatshaftungsbegehren keine Verjährungseinrede erhoben habe. Damit habe die Vorinstanz für die BVD Partei ergriffen, was in krasser Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderlaufe und das Willkürverbot verletze. Ausserdem habe sie dem Beschwerdeführer zur Frage der Verjährung nicht das rechtliche Gehör gewährt. 3.1 Das rechtliche Gehör (Art. 21 ff. VRPG, Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung [BV; SR 101] und Art. 26 Abs. 2 KV) dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht der Verfahrensbeteiligten beim Erlass von Verfügungen dar, die ihre Rechtsstellung betreffen. Dazu gehört insbesondere das Recht der Betroffenen, sich vor Erlass eines solchen Entscheids zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und

an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst als Mitwirkungsrecht somit alle Befug-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 26.05.2021, Nr. 100.2019.324U, Seite 16 nisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann (BGE 143 V 71 E. 4.1; BVR 2018 S. 281 E. 3.1). Voraussetzung für die Wahrnehmung des Äusserungs- und Anhörungsrechts ist, dass die Behörden die Betroffenen über die wesentlichen Aspekte des Verfahrens orientieren. Der Gehörsanspruch beschlägt in erster Linie Sachverhaltsfragen. Nach der Rechtsprechung hat eine Partei lediglich dann Anspruch, sich zur rechtlichen Würdigung von ihr bekannten Tatsachen zu äussern, wenn die Behörde ihren Entscheid auf eine völlig neue rechtliche Basis zu stützen gedenkt, namentlich wenn sie den Entscheid mit Rechtsnormen oder Rechtsgründen zu begründen beabsichtigt, die im bisherigen Verfahren weder erwähnt noch geltend gemacht worden sind und mit deren Heranziehen sie auch nicht rechnen musste (vgl. BGE 142 III 355 [BGer 4A_364/2015 vom 13.4.2016] nicht publ. E. 2.2 [Pra 106/2017 Nr. 81], 129 II 497 E. 2.2 [Pra 94/2005 Nr. 39]; BVR 2018 S. 139 E. 5.1.1 mit Hinweisen; dazu auch Michel Daum, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 21 N. 22). 3.2 Die von der Vorinstanz geprüfte Frage der Verjährung der geltend gemachten Forderung kann nicht als völlig neuer Rechtsgrund bezeichnet werden, mit dessen Heranziehen nicht gerechnet werden musste. Für die Anerkennung bzw. Bezahlung einer Genugtuungsforderung ist wie grundsätzlich bei allen Forderungen Voraussetzung, dass diese noch nicht verjährt ist. Die Verjährung der Staatshaftung ist zwar, anders als die POM in ihrer Beschwerdeantwort vom 22. Oktober 2019 festhält, regelmässig nicht von Amtes wegen zu prüfen (vgl. BVR 2009 S. 149 E. 4.1). Nachdem das AJV in seiner Stellungnahme vom 26. Februar 2019 entgegen der Behauptung des Beschwerdeführers den (teilweisen) Eintritt der Verjährung geltend gemacht hatte (Vorakten POM [act. 3A] pag. 36 ff., 40), musste der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer jedoch davon ausgehen, dass die Vorinstanz die Frage der Verjährung prüft. Da diese ihm die Möglichkeit einräumte, sich zur Stellungnahme des AJV zu äussern, kann nicht gesagt werden, dass er seinen Standpunkt nicht wirksam hätte zur Geltung bringen können (vgl. BGE 144 I 11 E. 5.3 mit Hinweisen). Daran ändert nichts, dass die Vorinstanz dem Beschwerdeführer nicht ausdrücklich Gelegenheit gegeben hat, sich zur Verjährungsfrage zu äussern. Inwiefern die Vorinstanz in diesem (oder anderem) Zusammenhang den Anspruch des Beschwerdeführers auf

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 26.05.2021, Nr. 100.2019.324U, Seite 17 rechtliches Gehör verletzt haben könnte, ist nicht ersichtlich. Damit ist auch die diesbezüglich erhobene Rüge unbegründet, die Vorinstanz habe das Willkürverbot verletzt (Art. 9 BV bzw. Art. 11 KV; vgl. zum Willkürverbot in der Rechtsanwendung etwa BGE 146 II 111 E. 5.1.1, 141 I 49 E. 3.4 [Pra 104/2015 Nr. 82]). Dass die POM die Verjährung der gegen den Kanton erhobenen Genugtuungsforderung prüfte und in ihrer eingehenden Begründung zum Ergebnis kam, der Anspruch sei teilweise verjährt, kann weder als offensichtlich unhaltbar noch als «Bevorzugung» des ihr unterstellten AJV bzw. des Kantons als Beschwerdegegner bezeichnet werden. Namentlich ist darin kein dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderlaufendes Verhalten zu erblicken, so wenig wie daraus auf fehlende Unvoreingenommenheit der zuständigen Mitarbeitenden der Vorinstanz geschlossen werden könnte (so aber Beschwerde Ziff. 2 S. 5). 4. Verjährung Die Vorinstanz

hat erwogen, der geltend gemachte Haftungsanspruch sei im Zeitpunkt der Einreichung des Staatshaftungsgesuchs (20.10.2017) in Bezug auf den Aufenthalt des Beschwerdeführers vom 22. Juli 2015 bis 29. September 2016 im Regionalgefängnis Thun bereits verjährt gewesen.

E. 4

März 2016 bei der JVA St. Johannsen und beim Massnahmenzentrum Bitzi (Mosnang, St. Gallen) je ein Aufnahmegesuch für den Beschwerdeführer für die bis zum 12. März 2018 (Erreichen der «Höchstdauer» der stationären therapeutischen Massnahme) verbleibende Zeitspanne (vgl. Vorakten BVD [act. 3E] pag. 1263 ff. bzw. 1269 ff.). Die JVA St. Johannsen lehnte es mit Schreiben vom 21. März 2016 ab, den Beschwerdeführer aufzunehmen, und wies darauf hin, dass der Aufenthalt von sechs Monaten auf der geschlossenen Abteilung nicht ausreichen würde, um das infolge seiner «als äusserst dreist zu bezeichnende[n] Entweichung» im Jahr 2008 nachhaltig erschütterte Vertrauen für eine therapeutische Beziehung aufzubauen; die im Fall des Beschwerdeführers zentrale Möglichkeit einer Verlängerung des sechsmonatigen Aufenthalts in einer geschlossenen Abteilung bestehe von vornherein nicht (vgl. Vorakten BVD [act. 3E] pag. 1275 f.). Am 29. März

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 26.05.2021, Nr. 100.2019.324U, Seite 11 2016 lehnte auch das Massnahmenzentrum Bitzi eine Aufnahme des Beschwerdeführers ab, da die verbleibende Behandlungszeit nicht ausreichen würde, um eine sorgsame Integration durchzuführen; es verwies auf die JVA St. Johannsen, weil eine Behandlung des Beschwerdeführers «in einem bekannten Umfeld geeigneter [sei] als in der Ostschweiz», auch wenn dieser dort einmal entwichen sei (vgl. Vorakten BVD [act. 3E] pag. 1277). Weitere Anfragen bei den besagten Einrichtungen blieben ebenfalls erfolglos (vgl. Vorakten BVD [act. 3E] pag. 1278 f., 1280, 1281 f., 1292 f. bzw. 1297 f.). Hierauf kam die ASMV zum Schluss, dass der Entscheid der POM vom 18. Februar 2016 nicht umgesetzt werden könne, worauf sie am 21. Juni 2016 die JVA Solothurn erneut um Aufnahme des Beschwerdeführers ersuchte (vgl. Vorakten BVD [act. 3E] pag. 1302 ff.). Mit Schreiben vom 22. August 2016 bestätigte die JVA Solothurn, dass der Eintritt des Beschwerdeführers in wenigen Wochen erfolgen könne (vgl. Vorakten BVD [act. 3E] pag. 1325). Am 29. September 2016 wurde er schliesslich dorthin verlegt (vgl. Vorakten BVD [act. 3E] pag. 1353 ff.).

E. 4.1

Gemäss Art. 105 PG gelten die Bestimmungen des Schweizerischen Obligationenrechts (OR; SR 220) als ergänzendes kantonales Recht. Mangels entsprechender Normen im PG finden im Staatshaftungsverfahren die obligationenrechtlichen Verjährungsbestimmungen als solches Anwendung (vgl. Vortrag des Regierungsrats betreffend das PG, in Tagblatt des Grossen Rates 2004, Beilage 20, S. 22; vgl. auch BVR 2009 S. 149 E. 4.2). Nach Art. 60 Abs. 1 OR in der bis zum 31. Dezember 2019 gültigen Fassung (AS 27 S. 317) verjährt der Anspruch auf Schadenersatz oder Genugtuung in einem Jahr von dem Tag weg, an dem die geschädigte Person Kenntnis vom Schaden und von der ersatzpflichtigen Person erlangt hat, jedenfalls aber mit Ablauf von zehn Jahren, vom Tag der schädigenden Handlung an gerechnet. Die relative Verjährungsfrist wurde mit der am 1. Januar 2020 in Kraft getretenen Revision des Verjährungsrechts auf drei Jahre verlängert (vgl. Art. 60 Abs. 1 OR). Bestimmt das neue Recht eine längere Frist als das

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 26.05.2021, Nr. 100.2019.324U, Seite 18 bisherige, so gilt das neue Recht, sofern die Verjährung nach bisherigem Recht noch nicht eingetreten ist (Art. 49 Abs. 1 Schlusstitel zum ZGB). Das Staatshaftungsgesuch des Beschwerdeführers datiert vom 20. Oktober 2017. Mit dieser Eingabe wurde die Verjährung unterbrochen, soweit sie nicht bereits eingetreten war. Die Gesetzesänderung bringt zwar eine Verlängerung der relativen Verjährungsfrist, enthält in Bezug auf den Beginn des Fristenlaufs jedoch keine Änderung. Die relative Verjährung ist somit vorliegend nach Massgabe von aArt. 60 Abs. 1 OR zu beurteilen.

E. 4.2

Die relative Verjährungsfrist läuft gemäss aArt. 60 Abs. 1 OR vom Zeitpunkt der Kenntnis des Schadens und der ersatzpflichtigen Person an. Kenntnis vom Schaden hat die geschädigte Person, wenn sie die Beschaffenheit und die wesentlichen Merkmale, d.h. alle tatsächlichen Umstände kennt, die geeignet sind, eine Klage zu veranlassen oder zu begründen (BGE 131 III 61 E. 3.1.1 [Pra 94/2005 Nr. 121], 96 II 39 E. 2a). Das Schadenereignis muss abgeschlossen sein. Dauert es an und kann der Schaden nicht festgestellt werden, beginnt die relative Verjährungsfrist grundsätzlich nicht zu laufen. Ergibt sich mithin das Ausmass des Schadens aus einem Sachverhalt, der sich weiterentwickelt, so beginnt die Verjährung nicht vor Abschluss dieser Entwicklung zu laufen (BGE 126 III 161 E. 3c [Pra 90/2001 Nr. 80], 112 II 118 E. 4, 108 Ib 97 E. 1c, 96 II 39 E. 2a; BGer 2C_372/2018 vom 25.7.2018 E. 3.1; vgl. auch Felix Uhlmann, a.a.O., N. 158 ff.; Tobias Jaag, a.a.O., N. 182a ff.; Claire Huguenin, Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl. 2019, N. 2241). Analoge Grundsätze gelten in Bezug auf den Beginn der absoluten Verjährung: Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann sich das schädigende Verhalten über einen grösseren Zeitraum erstrecken. Bei wiederholtem oder andauerndem schädigendem Verhalten ist der Tag, an dem dieses Verhalten aufhört, für den Beginn des Fristenlaufs massgebend (BGE 146 III 14 E. 6.1.2 mit Hinweisen, vgl. auch BGE 92 II 1 E. 5b). Gemäss der seit 1. Januar 2020 gültigen Fassung von Art. 60 Abs. 1 OR wird die absolute Verjährung von dem Tage an gerechnet, an welchem das schädigende Verhalten «erfolgte oder aufhörte». Damit wollte der Gesetzgeber den Beginn der Frist im Hinblick auf Fälle präzisieren, in denen das schädigende Ereignis wiederholt eintritt oder in einer dauerhaften Handlung besteht (Botschaft zur Änderung des Obligationen-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 26.05.2021, Nr. 100.2019.324U, Seite 19 rechts [Verjährungsrecht] vom 29. November 2013, in BBI 2014 S. 235 ff., S. 252).

E. 4.3

Der vom Beschwerdeführer gerügte, angeblich staatshaftungsbe gründende Sachverhalt umfasst ein schädigendes Verhalten, das sich über einen Zeitraum von gut 23 Monaten erstreckte (ab Einweisung in das Regio- nalgefängnis Thun am 22.7.2015 bis zum Eintritt in die BeoT der JVA St. Johannsen am 6.7.2017; vgl. vorne E. 2.1.3 ff., auch zum Folgenden). Der Beschwerdeführer begründet die Widerrechtlichkeit damit, in für den Vollzug der ihm auferlegten Massnahme grundsätzlich ungeeigneten Einrichtungen resp. in einem «für ihn nicht vorgesehenen Vollzugsregime» ohne entsprechende Therapie untergebracht worden zu sein. Die Aufenthalte in den als ungeeignet gerügten Institutionen beruhen zwar jeweils auf einzelnen Verle- gungsverfügungen. Das allenfalls

widerrechtliche und damit staatshaftungs- begründende Verhalten endete indes nicht mit dem Wechsel in eine andere, ebenfalls mutmasslich ungeeignete Anstalt, sondern erst mit dem Eintritt in die BeoT der JVA St. Johannsen. Auch das gerügte nachlässige Verhalten der ASMV, sich nicht mit dem nötigen Nachdruck um eine zeitnahe Unter- bringung des Beschwerdeführers in einer geeigneten Einrichtung bemüht zu haben, endete erst mit diesem Eintritt. Da die Widerrechtlichkeit gerade auch mit Blick auf die gesamte Dauer der Unterbringung in grundsätzlich ungeeig- neten Einrichtungen zu beurteilen ist (vgl. hinten E. 5.2 ff., 5.5), sind die gerügten, zeitlich nahtlos aneinander anschliessenden Aufenthalte (auch) verjährungsrechtlich als Einheit zu betrachten. Die behauptete schädigende Handlung endete somit am letzten Tag der als widerrechtlich gerügten Unter- bringung des Beschwerdeführers. Erst am 6. Juli 2017, d.h. mit der Verle- gung in die JVA St. Johannsen als unstreitig für den weiteren Vollzug der stationären Massnahme geeignete Institution, war die Entwicklung des Sachverhalts abgeschlossen und konnte der Beschwerdeführer die wesent- lichen Merkmale des von ihm geltend gemachten Genugtuungsanspruchs kennen. Die Verjährungsfrist gemäss Art. 105 PG i.V.m. aArt. 60 Abs. 1 OR begann am Folgetag dieser Verlegung, also am 7. Juli 2017 zu laufen. Die Einreichung des Staatshaftungsgesuchs am 20. Oktober 2017 erfolgte somit entgegen den vorinstanzlichen Ausführungen auch in Bezug auf den Aufent- halt im Regionalgefängnis Thun rechtzeitig vor Ablauf der relativen Verjäh- rungsfrist.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 26.05.2021, Nr. 100.2019.324U, Seite 20 5. Widerrechtlichkeit Im Folgenden ist zu prüfen, ob dem Kanton Bern ein widerrechtliches Ver- halten vorzuwerfen ist. 5.1 Nach dem staatshaftungsrechtlichen Widerrechtlichkeitsbegriff gilt, gleich wie nach Art. 41 OR, eine Schadenszufügung als widerrechtlich, wenn sie gegen eine allgemeine gesetzliche Pflicht verstösst, indem entweder ab- solute Rechte (wie Leib, Leben, Eigentums- und Persönlichkeitsrechte) der geschädigten Person beeinträchtigt werden (Erfolgsunrecht) oder eine reine Vermögensschädigung durch Verstoss gegen eine Norm bewirkt wird, die nach ihrem Zweck vor derartigen Schäden schützen soll (Verhaltensun- recht). Liegt eine Verletzung absoluter Rechte ohne Rechtfertigungsgrund vor, so ergibt sich die Rechtswidrigkeit der schädigenden Handlung grund- sätzlich direkt aus diesem Erfolg, ohne dass es zusätzlich eines verpönten Verhaltens bedürfte (vgl. BGE 146 IV 211 E. 3.2, 144 I 318 E. 5.5 [Pra 108/2019 Nr. 94], 139 IV 137 E. 4.2, 135 V 373 E. 2.4; BGer 2C_227/2020 vom 21.8.2020 E. 7; BVR 2014 S. 297 E. 4.2, 2011 S. 200 E. 4.2.1, 2008 S. 163 E. 5.2; VGE 2018/166 vom 20.6.2019 E. 4.2). – Der Beschwerdefüh- rer rügt eine durch die Inhaftierung in falschem Setting verursachte Verlet- zung der körperlichen Integrität bzw. schwere Persönlichkeitsverletzung. Im Regionalgefängnis Thun und in der JVA Solothurn sei ihm die gerichtlich ver- fügte Therapie nicht gewährt worden. Ausserdem habe die ASMV wider- rechtlich gehandelt, indem sie ihn nicht, wie mit Entscheid der POM vom 18. Februar 2016 (Vorakten BVD [act. 3E] pag. 1241 ff.) angeordnet, in die geschlossene Abteilung einer offenen Vollzugseinrichtung versetzt habe. Angesichts der Unterbringung des Beschwerdeführers in einer grundsätzlich für den Vollzug der stationären therapeutischen Massnahme ungeeigneten bzw. im Fall der JVA Solothurn einer nicht der behördlich angeordneten Voll- zugsform entsprechenden Institution (vgl. dazu hinten E. 5.4) ist die Beein- trächtigung eines absoluten Rechtsguts plausibel dargetan. Es ist deshalb zu prüfen, ob ein Rechtfertigungsgrund vorliegt, der eine Widerrechtlichkeit ausschliesst.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 26.05.2021, Nr. 100.2019.324U, Seite 21 5.2 Wichtigster Rechtfertigungsgrund im Staatshaftungsrecht ist die Erfüllung einer Amtspflicht bzw. die rechtmässige Ausübung öffentlicher Gewalt. Eine amtliche Tätigkeit wirkt dann rechtfertigend, wenn der Schaden entweder Zweck oder unvermeidliche Begleiterscheinung einer Handlung im Rahmen staatlicher Aufgabenerfüllung ist. Eine Schädigung bei Erfüllung einer Amtspflicht lässt sich jedoch nur insoweit rechtfertigen, als die getroffenen Massnahmen ordnungsgemäss sind und insbesondere den Grundsatz der Verhältnismässigkeit wahren (BGE 123 II 577 E. 4i; vgl. auch VGE 2018/166 vom 20.6.2019 E. 4.3; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N. 2116; Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 62 N. 35, 38; Jürg Wichtermann, a.a.O., S. 140 N. 77 f.; Tobias Jaag, a.a.O., N. 129 ff. und N. 140; Josianne Magnin, Die Polizei: Aufgaben, rechtsstaatliche Grenzen und Haftung, 2017, S. 425; Oftinger/Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band II/1, 4. Aufl. 1995, N. 227). Ob vorliegend das gerügte Verhalten der ASMV rechtfertigend wirkt und sich der Beschwerdegegner auf die (rechtmässige) amtliche Tätigkeit der ASMV berufen kann, ist im Licht der massnahmenrechtlichen Bestimmungen des StGB und des JVG bzw. des auf den vorliegenden Sachverhalt noch anwendbaren alten Gesetzes vom 25. Juni 2003 über den Straf- und Massnahmenvollzug (SMVG; BAG 04-25; in Kraft bis 30.11.2018) im Verbund mit Art. 3 und Art. 5 EMRK und der dazu ergangenen Rechtsprechung zu beurteilen. 5.2.1 Nach Art. 59 StGB kann das Strafgericht eine stationäre Behandlung anordnen, wenn die Täterin oder der Täter psychisch schwer gestört ist, das Verbrechen oder Vergehen mit der psychischen Störung in Zusammenhang steht und zu erwarten ist, dadurch lasse sich der Gefahr weiterer mit der psychischen Störung in Zusammenhang stehender Taten begegnen (Abs. 1). Die stationäre Behandlung erfolgt in einer geeigneten psychiatrischen Einrichtung oder einer Massnahmenvollzugseinrichtung (Abs. 2). Solange die Gefahr besteht, dass die Täterin oder der Täter flieht oder weitere Straftaten begeht, wird sie bzw. er in einer geschlossenen Einrichtung behandelt. Die Behandlung kann auch in einer Strafanstalt erfolgen, sofern die nötige Therapie durch Fachpersonal gewährleistet ist (Abs. 3). Das Gericht ordnet eine Massnahme in der Regel nur an, wenn eine geeignete Einrichtung zur Verfügung steht (Art. 56 Abs. 5 StGB), wobei die konkrete Bereitschaft einer geeigneten Institution, die betroffene Person aufzunehmen,

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 26.05.2021, Nr. 100.2019.324U, Seite 22 nicht Voraussetzung für die Anordnung der Massnahme ist (vgl. BGer 6B_326/2020 vom 17.4.2020 E. 3.5 mit Hinweisen; Marianne Heer, in: Basler Kommentar, Strafrecht I, 4. Aufl. 2019, Art. 56 N. 89). Die sachverständige Begutachtung, auf die sich die gerichtliche Anordnung der Massnahme stützt, äussert sich (auch) über die Möglichkeiten des Vollzugs der Massnahme (vgl. Art. 56 Abs. 3 Bst. c StGB). Die Massnahme wird aufgehoben, wenn eine geeignete Einrichtung nicht oder nicht mehr existiert (Art. 62c Abs. 1 Bst. c StGB). Diese Bestimmung ist nach der Rechtsprechung nicht nur anwendbar, wenn überhaupt keine geeignete Einrichtung (mehr) existiert, sondern auch dann, wenn es für die betroffene Person keinen Platz in einer geeigneten Einrichtung gibt (vgl. BGer 6B_294/2020 vom 24.9.2020 E. 4.1, 6B_840/2019 vom 15.10.2019 E. 2.3 f., 6B_1001/2015 und 6B_1147/2015 vom 29.12.2015 E. 3.2, je mit Hinweisen; vgl. auch Heer/Habermeyer, in: Basler Kommentar, Strafrecht I, 4. Aufl. 2019, Art. 59 N. 91; Marianne Heer, ebenda, Art. 59 N. 100b f.). Art. 62c Abs. 1 Bst. c StGB ist restriktiv auszulegen (vgl. Marianne Heer, a.a.O., Art. 56 N. 87, Art. 62c N. 24). Gemäss Art. 10 Abs. 1 Bst. g SMVG dienen die Gefängnisse unter anderem dem Vollzug von

Massnahmen, die aus Sicherheits-, Disziplinar- oder Platzgründen vorübergehend nicht anderswo vollzogen werden können (vgl. soweit hier interessierend übereinstimmend Art. 9 Abs. 2 Bst. a JVG). Art. 30 SMVG bestimmt, dass die zuständige Stelle der POM Eingewiesene zur Fortsetzung des Vollzugs in eine andere Vollzugseinrichtung, in eine psychiatrische Klinik oder in eine anerkannte private Institution verlegen kann, wenn ihr Zustand, ihr Verhalten oder die Sicherheit dies notwendig machen, ihre Behandlung dies erfordert oder ihre Eingliederung dadurch eher erreicht wird (Abs. 1). Aus Sicherheits-, Disziplinar- oder Platzgründen können Eingewiesene vorübergehend in ein Gefängnis verlegt werden. Verlegungen bis zu einer Dauer von drei Wochen können durch die Leitung der Vollzugseinrichtung angeordnet werden. Längerfristige Verlegungen sind durch die zuständige Stelle der Polizei- und Militärdirektion anzuordnen (Abs. 2; vgl. soweit hier interessierend übereinstimmend Art. 18 JVG). Art. 377 Abs. 3 StGB schreibt den Kantonen ausdrücklich vor, die vom Gesetz für den Massnahmenvollzug vorgesehenen Einrichtungen zu errichten und zu betreiben.

5.2.2 Die persönliche Freiheit ist grundrechtlich geschützt und darf einer Person nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen und nur auf die im Gesetz Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 26.05.2021, Nr. 100.2019.324U, Seite 23 vorgeschriebene Weise entzogen werden (Art. 10 Abs. 2 und Art. 31 Abs. 1 BV; Art. 5 EMRK). Gemäss Art. 5 Ziff. 1 EMRK darf der betroffenen Person die Freiheit insbesondere entzogen werden, wenn sie rechtmässig nach Verurteilung durch ein zuständiges Gericht in Haft gehalten wird (Bst. a) oder wenn ihr die Freiheit rechtmässig entzogen wird, weil sie psychisch krank ist (Bst. e). Der Freiheitsentzug unter dem Titel von Art. 5 Ziff. 1 Bst. e EMRK ist unter drei Bedingungen zulässig: Die psychische Störung muss beweis- mässig erstellt sein, der Freiheitsentzug muss durch den Charakter oder den Schweregrad der Störung legitimiert sein und der Freiheitsentzug darf nur bei persistierender Störung aufrecht erhalten werden (Europäischer Menschenrechtshof [EGMR] 43977/13 vom 9.1.2018, Kadusic gegen Schweiz, Ziff. 42; BGer 6B_294/2020 vom 24.9.2020 E. 4.2, 6B_121/2019 vom 12.6.2019 E. 3.2, 6B_976/2018 vom 18.10.2018 E. 1.3, je mit Hinweisen). Nach der Rechtsprechung des EGMR ist der Freiheitsentzug einer psychisch kranken Person nur dann im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. e EMRK rechtmässig, wenn er in einem Spital, einer Klinik oder einer anderen geeigneten Institution vollzogen wird (EGMR 43977/13 vom 9.1.2018, Kadusic gegen Schweiz, Ziff. 45; 43368/08 vom 27.1.2015, Papillo gegen Schweiz, Ziff. 42; 8225/78 vom 28.5.1985, Ashingdane gegen Vereinigtes Königreich, Ziff. 44). Der Umstand, dass die betroffene Person übergangsweise nicht in einer geeigneten Einrichtung untergebracht ist (sog. Organisationshaft; vgl. etwa BGer 6B_294/2020 vom 24.9.2020 E. 4.2, 5.1; Marianne Heer, a.a.O., Art. 59 N. 100c), hat nach der Rechtsprechung des EGMR indes nicht automatisch die Rechtswidrigkeit des Freiheitsentzugs zur Folge. Bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Unterbringung einer massnahmenunterworfenen Person in einer Straf- oder Haftanstalt sind vielmehr auch die Bemühungen der Behörden zu berücksichtigen, eine geeignete Einrichtung zu finden. Dafür muss diesen eine angemessene Zeitspanne zugebilligt werden (vgl. EGMR 43368/08 vom 27.1.2015, Papillo gegen Schweiz, Ziff. 43 und 46; 43418/09 vom 10.1.2013, Claes gegen Belgien, Ziff. 115; 27428/07 vom 13.10.2009, De Schepper gegen Belgien, Ziff. 48; BGE 142 IV 105 E. 5.8.1; BGer 6B_294/2020 vom 24.9.2020 E. 4.2, 6B_1320/2019 vom 29.1.2020 E. 2.1, 6B_330/2019 vom 5.9.2019 E. 1.1.2, 6B_817/2014 vom 2.4.2015 E. 3.2.2 f.). Der EGMR trägt mit dieser Rechtsprechung dem Umstand Rechnung, dass eine gewisse Diskrepanz zwischen verfügbaren und benötigten Klinikplätzen unvermeidbar und daher gerechtfertigt ist. Bereits eine relativ

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 26.05.2021, Nr. 100.2019.324U, Seite 24 kurze Wartezeit gilt aber als nicht mehr zumutbar, wenn sie auf einen seit Jahren bekannten strukturell bedingten Mangel an Einrichtungskapazitäten zurückzuführen ist (vgl. EGMR 48865/99 vom 11.5.2004, Morsink gegen Niederlande, Ziff. 67 ff.; 49902/99 vom 11.5.2004, Brand gegen Niederlande, Ziff. 64 ff.; BGE 142 IV 105 E. 5.8.2, 138 III 593 E. 8.2, je mit Hinweisen; BGer 6B_294/2020 vom 24.9.2020 E. 4.2; Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl. 2021, § 21 N. 44; Meyer-Ladewig et al., in: EMRK, Handkommentar, 4. Aufl. 2017, Art. 5 N. 56; Gonin/Bigler, Convention européenne des droits de l'homme, 2018, Art. 5 N. 96 f.). In der Schweiz besteht gemäss der Rechtsprechung des EGMR kein struktureller Mangel an Therapieplätzen für psychisch kranke Straftäter (vgl. EGMR 43368/08 vom 27.1.2015, Papillo gegen Schweiz, Ziff. 46; daran anschliessend etwa BGE 142 IV 105 E. 5.8.2; BGer 6B_294/2020 vom 24.9.2020 E. 5.5; vgl. dazu auch hinten E. 5.5.6). 5.2.3 Dieselben Schranken für Organisationshaft ergeben sich aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts: Danach ist eine längerfristige Unterbringung von zu einer Massnahme verurteilten Personen in einer Straf- oder Haftanstalt, jedenfalls soweit die Voraussetzungen von Art. 59 Abs. 3 StGB nicht erfüllt sind, unzulässig. Freiheitsentzug ist bei einer behandlungsbedürftigen Person grundsätzlich nur rechtmässig, wenn er in einem Krankenhaus, einer Klinik oder einer anderen hierfür geeigneten Institution erfolgt. Damit ist der Staat (konkret: die Kantone) verpflichtet, in hinreichendem Umfang Plätze in geeigneten Einrichtungen bereitzustellen, sodass die Betroffenen angemessen untergebracht werden können. Ein übergangsweiser Aufenthalt in einer Straf- oder Haftanstalt ist solange zulässig, als dies erforderlich ist, um eine geeignete Einrichtung zu finden. Verstreicht infolge bekannter Kapazitätsschwierigkeiten jedoch längere Zeit bis zur adäquaten Platzierung der betroffenen Person, verstösst die Inhaftierung in einer Straf- anstalt unter Umständen gegen Art. 5 EMRK. Insoweit kommt auch der Intensität der behördlichen Bemühungen für eine geeignete Unterbringung Bedeutung zu (BGE 142 IV 105 E. 5.8.1 f.; BGer 6B_294/2020 vom 24.9.2020 E. 5.1, 6B_840/2019 vom 15.10.2019 E. 2.5.3, je mit Hinweisen). Leitet die zuständige Vollzugsbehörde nicht umgehend die Einweisung in eine Therapieeinrichtung in die Wege und handelt sie nicht zielstrebig, kann dies einen verfassungs- bzw. konventionswidrigen Freiheitsentzug begrün-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 26.05.2021, Nr. 100.2019.324U, Seite 25 den (vgl. Marianne Heer, a.a.O., Art. 59 N. 100c). Nebst den Bemühungen der Vollzugsbehörde, eine geeignete Massnahmenvollzugseinrichtung zu finden, sind praxismässig auch das Verhalten der betroffenen Person und weiter der Umstand zu berücksichtigen, ob bzw. inwieweit diese bereits vor ihrem Eintritt in eine geeignete Einrichtung die erforderliche Therapie erhält (vgl. BGE 142 IV 105 E. 5.8.1; BGer 6B_840/2019 vom 15.10.2019 E. 2.5.4, 6B_1001/2015 und 6B_1147/2015 vom 29.12.2015 E. 9.2). Weiter ist zu beachten, dass der Zweck der Massnahme (die Resozialisierung durch eine geeignete Therapie) nicht durch einen unverhältnismässig langen Aufenthalt in einer Straf- oder Haftanstalt ohne adäquate Behandlung vereitelt werden soll: Liegt der wahre Zweck der Massnahme bloss (noch) in der Sicherung der betroffenen Person, ist ein solchermaßen begründeter Freiheitsentzug nur unter den strengen Voraussetzungen zulässig, die für eine Verwahrung gelten (vgl. BGE 142 IV 105 E. 5.8.1 in fine). Das Bundesgericht hat mit Blick auf die Unterbringung in einer ungeeigneten Einrichtung aber teils auch längere Zeitspannen akzeptiert: So hat es erwogen, eine Dauer von etwas mehr als fünf Monaten, in der die betroffene Person in einem Gefängnis untergebracht war und

wöchentliche Gespräche mit einer Psychologin führte sowie eine psychopharmakologische Behandlung erhielt, verstosse nicht gegen Art. 5 Abs. 1 Bst. e EMRK (BGer 6B_817/2014 vom 2.4.2015 E. 3.5.2). Im Fall eines von einer stationären therapeutischen Massnahme gemäss Art. 61 StGB betroffenen jungen Erwachsenen, der während elf Monaten ohne Behandlung in einem Gefängnis untergebracht war, verneinte das Bundesgericht eine Verletzung von Art. 5 Ziff. 1 Bst. e EMRK ebenfalls (BGer 6B_330/2019 vom 5.9.2019 E. 1.3.2). Ebenso befand es den Aufenthalt in einem Regionalgefängnis während gut zehn Monaten nach der «Zurverfügungstellung» durch eine Massnahmenvollzugseinrichtung zwar als lang, angesichts der wegen der Therapieverweigerung der Betroffenen schwierigen Ausgangslage jedoch «gerade noch [als] vertretbar» (BGer 6B_840/2019 vom 15.10.2019 E. 2.5.5). Selbst eine Wartezeit von zwei Jahren und fünf Monaten in einer ungeeigneten Einrichtung erachtete das Bundesgericht als zulässig, wobei allerdings im fraglichen Verfahren das Obergericht des Kantons Bern bereits angeordnet hatte, dass bis zu einem bestimmten Zeitpunkt ein Übertritt der betroffenen Person in eine psychiatrische Klinik oder andernfalls die Aufhebung der Massnahme erfolgen müsse (BGer 6B_1001/2015 und 6B_1147/2015 vom 29.12.2015 E. 9.2).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 26.05.2021, Nr. 100.2019.324U, Seite 26 5.2.4 Aus den vorstehenden Erwägungen und der zitierten Rechtsprechung des EGMR und des Bundesgerichts lässt sich keine absolute Frist oder bestimmte Dauer ableiten, nach deren Ablauf ein Freiheitsentzug in einer ungeeigneten Einrichtung bundesrechts- bzw. konventionswidrig ist. Vielmehr hängt das zumutbare Mass für eine Wartezeit bzw. die Rechtmässigkeit der Dauer der sog. Organisationshaft namentlich von der Intensität der Bemühungen der zuständigen Vollzugsbehörden für eine geeignete Platzierung ab, wobei stets der konkrete Einzelfall aufgrund einer Interessenabwägung unter Berücksichtigung aller weiteren relevanten Umstände zu beurteilen ist. Dabei ist die übergangsweise Unterbringung einer massnahmenunterworfenen Person in einer Straf- oder Haftanstalt in der Regel solange zulässig, als sie bei hinreichenden behördlichen Bemühungen erforderlich ist, um eine geeignete Einrichtung für den Vollzug der Massnahme zu finden. 5.3 Die Vorinstanz hat, da sie von einer teilweisen Verjährung des geltend gemachten Genugtuungsanspruchs ausgegangen ist (vgl. vorne E. 4), einzig den Aufenthalt des Beschwerdeführers in der JVA Solothurn auf Rechtmässigkeit überprüft. Sie führt diesbezüglich aus, dessen Unterbringung in der JVA Solothurn habe nicht gegen Art. 5 Ziff.1 Bst. e EMRK verstossen, da es sich dabei um eine für den Vollzug von stationären Massnahmen geeignete Einrichtung handle und er dort eine adäquate Therapie erhalten habe. Der Beschwerdeführer habe wöchentliche störungs- und delikt-orientierte Einzeltherapiesitzungen sowie eine themenzentrierte Interaktionsgruppe besucht. Zudem sei versucht worden, ihn für eine Teilnahme am Gruppentraining für Sexualstraftäter («ASAT Suisse») zu motivieren, was er jedoch abgelehnt habe. Es liege aus den genannten Gründen keine schwere Persönlichkeitsverletzung vor. Auch aus dem Umstand, dass die JVA Solothurn eine geschlossene Einrichtung sei, ergebe sich keine schwere Persönlichkeitsverletzung, zumal weder die POM noch das Obergericht eine Unterbringung in einem offenen Setting angeordnet hätten, sondern es vielmehr um eine Verlegung auf eine geschlossene Abteilung einer offenen Einrichtung gegangen sei. Vor dem Hintergrund der mehrfachen Platzierungsbemühungen der ASMV und des Umstands, dass der Aufenthalt in einer Massnahmeninstitution wie der JVA Solothurn einem weiteren Aufenthalt in einem Regionalgefängnis vorzuziehen gewesen sei, könne den Vollzugs-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 26.05.2021, Nr. 100.2019.324U, Seite 27 behörden weder eine unentschuld bare Fehlleistung noch eine wesentliche Amtspflichtverletzung oder ein Ermessensmissbrauch vorgeworfen werden (angefochtene Verfügung E. II/4c S. 6 f.). – Der Beschwerdeführer hält den vorinstanzlichen Erwägungen entgegen, er sei vom 22. Juli 2015 bis zum 6. Juli 2017 ununterbrochen in einem für ihn nicht vorgesehenen Vollzugs- regime ohne geeignete Therapie untergebracht gewesen. Sowohl der Ent- scheid der Vorinstanz vom 18. Februar 2016 als auch der Beschluss des Obergerichts vom 9. Mai 2017 hätten ausdrücklich festgehalten, dass er in eine geschlossene Abteilung einer offenen Vollzugseinrichtung zu versetzen sei. Die JVA Solothurn sei für die angeordnete Vollzugsform offensichtlich ungeeignet, was sich auch daraus ergebe, dass der Beschluss des Oberge- richts zu einem Zeitpunkt erfolgte, als der Beschwerdeführer bereits dort un- tergebracht gewesen sei (Beschwerde Ziff. 2 S. 4 ff.). 5.4 Der Beschwerdeführer wurde per 22. Juli 2015 in das Regionalge- fängnis Thun verlegt, nachdem die JVA Thorberg den Vollzug der Mass- nahme mangels Aussicht auf ein therapeutisches Weiterkommen abgebro- chen und den Beschwerdeführer der ASMV «zur Verfügung gestellt» hatte. Nach gut 14 Monaten (am 29.9.2016) wechselte er in die JVA Solothurn und nach weiteren 9 Monaten erfolgte der Eintritt in die JVA St. Johannsen (vgl. vorne E. 2.1.3 ff.). Es ist unbestritten, dass das Regionalgefängnis Thun keine geeignete Einrichtung für den Vollzug der stationären Massnahme war. Im Gegensatz zum Beschwerdeführer geht die Vorinstanz aber davon aus, dass die JVA Solothurn für den Vollzug der stationären Massnahme geeignet gewesen sei. Die JVA Solothurn ist eine Massnahmenvollzugsein- richtung des Strafvollzugskonkordats Nordwest- und Innerschweiz. Als Voll- zugsform bietet sie einen geschlossenen Massnahmenvollzug an (vgl. Ver- zeichnis der Konkordatsinstitutionen vom 26.4.2017, einsehbar unter <www.konkordate.ch>, Rubrik «Konkordatliche Erlasse»). In ihrem Ent- scheid vom 18. Februar 2016 wies die POM die ASMV indes ausdrücklich an, den Beschwerdeführer in eine geschlossene Abteilung einer offenen Massnahmenvollzugseinrichtung einzuweisen. Die POM wies zudem in ihrem Entscheid vom 13. Dezember 2016 (betreffend die Verfügung der ASMV vom 23.9.2016, mit der u.a. die Verlegung des Beschwerdeführers in die JVA Solothurn angeordnet worden war) die JVA St. Johannsen an, den nächsten freien Platz auf der BeoT mit dem Beschwerdeführer zu besetzen.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 26.05.2021, Nr. 100.2019.324U, Seite 28 Auch das Obergericht ordnete mit Beschluss vom 9. Mai 2017 ausdrücklich die Verlegung des Beschwerdeführers in die geschlossene Abteilung einer offenen Vollzugseinrichtung bzw. dessen Entlassung aus der Massnahme an, falls innert Frist kein entsprechender Therapieplatz zur Verfügung stehe (vgl. vorne E. 2.1.4 f.). – Die JVA Solothurn ist keine offene Vollzugseinrich- tung. Wenngleich sie für den (geschlossenen) Massnahmenvollzug eine ge- eignete Institution ist, war sie angesichts der Anordnung, wonach die Mass- nahme des Beschwerdeführers in der geschlossenen Abteilung einer offe- nen Vollzugseinrichtung weiterzuführen sei, vorliegend für die Weiterführung der stationären Massnahme ungeeignet. Es ist mit dem Beschwerdeführer davon auszugehen, dass er erst mit seiner Verlegung in die JVA St. Johann- sen, die einen offenen Massnahmenvollzug anbietet und mit der BeoT auch eine geschlossene Station führt, wieder in einer für den weiteren Vollzug der stationären Massnahme geeigneten Einrichtung untergebracht war. 5.5 Im Licht der in E. 5.2 dargelegten Aspekte ist im Folgenden na- mentlich zu prüfen, ob die Bemühungen der ASMV, für den Beschwerde- führer einen Platz in einer geschlossenen Abteilung einer offenen Vollzugs- einrichtung zu

finden, ausreichend waren. Grundsätzlich ist hierfür das gesamte behördliche Verhalten der ASMV in der fraglichen Zeitspanne massgebend und unter Berücksichtigung der weiteren relevanten Aspekte zu würdigen. Die allfällige Widerrechtlichkeit ist im Ergebnis mit Blick auf die Gesamtdauer der Unterbringung in ungeeigneten Einrichtungen zu beurteilen; das beanstandete behördliche Verhalten endete erst mit der Verlegung in die geschlossene Abteilung einer offenen Vollzugseinrichtung (vgl. auch vorne E. 4.3). Soweit sich dabei das angeblich staatshaftungsbegründende behördliche Verhalten nicht auf Realakte der Vollzugsbehörden, sondern auf formell rechtskräftige Rechtsakte der Massnahmenvollzugsbehörden und -gerichte bezieht, muss sich der Beschwerdeführer deren Rechtmässigkeit nicht entgegengehalten lassen. Sind wie vorliegend Entschädigungsansprüche unmittelbar gestützt auf Art. 5 EMRK zu beurteilen, kommt das auch im Staatshaftungsrecht des Kantons Bern an sich zu beachtende Prinzip der Einmaligkeit des Rechtsschutzes, wonach die Rechtmässigkeit formell rechtskräftiger Verfügungen, Entscheide und Urteile in einem Staatshaftungsverfahren nicht mehr überprüft werden kann (vgl. BVR 2014 S. 297 E. 4.3.1, 2008 S. 569 E. 3.3.2, 2000 S. 537 E. 2b), ausnahmsweise nicht

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 26.05.2021, Nr. 100.2019.324U, Seite 29 zum Tragen (vgl. BGE 129 I 139 E. 3.1, 126 I 144 E. 2a; Reto Feller, a.a.O., S. 151 ff.; vgl. auch vorne E. 2.2.2). 5.5.1 Die Vorinstanz macht nicht geltend, dass die Voraussetzungen für eine Unterbringung und Behandlung des Beschwerdeführers in einer Strafanstalt nach Art. 76 Abs. 2 StGB erfüllt und die nötige therapeutische Behandlung durch Fachpersonal im Regionalgefängnis Thun vollumfänglich gewährleistet gewesen wären (Art. 59 Abs. 3 StGB; vgl. BGE 142 IV 105 E. 5.8.1). Es stellt sich mit Blick auf die Zulässigkeit und die Dauer der Aufenthalt in den beiden Institutionen dennoch jeweils auch die Frage, inwieweit der Beschwerdeführer während dieser Zeit eine therapeutische Behandlung erhalten konnte. Während den 14 Monaten im Regionalgefängnis Thun erhielt der Beschwerdeführer keine delikt- und störungsorientierte Therapie, wie sie im Rahmen des Massnahmenvollzugs in der Therapieabteilung der JVA Thorberg etabliert worden war, jedoch hatte abgebrochen werden müssen (vgl. vorne E. 2.1.3 und 5.4, auch zum Folgenden). Ziel der Unterbringung in einem Regionalgefängnis war nach der Zurverfügungstellung durch die JVA Thorberg in einem ersten Schritt die Abklärung, ob und in welchem Setting der Vollzug der stationären Massnahme weitergeführt werden sollte. Die vorübergehende Platzierung in einem Regionalgefängnis war unumgänglich geworden, nachdem die Massnahme in der JVA Thorberg am Verhalten des Beschwerdeführers gescheitert war. Die JVA Thorberg erachtete eine Verlegung des Beschwerdeführers in den offenen Vollzug angesichts seines mangelhaften therapeutischen Engagements als verfrüht und empfahl die Verlegung in eine andere geschlossene Massnahmeneinrichtung. Die ASMV beabsichtigte entgegen dieser Empfehlung, den Beschwerdeführer nach einem Eintritt über eine geschlossene Abteilung und anschliessenden Lockerungsschritten in ein offenes Vollzugsregime einzuweisen. Im Hinblick hierauf wurde eine Beurteilung durch die KoFako eingeholt, bevor der Beschwerdeführer bei mehreren Vollzugseinrichtungen angemeldet wurde (vgl. Vorakten BVD [act. 3E] pag. 1114). Auch im Regionalgefängnis Thun war indessen der Zugang zu medizinischer und psychologischer Grundversorgung stets gewährleistet und hätten entsprechende Fachpersonen bei Bedarf jederzeit hinzugezogen werden können. Die JVA Solothurn, in welcher sich der Beschwerdeführer unmittelbar nach der übergangsweisen Unterbringung im Regionalgefängnis für gut neun Monate aufhielt, war für

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 26.05.2021, Nr. 100.2019.324U, Seite 30 den Massnahmenvollzug des Beschwerdeführers nur deshalb ungeeignet, weil es sich um eine geschlossene Institution handelt, in der ein allfälliger späterer Wechsel in ein offenes Vollzugsregime nicht möglich war. Es bestanden aber ausreichende Therapiemöglichkeiten, um den Beschwerdeführer entsprechend der angeordneten Massnahme angemessen zu behandeln. Gemäss Austrittsbericht der JVA Solothurn vom 10. Oktober 2017 fanden wöchentliche, störungs- und deliktorientierte Einzeltherapiesitzungen statt und besuchte der Beschwerdeführer eine themenzentrierte Interaktionsgruppe. Auch die Teilnahme an einem Gruppentraining für Sexualstraftäter wäre möglich gewesen, was er jedoch ablehnte (vgl. Vorakten BVD [act. 3F] pag. 1863 ff.; vorne E. 5.3). In Übereinstimmung mit der Vorinstanz ist somit davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer in der JVA Solothurn grundsätzlich adäquat therapiert wurde. Die Behauptung in der Beschwerde, es sei ihm auch dort «die ihm zugestandene Therapie nicht gewährt» worden, wird nicht weiter begründet und entbehrt einer Grundlage in den Akten. Demgegenüber ist die vorangehende Unterbringung im Regionalgefängnis Thun, wo lediglich die psychiatrische und medizinische Basisversorgung sichergestellt war, nach dem Gesagten ohne weiteres als eigentliche Wartezeit zu bezeichnen.

5.5.2 Die ASMV

gelangte mit Schreiben vom 15. Juli 2015 an die KoFako und bat um eine Stellungnahme zur Frage, ob und unter welchen Rahmenbedingungen bzw. Auflagen der Beschwerdeführer gemäss Einschätzung der Expertinnen und Experten nach einem Eintritt über die geschlossene Abteilung einer Vollzugseinrichtung in ein grundsätzlich offenes Vollzugsregime versetzt werden könnte (vgl. Vorakten BVD [act. 3E] pag. 1121 ff.; vgl. dazu und zum Folgenden bereits vorne E. 2.1.4). Ihrem Schreiben legte die ASMV den für die Fallvorbereitung durch die Kommissionsmitglieder notwendigen Auszug aus den Vollzugsakten bei. Der Fall wurde in der Sitzung der KoFako vom 7. September 2015 besprochen, worauf diese der ASMV am 21. September 2015 ein Vorabdispositiv mit dem Ergebnis sowie am 12. November 2015 (Datum Posteingang) die begründete Beurteilung zustellte (vgl. Vorakten BVD [act. 3E] pag. 1183 ff. bzw. 1190 ff.). Die KoFako erachtete die Versetzung des Beschwerdeführers in ein offenes Vollzugsregime mit vorangehender Unterbringung in der geschlossenen Abteilung der betreffenden Vollzugseinrichtung trotz bestehender Risikofaktoren aus legalprognostischer

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 26.05.2021, Nr. 100.2019.324U, Seite 31 Sicht als möglich und empfahl eine vorangehende Unterbringung in der geschlossenen Abteilung der jeweiligen Vollzugseinrichtung sowie die Überwachung der Internetbenutzung des Beschwerdeführers. Die ASMV unterbreitete der Leitung des Amtes für Freiheitsentzug aufgrund der Beurteilung durch die KoFako am 28. September 2015 den Antrag, den Beschwerdeführer zum weiteren Vollzug der stationären Massnahme in eine offen geführte Vollzugseinrichtung einzuweisen (vgl. Vorakten BVD [act. 3E] pag. 1186 ff.). Nach der Besprechung des Falls mit der Amtsleitung wurde jedoch in einer Aktennotiz festgehalten, die Versetzung in ein offenes Vollzugsregime scheinbar nicht vertretbar (vgl. Vorakten BVD [act. 3E] pag. 1200 ff.). Die ASMV lehnte daraufhin die Versetzung in eine offen geführte Vollzugseinrichtung mit Verfügung vom 18. Dezember 2015 ab, da über die Therapierbarkeit des Beschwerdeführers, dessen Behandlungseinsicht und -motivation sowie über die Gefahr einer erneuten Flucht keine verlässlichen Aussagen gemacht werden könnten (vgl. Vorakten BVD [act. 3E] pag. 1213 ff.). Auch die Unterbringung in einer geschlossenen Abteilung einer offenen Massnahmenvollzugseinrichtung falle ausser Betracht, da eine solche vor dem Hintergrund der

institutionellen Begebenheiten jeweils einer zeitlichen Beschränkung unterliege und die Bearbeitung der beim Beschwerdeführer bestehenden Probleme (und der mit diesen verbundenen Unklarheiten) bis zum Übertritt ins offene Regime nicht ausreichend werde erfolgen können (vgl. Vorakten BVD [act. 3E] pag. 1213 ff.). Die ASMV stellte stattdessen am 2. Februar 2016 bei der JVA Solothurn ein Aufnahmegesuch für den Beschwerdeführer (vgl. Vorakten BVD [act. 3E] pag. 1235 ff.). Die POM hob die genannte Verfügung mit Entscheid vom 18. Februar 2016 auf und wies die ASMV an, die Verlegung des Beschwerdeführers in eine geschlossene Abteilung einer offenen Massnahmenvollzugseinrichtung in die Wege zu leiten; dies habe umgehend zu geschehen, da sich der Beschwerdeführer «nun bereits über ein halbes Jahr in einem Regionalgefängnis [aufhalte], wo seine Behandlung auf Eis lieg[e], was seinem therapeutischen Fortkommen jedenfalls nicht förderlich [sei]» (vgl. Vorakten BVD [act. 3E] pag. 1241 ff., 1260 [Zitat]). Am 4. März 2016 ersuchte die ASMV die JVA St. Johannsen und das Massnahmenzentrum Bitzi um Aufnahme des Beschwerdeführers (vgl. Vorakten BVD [act. 3E] pag. 1263 ff. bzw. 1269 ff.). Beide Institutionen lehnten dies noch im selben Monat ab (vgl. Vorakten BVD [act. 3E] pag. 1275 f. bzw. 1277). Trotz der negativen Bescheide ersuchte die ASMV die JVA

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 26.05.2021, Nr. 100.2019.324U, Seite 32 St. Johannsen mit Schreiben vom 31. März 2016 und das Massnahmenzentrum Bitzi nach einer mündlichen Nachfrage mit Schreiben vom 1. April 2016 erneut um Aufnahme des Beschwerdeführers (vgl. Vorakten BVD [act. 3E] pag. 1278 f., 1280, 1281 f.). Nachdem die ASMV dem Beschwerdeführer auf dessen Anfrage vom 4. April 2016 hin am 8. April 2016 mitgeteilt hatte, dass eine Unterbringung im Vollzugszentrum Klosterfiechten ausser Betracht falle (vgl. Vorakten BVD [act. 3E] pag. 1285 f.), gelangte dieser am 18. April 2016 erneut an die ASMV mit dem Ersuchen, auf eine Unterbringung in der JVA St. Johannsen (eventuell in Klosterfiechten) hinzuwirken. Die ASMV leitete diese Anfragen am 19. April 2016 «in Ergänzung zu den am 31. März 2016 resp. 1. April 2016 erneut eingereichten Aufnahmegesuchen» an die JVA St. Johannsen bzw. an das Massnahmenzentrum Bitzi weiter (Vorakten BVD [act. 3E] pag. 1291). Indessen lehnten diese beiden Einrichtungen eine Aufnahme erneut ab (vgl. Vorakten BVD [act. 3E] pag. 1292 f. bzw. 1297 f.). Die ASMV ersuchte deshalb am 21. Juni 2016 wiederum die JVA Solothurn um Aufnahme des Beschwerdeführers (vgl. Vorakten BVD [act. 3E] pag. 1302 ff.) und verfügte am 23. September 2016, dass die stationäre Massnahme dort fortgeführt werde (vgl. Vorakten BVD [act. 3E] pag. 1353 ff.). Am 13. Dezember 2016 hiess die POM eine dagegen erhobene Beschwerde teilweise gut und wies die JVA St. Johannsen an, den nächsten freien Platz auf der BeoT mit dem Beschwerdeführer zu besetzen (vgl. Vorakten BVD [act. 3E] pag. 1459 ff.). Auf Nachfrage teilte die JVA St. Johannsen am 20. und 22. Dezember 2016 mit, sie werde den Entscheid umsetzen, wobei die Aufnahme frühestens im Juli 2017 werde erfolgen können (vgl. Vorakten BVD [act. 3E] pag. 1475 bzw. 1479). Mit Beschluss vom

E. 8

März 2018 auf und ordneten die Verlegung des Beschwerdeführers in ein Regionalgefängnis an (Vorakten BVD [act. 3F] pag. 1995 ff.). Nach erfolgreicher Anfechtung dieser Verfügung (vgl. Entscheid der POM vom 19.6.2018, Vorakten BVD [act. 3G] pag. 2301 ff.; Beschluss des Obergerichts vom 5.11.2018, Vorakten BVD [act. 3G] pag. 2443 ff.) holten die BVD ein ergänzendes Gutachten ein und liessen den Fall

erneut durch die KoFako beurtei-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 26.05.2021, Nr. 100.2019.324U, Seite 13 len (vgl. Vorakten BVD [act. 3H] pag. 2643 ff. bzw. pag. 2751 f. und 2803 ff.). Entsprechend der übereinstimmenden Empfehlung des Gutachters und der KoFako verlängerte das Regionalgericht Emmental-Oberaargau mit Beschluss vom 8. Mai 2020 die stationäre therapeutische Massnahme um fünf Jahre bis zum 12. März 2023 (Vorakten BVD [act. 3H] pag. 2966 ff. und Vorakten BVD [act. 3I] pag. 3041 ff. [Begründung]). Der Beschwerdeführer wurde mit Verfügung der BVD vom 3. Juli 2020 zum frühestmöglichen Vollzug der stationären therapeutischen Massnahme in die BeoT der JVA St. Johannsen eingewiesen (Vorakten BVD [act. 3I] pag. 3018 ff.). Die Verlegung dorthin erfolgte am 11. August 2020. Am 11. Februar 2021 wurde der Beschwerdeführer in die Grundstufe und somit in eine offene Abteilung der JVA St. Johannsen versetzt (Vorakten BVD [act. 3I] pag. 3175 ff.).

E. 9

Mai 2017 ordnete das Obergericht unter anderem an, die Massnahme sei mangels Verfügbarkeit eines Therapieplatzes aufzuheben und der Beschwerdeführer zu entlassen, sofern er nicht bis spätestens zum 15. Juli 2017 in die geschlossene Abteilung einer offenen Vollzugseinrichtung ein-treten könne (vgl. Vorakten BVD [act. 3E] pag. 1542 ff.). Am 6. Juli 2017 wurde der Beschwerdeführer in die JVA St. Johannsen verlegt (vgl. Vorakten BVD [act. 3E] pag. 1588, 1607 ff.). 5.5.3 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die ASMV nach dem Abbruch der stationären Massnahme durch die JVA Thorberg von Anfang an stetig darum bemüht war, eine passende Anschlusslösung für den Be-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 26.05.2021, Nr. 100.2019.324U, Seite 33 schwerdeführer zu finden: Bereits vor dessen Verlegung in das Regionalgefängnis Thun leitete sie die Abklärung durch die KoFako zu einem möglichen offenen Vollzug in die Wege. Die KoFako beurteilte den Fall nach entsprechender Vorbereitung durch die Kommissionsmitglieder am nächstmöglichen Sitzungstermin. Das Ergebnis der Beurteilung wurde anschliessend amtsintern diskutiert, was einem zeitnahen Entscheid über eine Versetzung in ein offenes Vollzugsregime aber nicht entgegenstand. Der Rechtsmittelentscheid der POM erfolgte innert weniger Wochen nach der Beschwerdeerhebung. Die ASMV wurde unmittelbar nach der Anweisung durch die POM tätig und ersuchte unverzüglich die JVA St. Johannsen und das Massnahmenzentrum Bitzi um Aufnahme (vgl. vorne E. 2.1.4). Dies sind die einzigen Massnahmenvollzugseinrichtungen in der Schweiz, die offen geführt werden und zugleich über eine geschlossene Abteilung verfügen und damit in jeder Hinsicht der angeordneten Vollzugsform entsprachen (vgl. betreffend Einrichtungen im Kanton Bern Art. 17 der auf den vorliegenden Sachverhalt noch anwendbaren alten Verordnung vom 5. Mai 2004 über den Straf- und Massnahmenvollzug [SMVV; BAG 07-019; in Kraft bis 30.11.2018] bzw. Art. 7 ff. der Verordnung vom 22. August 2018 über den Justizvollzug [Justizvollzugsverordnung, JVV; BSG 341.11]; vgl. sodann für das Strafvollzugskonkordat Nordwest- und Innerschweiz das Verzeichnis der Konkordatsinstitutionen vom 26.4.2017, einsehbar unter <www.konkordate.ch>, Rubrik «Konkordatliche Erlasse», für das Ostschweizer Strafvollzugskonkordat <www.osk-web.ch>, Rubriken «Fachthemen/Vollzugseinrichtungen», sowie in Bezug auf das Konkordat der lateinischen Schweiz den Bericht der Fachgruppe Kapazitätsmonitoring Freiheitsentzug 2015 [insbesondere Punkt 4.4.5], einsehbar unter <www.cldjp.ch>, Rubriken «Justice/Domaine inter-concordataire»). Die vom Beschwerdeführer beantragte Aufnahme

im Vollzugszentrum Klosterfiechten kam nicht infrage, da dieses lediglich einen offenen Massnahmenvollzug anbietet (wobei ein geschlossenes Setting einzig in der maximal drei Monate umfassenden Eintrittsphase möglich wäre); hinzu kommt, dass das therapeutische Angebot keine deliktorientierte Therapie umfasst, also den Bedürfnissen des Beschwerdeführers ohnehin nicht entsprochen hätte (vgl. Vorakten BVD [act. 3E] pag. 1285 f. und pag. 1446 ff.; vgl. Übersicht und Leitbild Vollzugszentrum Klosterfiechten, einsehbar unter <www.bdm.bs.ch>, Rubriken «Über uns/Organisation/Amt für Justizvollzug/Vollzugszentrum Klosterfiechten»). Die ASMV ersuchte

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 26.05.2021, Nr. 100.2019.324U, Seite 34 kurz nach der ersten Absage der JVA St. Johannsen und des Massnahmenzentrums Bitzi beide Institutionen erneut um Aufnahme des Beschwerdeführers und leitete dessen späteres Schreiben umgehend an beide Institutionen weiter. Auch nach deren wiederholten Absagen blieb die ASMV nicht untätig, sondern suchte nach der bestmöglichen Alternative für die Fortsetzung der stationären Massnahme. 5.5.4 Die aufgezeigten Bemühungen der ASMV, für den Beschwerdeführer einen Platz in einer für ihn geeigneten Vollzugseinrichtung zu finden, können gesamthaft betrachtet nicht als ungenügend bezeichnet werden: Was ihr Verhalten im Nachgang zum Entscheid der POM vom 18. Februar 2016 anbelangt, stellt sich rückblickend die Frage, ob sie die ersten Absagen der beiden Einrichtungen Ende März 2016 hinnehmen durfte, oder ob sie stattdessen – allenfalls unter Einbezug der hierarchisch übergeordneten Stellen – sogleich mit erhöhtem Druck auf eine Zusage hätte hinwirken sollen, wie der Beschwerdeführer vorgebracht hat. Dies auch vor dem Hintergrund der berechtigten Kritik an der JVA St. Johannsen, die sich weigerte, den Beschwerdeführer aufzunehmen bzw. auf ihre Warteliste zu setzen. Die ASMV ging nach ihren erfolglosen Bemühungen und den wiederholten Absagen der beiden einzigen geeigneten Einrichtungen davon aus, der Entscheid der POM vom 18. Februar 2016 sei nicht umsetzbar, und bemühte sich um eine Platzierung in einem der Anordnungen der POM möglichst nahekommenden Setting, was im September 2016 zur Verlegung in die JVA Solothurn führte. Das hierauf vom Beschwerdeführer eingeleitete Rechtsmittelverfahren ergab, dass diese Folgerung der ASMV massnahmenrechtlich betrachtet verfrüht bzw. falsch war (vgl. Entscheid POM vom 13.12.2016 Vorakten BVD [act. 3E] pag. 1459 ff.). Konkret führte die POM aus, der Vollzug der Massnahme in einer grundsätzlich geeigneten Einrichtung könne nur scheitern, wenn diese während längerer Zeit keinen Platz frei habe oder die betroffene Person aus anderen, sachlichen und nachvollziehbaren Gründen nicht aufnehmen wolle. Die Argumente, mit denen die JVA St. Johannsen die Aufnahme des Beschwerdeführers abgelehnt und damit die Umsetzung des rechtskräftigen Entscheids der POM vom 18. Februar 2016 verunmöglicht habe, seien indes «nicht nachvollziehbar» (vgl. a.a.O., E. 2b, 2d und 2e). Auch für das Verwaltungsgericht als Staatshaftungsgericht scheint es selbst bei einem gewissen Verständnis für die Bedenken seitens der JVA St. Jo-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 26.05.2021, Nr. 100.2019.324U, Seite 35 hannsen kaum einleuchtend, dass diese sich acht Jahre nach der Flucht des Beschwerdeführers weigerte, ihm eine zweite Chance zu geben, zumal der Vollzug seither grundsätzlich positiv verlief und der Beschwerdeführer gewisse therapeutische Fortschritte erzielt hat (vgl. Beurteilung der KoFako vom 7.9.2015, Vorakten BVD [act. 3E] pag. 1190 ff., 1197). Dass er einmal geflüchtet (und die Fluchtgefahr in jenem Zeitpunkt wohl falsch eingeschätzt worden) ist, dürfte – namentlich für eine auf die

therapeutische Arbeit mit psychisch kranken Straftätern spezialisierte Einrichtung – kaum ein ausreichender Grund sein, eine erneute Aufnahme zu verweigern. Es stand dieser Institution wohl auch nicht zu, dem Beschwerdeführer entgegen der Einschätzung der KoFako und der Anordnung der Direktion eine angeblich erhebliche Fluchtgefahr zu unterstellen. Es kann mithin festgestellt werden, dass die JVA St. Johannsen gemäss Entscheid der POM vom 13. Dezember 2016 der Aufnahme des Beschwerdeführers bereits bei der ersten Anfrage durch die ASMV hätte zustimmen sollen (wobei aber unklar ist, ob bzw. wann dort tatsächlich ein Platz für ihn frei geworden wäre). Das impliziert jedoch nicht, dass der ASMV aus staatshaftungsrechtlicher Sicht ein Fehlverhalten vorzuwerfen wäre. Die POM hielt in ihrem Entscheid vom 13. Dezember 2016 fest, für sie als Direktion bestehe gegenüber der «kantonalbernerischen JVA St. Johannsen aufgrund [von deren] hierarchischer Unterstellung die Möglichkeit, zumindest im Rahmen von Beschwerdeverfahren den Vollzugseinrichtungen im Einzelfall konkrete Anweisungen zu erteilen». Grundsätzlich sei den Straf- und Massnahmenvollzugseinrichtungen «grösstmögliche Autonomie» beim Entscheid über die Aufnahme oder Ablehnung von verurteilten Personen zuzugestehen. Seien die für die Ablehnung einer Person geltend gemachten Gründe jedoch «nicht sachlich» oder «nicht nachvollziehbar», so könne und müsse «bei kantonalbernerischen Einrichtungen jedenfalls auf Beschwerde hin in diese Autonomie eingegriffen werden». Dies tat die POM mit Entscheid vom 13. Dezember 2016 und wies die JVA St. Johannsen an, den nächsten freien Platz auf der BeoT mit dem Beschwerdeführer zu besetzen (vgl. a.a.O., E. 2b, 2d und 2e). Die ASMV (bzw. heute BVD) dagegen ist den Vollzugseinrichtungen hierarchisch nicht übergeordnet. Die POM ging in ihrem Entscheid denn auch nicht davon aus, die ASMV selbst hätte der JVA St. Johannsen direkte Anweisungen erteilen können bzw. sollen. Mit Blick auf die erwähnte Autonomie der Straf- und Massnahmenvollzugseinrichtungen stand es der ASMV grundsätzlich nicht zu, in

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 26.05.2021, Nr. 100.2019.324U, Seite 36 den Entscheid der angefragten Institutionen über die Aufnahme oder Ablehnung von Straftätern einzugreifen. Ob das Vorgehen der ASMV als widerrechtlich bzw. (erfolgsunrechts-)rechtfertigend zu qualifizieren ist, darf so dann nicht rückblickend resp. gestützt auf den Sachverhalt beurteilt werden, wie er sich aus heutiger (nachträglicher) Sicht darstellt. Staatshaftungsrechtlich sind vielmehr die Verhältnisse im jeweiligen Beurteilungs- bzw. Entscheidzeitpunkt massgebend; die Beurteilung der Widerrechtlichkeit erfordert mit anderen Worten eine Würdigung des Verhaltens ex ante (vgl. etwa BVR 2011 S. 200 E. 4.4 mit Hinweisen). Bei dieser Betrachtungsweise und mit Blick auf die weitreichende Autonomie der JVA St. Johannsen bei Aufnahmeentscheiden erweist sich der Entschluss der ASMV als vertretbar, nach den wiederholten Absagen der beiden einzigen geeigneten Institutionen eine aus ihrer Sicht ebenfalls nahezu geeignete Institution anzufragen. Ihr Verhalten ist aus staatshaftungsrechtlicher Perspektive bzw. im Rahmen des Sekundärrechtsschutzes nicht zu beanstanden, nachdem das Fehlverhalten der JVA St. Johannsen im Rahmen des massnahmenbezogenen Primärrechtsschutzes korrigiert wurde. Der Beschwerdeführer zeigt abgesehen davon nicht konkret auf, welche zusätzlichen Anstrengungen die ASMV hätte unternehmen können oder sollen, um die Fortführung der stationären Massnahme in einem früheren Zeitpunkt zu ermöglichen. Vielmehr beschränkt er sich auf den pauschalen Vorwurf, die ASMV habe widerrechtlich gehandelt, indem sie ihn nicht in die geschlossene Abteilung einer offenen Vollzugseinrichtung verlegt habe, ohne sich mit dem zeitlichen Aspekt überhaupt aus-

einanderzusetzen. Den Vollzugsbehörden kann aber aus staatshaftungs- rechtlicher Sicht nicht vorgeworfen werden, nicht ausreichend intensive oder nicht ernsthafte Anstrengungen unternommen zu haben, um den Beschwer- deführer in einer geeigneten Vollzugseinrichtung zu platzieren. 5.5.5 Der Beschwerdeführer war während insgesamt gut 23 Monaten in Einrichtungen untergebracht, die für den Vollzug der stationären Massnah- me im angeordneten Setting nicht bzw. nicht in vollem Umfang geeignet wa- ren. Dies ist eine lange Zeit. Die Dauer bis zur Verlegung in eine geeignete Vollzugseinrichtung ist insofern zu relativieren, als nach dem Abbruch der Massnahme durch die JVA Thorberg zunächst die Notwendigkeit bestand, abzuklären, ob und in welchem Rahmen die Massnahme sinnvollerweise fortgeführt werden sollte. Dass dies einige Monate in Anspruch nahm und

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 26.05.2021, Nr. 100.2019.324U, Seite 37 letztlich im Rechtsmittelverfahren über die konkrete Vollzugsform entschie- den wurde, ist angesichts der jederzeit beförderlichen Behandlung der Sa- che durch die KoFako, die ASMV und die POM nicht zu beanstanden. Da- nach verzögerte sich der Eintritt in eine geeignete Vollzugseinrichtung auf- grund der Weigerung der beiden einzigen geeigneten Institutionen, den Beschwerdeführer aufzunehmen. Erst der Entscheid der POM vom 13. De- zember 2016, in welchem die JVA St. Johannsen förmlich angewiesen wurde, den nächsten freien Platz in der BeoT mit dem Beschwerdeführer zu belegen, konnte den Weg bereiten für dessen Verlegung in eine geeignete Einrichtung. Der Grund für die Verzögerung der Unterbringung des Be- schwerdeführers in einer geeigneten Einrichtung lag mithin in erster Linie im Verhalten der JVA St. Johannsen und im diesbezüglichen Rechtsmittelver- fahren sowie – jedenfalls was den Aufenthalt im Regionalgefängnis Thun an- belangt – im Verhalten des Beschwerdeführers, welches zum Abbruch der stationären Massnahme in der JVA Thorberg und zur Notwendigkeit einer vorübergehenden Platzierung in einem Regionalgefängnis geführt hatte, und nicht an einem vorbestehenden Mangel an Therapieplätzen (vgl. vorne E. 5.5.2 sowie E. 5.5.6 hiernach) oder in anderen Umständen, die den Voll- zugsbehörden zum staatshaftungsrechtlichen Vorwurf gereichen würden. Daran ändert nichts, dass sich der Beschwerdeführer (mit Ausnahme seiner Flucht 2008) im Vollzug nicht renitent verhalten hat. 5.5.6 Gemäss der Rechtsprechung des EGMR verstösst die Unterbringung einer psychisch kranken Person in einer ungeeigneten Einrichtung nicht au- tomatisch gegen Art. 5 Ziff. 1 Bst. e EMRK, sondern ist vorübergehend zu- lässig, bis die Behörden einen Platz in einer geeigneten Einrichtung finden. Den Behörden ist hierfür eine angemessene Zeitspanne zuzubilligen. Eine gewisse Diskrepanz zwischen verfügbaren und benötigten Klinikplätzen ist mit Art. 5 Ziff. 1 Bst. e EMRK vereinbar, solange nicht bekanntermassen ein struktureller Mangel an Einrichtungskapazitäten besteht (vgl. vorne E. 5.2.2, auch zum Folgenden). In der Schweiz bestehen zwar bisweilen Wartezeiten bzw. Wartelisten für die Behandlungsplätze in forensisch-psychiatrischen Kliniken, ein struktureller Mangel wird aber vom EGMR ebenso wie vom Bun- desgericht in konstanter Rechtsprechung verneint: Der EGMR hat in die Schweiz betreffenden Fällen (anders als bspw. im Urteil 49902/99 vom 11.5.2004, Brand gegen Niederlande) in Kenntnis der Kritik gewisser Fach-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 26.05.2021, Nr. 100.2019.324U, Seite 38 kreise, die einen Mangel für einzelne Fallgruppen erkennen, nie ein struktu- relles Problem bei der Behandlung von Delinquenten mit psychischen Stö- rungen festgestellt (vgl. namentlich EGMR 43368/08 vom 27.1.2015, Papillo gegen Schweiz, Ziff. 46). Auch

das Bundesgericht verneint in seiner bisherigen und jüngsten Rechtsprechung unter Berücksichtigung von aktuellen Berichten sowie kritischen Fachmeinungen das Vorliegen eines strukturellen Mangels (vgl. BGE 142 IV 105 E. 5.8.2; BGer 6B_294/2020 vom 24.9.2020 E. 5.5, 6B_330/2019 vom 5.9.2019 E. 1.3, 6B_154/2017 vom 25.10.2017 E. 2.5, 6B_705/2015 vom 22.9.2015 E. 1.4.2 und 2, je mit Hinweisen). Der vorliegende Sachverhalt gibt keinen Anlass, von dieser Rechtsprechung abzuweichen. 5.5.7

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.