



**2C\_523/2021**

**Urteil vom 25. April 2023**

**II. öffentlich-rechtliche Abteilung**

Besetzung  
Bundesrichterin Aubry Girardin, Präsidentin,  
Bundesrichterin Hänni,  
Bundesrichter Beusch,  
Bundesrichter Hartmann,  
Bundesrichterin Ryter,  
Gerichtsschreiber Marti.

Verfahrensbeteiligte  
A. \_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführer,  
vertreten durch Rechtsanwalt Julian Burkhalter,

*gegen*

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

Gegenstand  
Staatshaftung; Schadenersatz und Genugtuung,

Beschwerde gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts  
des Kantons Bern, Verwaltungsrechtliche Abteilung,  
vom 19. Mai 2021 (100.2020.8U).

**Sachverhalt:**

**A.**

Mit Urteil vom 9. Dezember 2014 ordnete das Regionalgericht Bern-Mittelland gegenüber A. \_\_\_\_\_ eine ambulante Massnahme nach Art. 63 StGB sowie Bewährungshilfe an. Es stellte fest, dass die objektiven Tatbestandsmerkmale mehrerer Delikte erfüllt waren, A. \_\_\_\_\_ im Zeitpunkt der Tatbegehung jedoch schuldunfähig im Sinne von Art. 19 StGB war. Das für das Urteil in Auftrag gegebene psychiatrische Gutachten diagnostizierte bei ihm eine paranoide Schizophrenie.

**B.**

**B.a.** Am 28. April 2015 wurde A. \_\_\_\_\_ aufgrund des dringenden Tatverdachts der Körperverletzung vorläufig festgenommen und am Tag darauf in Untersuchungshaft versetzt. Am 26. Oktober 2015 hiess die Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland ein Gesuch um vorzeitigen Massnahmenvollzug gut, woraufhin ihn die Abteilung Straf- und Massnahmenvollzug (heute: Bewährungs- und Vollzugsdienste) des Amtes für Freiheitsentzug und Betreuung (heute: Amt für Justizvollzug) am 2. November 2015 zum vorzeitigen Massnahmenvollzug in die Justizvollzugsanstalt Thorberg (nachfolgend: JVA Thorberg) einwies. Es folgten Aufenthalte auf der Bewachungsstation am Inselspital (nachfolgend Bewachungsstation), in den Regionalgefängnissen Burgdorf und Thun, erneut (kurz) auf der Bewachungsstation sowie auf der forensisch-psychiatrischen Spezialstation Etoine der Universitären Psychiatrischen Dienste Bern (nachfolgend: Station Etoine).

**B.b.** Mit Urteil vom 10. Juni 2016 ordnete das Regionalgericht Bern-Mittelland (definitiv) eine stationäre Massnahme nach Art. 59 StGB an. Es hielt dabei fest, dass A. \_\_\_\_\_ 2015 unter anderem eine vorsätzliche schwere Körperverletzung, Sachbeschädigung und Drohung begangen hatte, im Tatzeitpunkt jedoch aufgrund einer akuten Episode paranoider Schizophrenie schuldunfähig im Sinne von Art. 19 Abs. 1 StGB war. Am 12. April 2017 trat A. \_\_\_\_\_ in die Klinik für Forensische Psychiatrie Königsfelden (nachfolgend: Klinik Königsfelden) zwecks Vollzugs der stationären Massnahme ein.

**C.**

Am 21. Februar 2018 reichte A. \_\_\_\_\_ bei der Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern (heute: Sicherheitsdirektion) ein Staatshaftungsgesuch ein. Er beantragte, der Kanton Bern sei zu verpflichten, ihm Schadenersatz von Fr. 30'000.-- sowie eine Genugtuung von Fr. 184'450.--, beides zuzüglich Zins zu 5 % seit 12. April 2017, zu bezahlen, und es sei ihm die unentgeltliche Rechtspflege unter Beiordnung eines Rechtsvertreters zu gewähren. Zur Begründung brachte A. \_\_\_\_\_ vor, er sei im Zeitraum vom 2. November 2015 bis am 12. April 2017 in einer für den Vollzug der stationären therapeutischen Massnahme ungeeigneten Einrichtung untergebracht gewesen. Die Polizei- und Militärdirektion wies das Staatshaftungsgesuch und das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege mit Verfügung vom 19. Dezember 2019 ab. Die dagegen erhobene Beschwerde hiess das Verwaltungsgericht des Kantons Bern mit Urteil vom 19. Mai 2021 betreffend die unentgeltliche Rechtspflege gut. Im Übrigen wies es die Beschwerde jedoch ab.

**D.**

Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten sowie subsidiärer Verfassungsbeschwerde vom 28. Juni 2021 gelangt A. \_\_\_\_\_ ans Bundesgericht. Er verlangt, das Urteil des Verwaltungsgerichts vom 19. Mai 2021 sei aufzuheben und die Beschwerde im Sinne der folgenden vorinstanzlichen Anträge gutzuheissen:

"In Gutheissung der Beschwerde sei die Verfügung vom 19. Dezember 2019 der Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern aufzuheben und wie folgt neu zu fassen: "1. Das Staatshaftungsgesuch vom 21.02.2018 wird gutgeheissen. Der Kanton Bern wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer CHF 30'000.00 zuzüglich Zins zu 5% seit 12. April 2017 als Schadenersatz zu bezahlen. Der Kanton Bern wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer CHF 184'450.00 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 12. April 2017 als Genugtuung zu bezahlen. Alles unter Klageänderungs- und Nachklagevorbehalt (Disp. Ziffer 1). Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird zufolge Obsiegens gegenstandslos und dem Beschwerdeführer wird eine Parteientschädigung in der anerkannten Höhe (inkl. MwSt. und Auslagen) zugesprochen (Disp. Ziffer 2 und 4). 3. Die Verfahrenskosten von CHF 400.00 gehen auf die Staatskasse."

Eventualiter verlangt der Beschwerdeführer, das angefochtene Urteil sei aufzuheben und die Sache zur neuen Begründung und Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. In prozessualer Hinsicht beantragt A. \_\_\_\_\_ zudem die unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung. Im Rahmen der Vernehmlassung beantragen sowohl das Verwaltungsgericht als auch die Sicherheitsdirektion des Kantons Bern, die Beschwerde sei abzuweisen. A. \_\_\_\_\_ repliziert und hält an seinen Anträgen fest.

**Erwägungen:**

**1.**

**1.1.** Angefochten ist ein kantonal letztinstanzlicher Endentscheid betreffend Staatshaftung. Dagegen steht - ausser in Bezug auf medizinische Tätigkeiten (vgl. **BGE 133 III 462** E. 2.1) - die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten grundsätzlich offen (Art. 82 lit. a und Art. 86 Abs. 1 lit. d BGG; vgl. nachstehende E. 1.3 betreffend die Streitwertgrenze gemäss Art. 85 Abs. 1 lit. a BGG).

**1.2.** Zuständig innerhalb des Bundesgerichts ist die II. öffentlich-rechtliche Abteilung, da es vorliegend um Staatshaftungsansprüche ausserhalb des Strafverfahrens geht (Art. 30 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 und 33 BGerR [SR 173.110.131]). Die frühere Praxis, wonach für Staatshaftungsansprüche wegen rechtswidriger Haftbedingungen die strafrechtliche Abteilung zuständig war (vgl. Urteil 6B\_117/2020 vom 13. November 2020 E. 1.2, nicht veröffentlicht in: **BGE 147 IV 55**), wurde geändert (Urteile 2C\_544/2021 vom 11. Mai 2022 E. 1.1; 2C\_704/2021 vom 12. Mai 2022 E. 1.1, nicht veröffentlicht in: **BGE 148 I 145**).

**1.3.** Der Streitwert überschreitet die Grenze von Fr. 30'000.-- (Art. 85 Abs. 1 lit. a BGG) und auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind erfüllt (Art. 42, Art. 89 Abs. 1, Art. 90 und Art. 100 Abs. 1 BGG). Auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist damit unter Vorbehalt des Nachfolgenden einzutreten.

**1.4.** Unzulässig ist das Rechtsbegehren des Beschwerdeführers, soweit er damit unter Verweis auf seine vorinstanzlichen Anträge die Aufhebung bzw. Neufassung der Verfügung vom 19. Dezember 2019 der Polizei- und Militärdirektion verlangt. Diese ist durch das angefochtene Urteil ersetzt worden (Devolutiveffekt); sie gilt als mitangefochten und kann im bundesgerichtlichen Verfahren nicht in eigenständiger Weise in Frage gestellt werden (**BGE 146 II 335** E. 1.1.2; **134 II 142** E. 1.4).

**1.5.** Da die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zulässig ist, besteht für die vom Beschwerdeführer ebenfalls erhobene subsidiäre Verfassungsbeschwerde kein Raum (Art. 113 BGG e contrario); auf diese ist folglich nicht einzutreten.

## **2.**

**2.1.** Das Bundesgericht prüft die Verletzung von Bundesrecht, Völkerrecht sowie kantonaler verfassungsmässiger Rechte frei (Art. 95 lit. a-c BGG). Die Anwendung des einfachgesetzlichen kantonalen (Staatshaftungs-) Rechts prüft es hingegen nur auf Willkür hin (**BGE 144 II 281** E. 3.3; **139 III 252** E. 1.4). Willkür in der Rechtsanwendung liegt vor, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (**BGE 140 III 16** E. 2.1 mit Hinweisen).

**2.2.** Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG), prüft jedoch unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht (Art. 42 Abs. 2 BGG) nur die geltend gemachten Vorbringen, sofern rechtliche Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (**BGE 142 I 135** E. 1.5). Die Verletzung von Grundrechten und von kantonalem Recht prüft es nur soweit, als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG). In der Beschwerde ist klar und detailliert anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheids darzulegen, inwiefern die angerufenen Rechte verletzt worden sein sollen (**BGE 141 I 36** E. 1.3).

**2.3.** Seinem Urteil legt das Bundesgericht den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG), es sei denn, dieser sei offensichtlich unrichtig oder beruhe auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG (Art. 105 Abs. 2 BGG). Offensichtlich unrichtig ist die Sachverhaltsfeststellung, wenn sie willkürlich im Sinne von Art. 9 BV ist (**BGE 143 IV 241** E. 2.3.1; **137 I 58** E. 4.1.2).

## **3.**

Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Dieses Recht ist formeller Natur. Seine Verletzung führt ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung der Beschwerde sowie zur Aufhebung des angefochtenen Urteils (vgl. **BGE 144 I 11** E. 5.3; **137 I 195** E. 2.2). Deshalb ist die Rüge vorab zu behandeln.

**3.1.** Art. 29 Abs. 2 BV verlangt, dass die Behörde die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt. Daraus folgt insbesondere die Verpflichtung der Behörde, ihren Entscheid zu begründen. Dabei ist es nicht erforderlich, dass sie sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (**BGE 145 IV 99** E. 3.1; **143 III 65** E. 5.2; **136 I 229** E. 5.2).

**3.2.** Das rechtliche Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV dient einerseits der Sachaufklärung. Andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheids dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Dazu gehört insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor Fällung eines solchen Entscheids zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen und Einsicht in die Akten zu nehmen. Wie weit dieses Recht geht, lässt sich nicht generell, sondern nur unter Würdigung der konkreten Umstände beurteilen. Massgebend ist, ob es der betroffenen Person ermöglicht worden ist, ihren Standpunkt wirksam zur Geltung zu bringen (vgl. **BGE 144 I 11** E. 5.3; **140 I 99** E. 3.4). Die Behörde hat ihre Begründung nicht den Parteien vorweg zur Stellungnahme zu unterbreiten. Es genügt grundsätzlich, dass sich die Parteien zu den Grundlagen des Entscheids, insbesondere zum Sachverhalt sowie zu den anwendbaren Rechtsnormen, vorweg äussern und ihre Standpunkte einbringen können (vgl. **BGE 132 II 257** E. 4.2; Urteil 2C\_356/2021 vom 29. November 2021 E. 5.2).

**3.3.** Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanz nehme Elemente in den Sachverhalt auf, die gar nicht mehr Streitgegenstand bildeten. Sie äussere sich auf den Seiten 12-15 zu Tatsachen, die sich nach dem Staatshaftungsbegehren vom 21. Februar 2018 ereignet hätten. Einerseits begründe die Vorinstanz nicht, weshalb und auf welcher rechtlichen Grundlage sie mit der Sachverhaltsschilderung fortfahre. Eine sachgerechte Anfechtung sei demnach nicht möglich. Andererseits gehe es nicht an, den Sachverhalt nachzuführen, ohne dem Beschwerdeführer die Möglichkeit zur Stellungnahme zu gewähren. Insbesondere sei der Beschwerdeführer nie über einen allfälligen Aktenbeizug informiert worden.

**3.4.** Die Vorinstanz bringt im Rahmen der Vernehmlassung vor, dass die vom Beschwerdeführer beanstandeten Ausführungen zu den Entwicklungen nach Einreichung des Staatshaftungsgesuchs bzw. der Verwaltungsgerichtsbeschwerde keinen Einfluss auf die Beurteilung des strittigen Anspruchs gehabt hätten. Vielmehr habe die Darstellung der aktuellen Verhältnisse dem besseren Verständnis des Sachverhalts

gedient, ohne dass diesbezüglich eine Wertung vorgenommen oder darauf abgestellt worden sei. Im Übrigen seien die zitierten Dokumente dem Beschwerdeführer bzw. seinem Rechtsvertreter jeweils in Kopie zugestellt worden und er habe jederzeit Einsicht in die Akten nehmen können, was er letztmals am 11. Dezember 2020 bzw. am 22. März 2017 gemacht habe.

**3.5.** Dass die tatsächlichen Ausführungen der Vorinstanz zur Entwicklung nach Einreichung des Staatshaftungsgesuchs bzw. der Verwaltungsgerichtsbeschwerde keinen Einfluss auf die Beurteilung des strittigen Anspruchs gehabt hätten, trifft nicht zu: Wie der Beschwerdeführer in seiner Replik zu Recht vorbringt, verweist die Vorinstanz im Rahmen ihrer Begründung auf eben diese Ausführungen als Beleg dafür, dass bei einem früheren Eintritt in eine geeignete Institution die Therapiemotivation des Beschwerdeführers nicht wesentlich leichter und die Krankheitseinsicht nicht bedeutend schneller hätten herbeigeführt werden können (vgl. angefochtener Entscheid E. 5.4.2 S. 31). Gleichwohl ist nicht ersichtlich, dass die Vorinstanz durch das "Nachführen" des Sachverhalts den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör verletzt hat: Zum einen sind dem Beschwerdeführer bzw. seinem Rechtsvertreter die von der Vorinstanz berücksichtigten Dokumente offenbar jeweils in Kopie zugestellt worden. Zumindest bestreitet er dies im Rahmen der Replik nicht (mehr). Somit war es dem Beschwerdeführer möglich, sich hierzu zu äussern und seinen Standpunkt wirksam zur Geltung zu bringen. Zum anderen ist auch keine Verletzung der Begründungspflicht auszumachen: Es mag zutreffen, dass die Vorinstanz nicht näher ausführte, auf welcher Grundlage und weshalb sie die nachträglichen Entwicklungen mitberücksichtigte; dennoch war es dem Beschwerdeführer ohne Weiteres möglich, das vorinstanzliche Urteil in diesem Punkt vor Bundesgericht sachgerecht anzufechten.

**3.6.** Sinngemäss begründet der Beschwerdeführer die von ihm gerügte ungenügende Begründung des angefochtenen Entscheids weiter damit, dass die Vorinstanz nicht hinreichend ausführe, weshalb in einem Prozess betreffend Staatshaftung des Kantons Art. 41 OR anwendbar sein soll. Allgemein sei unklar, welche gesetzlichen Grundlagen hier überhaupt geprüft worden seien; damit sei auch Art. 112 Abs. 3 BGG verletzt.

Auch diese Kritik ist unbegründet: Die Vorinstanz weist im angefochtenen Entscheid lediglich darauf hin, dass der (kantonale) *staatshaftungsrechtliche* Widerrechtlichkeitsbegriff demjenigen von Art. 41 OR entspreche (vgl. angefochtener Entscheid E. 5.1 S. 19). Daneben führt sie jedoch die anwendbaren kantonalen (einfachgesetzlichen und verfassungsrechtlichen) sowie völkerrechtlichen Anspruchsgrundlagen im Detail auf (vgl. angefochtener Entscheid E. 2.2; nachstehende E. 4.1). Dass sie diese im Rahmen der Urteilsbegründung nicht immer klar voneinander abgrenzt, ist nicht zu beanstanden, zumal sich die verschiedenen Haftungsgrundlagen teils überlagern.

#### **4.**

In materieller Hinsicht ist die Frage streitig, ob der verzögerte Beginn der stationären therapeutischen Massnahme des Beschwerdeführers Staatshaftungsansprüche begründet. Der Beschwerdeführer bringt in diesem Zusammenhang auch vor Bundesgericht vor, er sei im Zeitraum vom 2. November 2015 bis am 12. April 2017 in einer für den Vollzug der stationären therapeutischen Massnahme ungeeigneten Einrichtung untergebracht gewesen.

**4.1.** Die geltend gemachte Entschädigungspflicht ist grundsätzlich nach dem kantonalen Staatshaftungsrecht zu beurteilen, da der Beschwerdeführer sein Gesuch nach dem Abschluss des Strafverfahrens eingereicht hat und Art. 431 der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (Strafprozessordnung, StPO) hier deshalb nicht anwendbar ist (**BGE 148 I 145** E. 3.2 mit Hinweisen). Gemäss Art. 71 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (KV/BE; SR 131.212; BSG 101.1) haften der Kanton und die anderen Träger öffentlicher Aufgaben für den Schaden, den ihre Organe bei der Ausübung ihrer hoheitlichen Tätigkeiten widerrechtlich verursachen. Das Gesetz umschreibt die Haftung in weiteren Fällen; es regelt die Verantwortlichkeit der Behörden und des Personals der kantonalen Verwaltung (Art. 71 Abs. 2 KV/BE). Nach Art. 100 Abs. 1 des Personalgesetzes (des Kantons Bern) vom 16. September 2004 (PG/BE; BSG 153.01) haftet der Kanton für Schaden, den die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter und die nebenamtlich Tätigen in Ausübung ihrer amtlichen Tätigkeit Dritten widerrechtlich zugefügt haben. Für Verletzungen der körperlichen Integrität und schwere Persönlichkeitsverletzungen haben die Geschädigten zudem Anspruch auf eine angemessene Genugtuung (Art. 100 Abs. 3 PG/BE). Weiter schuldet das Gemeinwesen der betroffenen Person nach Art. 25 Abs. 5 KV/BE vollen Ersatz des Schadens und allenfalls Genugtuung, wenn sich ein Freiheitsentzug als widerrechtlich oder ungerechtfertigt erweist. Auch gestützt auf Art. 5 Ziff. 5 EMRK hat jede Person, die von Festnahme oder Freiheitsentzug betroffen ist, Anspruch auf Schadenersatz, falls dabei materielle oder formelle Vorschriften, wie sie sich aus Ziff. 1-4 von Art. 5 EMRK ergeben, verletzt worden sind.

**4.2.** Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung von verschiedenen dieser Bestimmungen, namentlich von Art. 25 Abs. 5 KV/BE i.V.m. Art. 41 OR, Art. 100 PG/BE sowie Art. 5 Ziff. 1 lit. e und Art. 5 Ziff. 5 EMRK. Wie erwähnt, prüft das Bundesgericht die Rügen einer Verletzung der EMRK und des kantonalen Verfassungsrechts nur, soweit diese hinreichend substantiiert sind (vgl. vorstehende E. 2.1 und 2.2). Die Anwendung des einfachgesetzlichen kantonalen Staatshaftungsrechts prüft das Bundesgericht bei rechtsgenügender Rüge zudem nur auf Willkür hin (vgl. vorstehende E. 2.1 und 2.2). Da Art. 5 Ziff. 5 EMRK eine eigenständige Haftungsnorm darstellt, die im kantonalen Verfahren gegebenenfalls unabhängig vom materiell strengeren Staatshaftungsrecht anzuwenden ist (**BGE 129 I 139** E. 2; **125 I 394** E. 5a; **119 Ia 221**

E. 6a), gilt es zunächst die Rüge einer Konventionsverletzung zu prüfen.

## 5.

Nach Art. 5 Ziff. 5 EMRK hat jede Person, die von Festnahme oder Freiheitsentzug betroffen ist, Anspruch auf Schadenersatz, falls dabei materielle oder formelle Vorschriften, wie sie sich aus Ziff. 1-4 von Art. 5 EMRK ergeben, verletzt worden sind.

**5.1.** Der konventionsrechtliche Entschädigungsbehelf umfasst den Anspruch auf eigentlichen Schadenersatz ebenso wie auf Genugtuung (**BGE 125 I 394** E. 5c; **124 I 274** E. 3d; **119 Ia 221** E. 6a).

**5.2.** Gemäss Art. 5 Ziff. 1 EMRK darf die Freiheit einer Person nur auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise unter anderem bei einer rechtmässigen Freiheitsentziehung aufgrund einer psychischen Krankheit (lit. e) entzogen werden. Der Freiheitsentzug nach Art. 5 Ziff. 1 lit. e EMRK ist unter drei Bedingungen zulässig: die psychische Störung muss beweismässig erstellt sein, der Freiheitsentzug muss durch den Charakter oder den Schweregrad der Störung legitimiert sein und der Freiheitsentzug darf nur bei persistierender Störung aufrechterhalten bleiben (Urteile 6B\_294/2020 vom 24. September 2020 E. 4.2; 6B\_121/2019 vom 12. Juni 2019 E. 3.2; Urteil des EGMR *Kadusic gegen die Schweiz* vom 9. Januar 2018 [Nr. 43977/13] § 42).

**5.3.** Nach der Rechtsprechung des EGMR ist der Freiheitsentzug eines psychisch Kranken namentlich nur dann im Sinne von Art. 5 Ziff. 1 lit. e EMRK rechtmässig, wenn er in einem Spital, einer Klinik oder einer anderen geeigneten Institution vollzogen wird (Urteile des EGMR *Ilseher gegen Deutschland* vom 4. Dezember 2018 [Nr. 10211/12 und 27505/14] § 138; *Kadusic gegen die Schweiz* vom 9. Januar 2018 [Nr. 43977/13] § 45, *Papillo gegen die Schweiz* vom 27. Januar 2015 [Nr. 43368/08] § 42; **BGE 142 IV 105** E. 5.8.1). Der Staat ist verpflichtet, in hinreichendem Umfang Plätze in geeigneten Einrichtungen bereitzustellen, damit die Betroffenen angemessen untergebracht werden können. Ein übergangsweiser Aufenthalt in einer Straf- oder Haftanstalt ist nur ausnahmsweise zulässig, solange dies erforderlich ist, um eine geeignete Einrichtung zu finden (sog. "Organisationshaft"). Bei der Beurteilung wird insbesondere die Intensität der behördlichen Bemühungen für eine geeignete Platzierung berücksichtigt (Urteil des EGMR *Papillo gegen die Schweiz* vom 27. Januar 2015 [Nr. 43368/08] § 43; **BGE 142 IV 105** E. 5.8.1). Weiter ist zu berücksichtigen, ob die Platzierung auf in der Person des Betroffenen begründete Schwierigkeiten stösst, beispielsweise wegen sprachlichen Problemen, Therapieverweigerung oder aggressivem Verhalten, und ob die temporäre Unterbringung zumindest teilweise bzw. in einer Anfangsphase als therapeutisch adäquat angesehen werden kann (**BGE 148 I 116** E. 2.4; 6B\_294/2020 vom 24. September 2020 E. 5; 6B\_840/2019 vom 15. Oktober 2019 E. 2.5.5). Der EGMR trägt dem Umstand Rechnung, dass eine gewisse Diskrepanz zwischen verfügbaren und benötigten Klinikplätzen - jedenfalls bis zu einem gewissen Grad - unvermeidbar und daher gerechtfertigt ist. Das zumutbare Mass für eine Wartezeit gilt aber als überschritten, wenn dies auf einen seit Jahren bekannten strukturell bedingten Mangel an Einrichtungskapazitäten zurückzuführen ist (Urteil des EGMR *Brand gegen die Niederlande* vom 11. Mai 2004 [Nr. 49902/99] § 64 ff.; ferner **BGE 148 I 116** E. 2.4; **142 IV 105** E. 5.8.1; **138 III 593** E. 8.2).

**5.4.** Mit dem Hinweis, dass der Freiheitsentzug auf die "gesetzlich vorgeschriebene Weise" erfolgen muss, nimmt Art. 5 Ziff. 1 EMRK betreffend die Rechtmässigkeit der Haft formell wie materiell auf das innerstaatliche Recht Bezug. Wurden die Bestimmungen des nationalen (Haft-) Rechts missachtet, kann hierin eine Verletzung von Art. 5 EMRK liegen, selbst wenn die entsprechenden Normen inhaltlich über die konventionsmässigen Garantien hinausgehen (**BGE 129 I 139** E. 2; **125 I 394** E. 5b; Urteil des EGMR *Papillo gegen die Schweiz* vom 27. Januar 2015 [Nr. 43368/08] § 41).

**5.5.** In Anwendung dieser Grundsätze hielt der EGMR eine Inhaftierung eines Massnahmeunterworfenen in einem die Schweiz betreffenden Verfahren während zehn Monaten als mit Art. 5 Ziff. 1 lit. e EMRK vereinbar. Der Betroffene war von einer Massnahmeeinrichtung als nicht mehr tragbar erachtet und deshalb "zur Verfügung gestellt worden". Die Vollzugsbehörden kontaktierten in der Folge mehrere andere Einrichtungen, wovon zwei sich als ungeeignet betrachteten. Ausschlaggebend war neben dem Verhalten des Beschwerdeführers, dass bis zur erneuten Einweisung eine hinreichende ärztliche Betreuung gewährleistet worden war (Urteil des EGMR *Papillo gegen die Schweiz* vom 27. Januar 2015 [Nr. 43368/08] Ziff. 44-50).

**5.6.** Gemäss Art. 59 Abs. 1 StGB kann das Gericht, falls der Täter psychisch schwer gestört ist, eine stationäre Behandlung anordnen, wenn er ein Verbrechen oder Vergehen begangen hat, das mit seiner psychischen Störung in Zusammenhang steht (lit. a) und wenn zu erwarten ist, dass sich dadurch der Gefahr weiterer mit seiner psychischen Störung in Zusammenhang stehender Taten begegnen lässt (lit. b). Gemäss Abs. 2 derselben Bestimmung erfolgt die stationäre Behandlung in einer geeigneten psychiatrischen Einrichtung oder einer Massnahmevollzugseinrichtung. Solange die Gefahr besteht, dass der Täter flieht oder weitere Straftaten begeht, wird er gemäss Art. 59 Abs. 3 StGB in einer geschlossenen Einrichtung behandelt, wobei die Behandlung auch in einer Strafanstalt nach Art. 76 Abs. 2 StGB erfolgen kann, sofern die nötige therapeutische Behandlung durch Fachpersonal gewährleistet ist. Art. 62c Abs. 1 lit. c StGB schreibt ferner vor, dass die Massnahme aufgehoben wird, wenn eine geeignete Einrichtung (mehr) existiert, sondern auch dann, wenn es für den Betroffenen keinen Platz in einer geeigneten Einrichtung gibt (vgl. **BGE 148 I 116** E. 2.4; Urteil 6B\_294/2020 vom 24. September 2020 E. 4.1).

**5.7.** Gestützt auf diese Grundsätze erachtet das Bundesgericht die Unterbringung eines rechtskräftig verurteilten Massnahmeunterworfenen in einer Straf- oder Haftanstalt als kurzfristige Überbrückung einer Notsituation mit materiellem Bundesrecht als vereinbar (**BGE 142 IV 105** E. 5.8.1). In seiner Praxis hat es bspw. die Verlegung aus einer Massnahmeeinrichtung in ein Gefängnis für die Dauer von gut zehn Monaten (Urteil 6B\_840/2019 vom 15. Oktober 2019 E. 2.5) bzw. von mehr als elf Monaten (Urteil 6B\_850/2020 vom 8. Oktober 2020 E. 2.5.4 f.) unter den besonderen Umständen des Einzelfalls noch als zulässig beurteilt (vgl. mit einer Übersicht zur Kasuistik **BGE 148 I 116** E. 2.5). Ebenso befand das Bundesgericht einen Aufenthalt von dreizehn Monaten in einem Gefängnis vor Antritt einer stationären therapeutischen Massnahme als rechtmässig, wobei davon sechs Monate funktional als Massnahmenvollzug qualifiziert werden konnten (Urteil 6B\_294/2020 vom 24. September 2020 E. 5). Selbst eine Wartefrist von über zwei Jahren schützte das Bundesgericht, nachdem die Vorinstanz jedoch bereits eine letzte Frist angesetzt hatte, innert welcher die betroffene Person in eine psychiatrische Klinik einzutreten hatte (Urteile 6B\_1001/2015 und 6B\_1147/2015 vom 29. Dezember 2015 E. 3.2 und 9.2). In einem wie hier den Kanton Bern betreffenden Fall erwies sich auch ein Aufenthalt von rund 23 Monaten in ungeeigneten Einrichtungen noch als zulässig, unter anderem weil der Beschwerdeführer trotz falscher Vollzugsform während 9 Monaten weiter therapiert werden konnte (Urteil 2C\_544/2021 vom 11. Mai 2022 E. 6). Demgegenüber erachtete das Bundesgericht eine Unterbringung in einem Gefängnis während fast neun Monaten als rechtswidrig, nachdem die Vollzugsbehörde nur eine Institution angefragt und sich der Betroffene konstant therapiebereit gezeigt hatte (**BGE 148 I 116** E. 2.6).

**5.8.** Eine längerfristige Unterbringung in einer Straf- oder Haftanstalt ist hingegen - soweit jedenfalls die Voraussetzungen von Art. 59 Abs. 3 StGB nicht erfüllt sind - nicht zulässig, da der Massnahmезweck nicht vereitelt werden darf. Letztlich führt die nicht nur vorübergehende Unterbringung in einer Straf- oder Haftanstalt ohne Behandlung mit zunehmender Wartezeit dazu, dass der Zweck der Massnahme - die Resozialisierung des Betroffenen durch eine geeignete Behandlung - ebenso unterlaufen wird wie der Anspruch des Massnahmeunterworfenen auf eine adäquate Behandlung (**BGE 148 I 116** E. 2.3; **142 IV 105** E. 5.8.1; 6B\_294/2020 vom 24. September 2020 E. 5.1).

## **6.**

Dem angefochtenen Entscheid liegt folgender Sachverhalt zugrunde, welcher für das Bundesgericht verbindlich ist (Art. 105 Abs. 1 BGG).

**6.1.** Mit Urteil vom 9. Dezember 2014 ordnete das Regionalgericht Bern-Mittelland gegenüber dem Beschwerdeführer eine ambulante Massnahme nach Art. 63 StGB sowie Bewährungshilfe an. Es stellte in seinem Urteil fest, dass die objektiven Tatbestandsmerkmale mehrerer Delikte erfüllt waren, der Beschwerdeführer im Zeitpunkt der Tatbegehung jedoch schuldunfähig im Sinne von Art. 19 StGB war (vgl. angefochtener Entscheid E. 2.1.1). Das für das Urteil in Auftrag gegebene psychiatrische Gutachten des Forensisch-Psychiatrischen Dienstes der Universität Bern vom 4. August 2014 diagnostizierte beim Beschwerdeführer eine paranoide Schizophrenie mit einer (im Begutachtungszeitraum) akuten psychotischen Episode. Aufgrund seiner schweren psychischen Störung sei der Beschwerdeführer zur Zeit der Taten nicht in der Lage gewesen, das Unrecht seines Handelns einzusehen. Das Risiko für fremdaggressive Handlungen müsse unbehandelt als erhöht eingeschätzt werden (vgl. angefochtener Entscheid E. 2.1.2).

**6.2.** Am 28. April 2015 wurde der Beschwerdeführer wegen des dringenden Tatverdachts der Körperverletzung vorläufig festgenommen und am 29. April 2015 in Untersuchungshaft versetzt. Im Zentrum dieses Strafverfahrens stand ein Ereignis von April 2015, bei dem der Beschwerdeführer einen ihm unbekanntem Mann angegriffen und mit Schlägen und Fusstritten gegen Kopf und Bauch lebensgefährlich verletzt hatte (vgl. angefochtener Entscheid E. 2.1.1). Ein neues psychiatrisches Gutachten des Forensisch-Psychiatrischen Dienstes der Universität Bern vom 5. Oktober 2015 bestätigte die Diagnose der paranoiden Schizophrenie: Der Beschwerdeführer habe sich im Untersuchungszeitraum sowie zu sämtlichen Tatzeitpunkten in einer akuten Episode einer paranoiden Schizophrenie befunden und sei in seiner Realitätswahrnehmung, seinem Urteilsvermögen und seiner Willensbildung erheblich beeinträchtigt gewesen. Aus diesem Grund habe er das Unrecht seines Tuns nicht einsehen können. Seine fortgeführte Delinquenz bestätige das im ersten Gutachten prognostizierte hohe Risiko für erneute fremdaggressive Handlungen. Darüber hinaus habe sich erstmals gezeigt, dass er unter Umständen auch gravierende Gewaltdelikte mit schweren, potenziell lebensbedrohlichen Opferschäden begehen könne, um sich gegen einen vermeintlichen Angreifer zu schützen oder zu verteidigen. Das Rückfallrisiko für erneute, auch schwere Gewalthatlungen sei als hoch einzuschätzen. Der bisherige Verlauf habe gezeigt, dass eine ambulante Massnahme nicht durchgeführt werden könne, und angesichts der schweren Rückfalldelinquenz auch nicht ausreiche. Entsprechend erscheine einzig eine stationäre therapeutische Massnahme nach Art. 59 StGB geeignet, um der Gefahr weiterer Gewaltdelikte und anderer Straftaten entgegenzuwirken. Diese Massnahme sollte anfänglich in einem geschlossenen Setting durchgeführt werden, wie es eine forensische Klinik (z.B. Klinik Rheinau) anbiete. Die Unterbringung in einem Gefängnis (auch zur Zwischenplatzierung) würde sich ungünstig auf den Krankheitsverlauf auswirken und sollte deshalb nach Möglichkeit vermieden werden (vgl. angefochtener Entscheid E. 2.1.2).

**6.3.** Am 2. November 2015 verfügte die Abteilung Straf- und Massnahmenvollzug den *vorzeitigen* Massnahmenvollzug, nachdem die Staatsanwaltschaft diesen gestützt auf Art. 236 StPO bewilligt hatte. Die

Abteilung Straf- und Massnahmenvollzug wies den Beschwerdeführer in die JVA Thorberg ein, wo er in der Integrationsabteilung untergebracht wurde. Am 17. November 2015 ersuchte sie die Universitären Psychiatrischen Kliniken Basel (nachfolgend: UPK Basel), die Klinik Königsfelden und das Zentrum für Stationäre Forensische Psychiatrie Rheinau (nachfolgend: Zentrum Rheinau) um Aufnahme des Beschwerdeführers. Die Klinik Königsfelden und die UPK Basel teilten am 4. Dezember 2015 bzw. 5. Januar 2016 mit, der Beschwerdeführer werde auf die Warteliste gesetzt. Auch das Zentrum Rheinau setzte den Beschwerdeführer auf eine Warteliste. Am 19. Februar 2016 wurde der Beschwerdeführer wegen Selbst- und Fremdgefährdung in die Sicherheitsabteilung der JVA Thorberg versetzt. Vom 26. Februar bis 7. März 2016 befand er sich auf der Bewachungsstation und von dort wurde er ins Regionalgefängnis Burgdorf verlegt, da die Rückführung in die JVA Thorberg nicht mehr möglich war (vgl. angefochtener Entscheid E. 2.1.3).

**6.4.** Am 10. Juni 2016 erging im Strafverfahren das Urteil des Regionalgerichts Bern-Mittelland. Danach erfüllte der Beschwerdeführer die Straftatbestände der vorsätzlichen schweren Körperverletzung (Art. 122 StGB), der Sachbeschädigung (Art. 144 Abs. 1 StGB), der Drohung (Art. 180 Abs. 1 StGB), des Hausfriedensbruchs (Art. 186 StGB), des Diebstahls (Art. 139 Ziff. 1 i.V.m. Art. 172ter StGB), der Entwendung eines Motorfahrzeugs zum Gebrauch (Art. 94 Abs. 1 Bst. a SVG [SR 741.01]), des Führens eines Personewagens unter Drogeneinfluss bzw. ohne Berechtigung sowie der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz. Gestützt auf das Gutachten des Forensisch-Psychiatrischen Dienstes der Universität Bern vom 5. Oktober 2015 kam das Regionalgericht Bern-Mittelland zum Schluss, dass der Beschwerdeführer zur Zeit der Taten aufgrund der bei ihm diagnostizierten schweren psychischen Störung schuldunfähig gewesen ist (Art. 19 Abs. 1 StGB) und ordnete eine stationäre Massnahme nach Art. 59 StGB an. Es schloss sich der dringenden gutachterlichen Empfehlung an, die Massnahme zumindest anfänglich in einem geschlossenen Setting durchzuführen und hielt insbesondere fest, dass mangelnde Einsicht bei schweren, lang andauernden Störungen häufig zum typischen Krankheitsbild gehöre und ein erstes Therapieziel daher oft darin bestehe, Einsicht und Therapiewilligkeit zu schaffen, was gerade im Rahmen stationärer Behandlungen auch Aussicht auf Erfolg habe (vgl. angefochtener Entscheid E. 2.1.1 und 2.1.2).

**6.5.** Am 23. Juni 2016 wurde der Beschwerdeführer vom Regionalgefängnis Burgdorf ins Regionalgefängnis Thun verlegt. Mit Schreiben vom 26. September 2016 lehnte es die UPK Basel ab, den Beschwerdeführer aufzunehmen. Die Klinik Königsfelden teilte am 30. September 2016 ihrerseits auf Nachfrage mit, es bestehe weiterhin eine Wartezeit von mehreren Monaten. Gleichentags stellte die Abteilung Straf- und Massnahmenvollzug ein Gesuch um Aufnahme des Beschwerdeführers in die Klinik Beverin der Psychiatrischen Dienste Graubünden (nachfolgend: Klinik Beverin), wo er auf die Warteliste gesetzt wurde. Am 28. Oktober 2016 folgte ein Aufnahmegesuch an die JVA Solothurn. Per 4. Januar 2017 wurde der Beschwerdeführer erneut auf die Bewachungsstation und am 12. Januar 2017 auf die Station Etoine verlegt. Die JVA Solothurn lehnte das Aufnahmegesuch mit Schreiben vom 19. Januar 2017 ab. Am 7. April 2017 teilte die Klinik Königsfelden der Abteilung Straf- und Massnahmenvollzug mit, sie habe einen freien Platz für den Beschwerdeführer, worauf dieser am 12. April 2017 dorthin verlegt werden konnte.

## 7.

Vor dem Hintergrund des Gesagten ist in einem ersten Schritt die Dauer der Organisationshaft bzw. Wartezeit des Beschwerdeführers zu bestimmen, bis er in einer für den Vollzug der angeordneten Massnahme geeigneten Einrichtung untergebracht wurde.

**7.1.** Zu berücksichtigen gilt es in dieser Hinsicht, dass es sich in einer ersten Phase um einen vorzeitigen Massnahmenvollzug im Sinne von Art. 236 StPO handelte: Gestützt auf die Bewilligung der Staatsanwaltschaft verfügte die Abteilung Straf- und Massnahmenvollzug am 2. November 2015 den vorzeitigen Massnahmenvollzug und wies den Beschwerdeführer in die JVA Thorberg ein; die gerichtliche Anordnung der stationären Massnahme nach Art. 59 StGB erfolgte erst am 10. Juni 2016 durch das Regionalgericht Bern-Mittelland.

Eine beschuldigte Person bleibt im vorzeitigen Straf- bzw. Massnahmenvollzug Partei des hängigen Strafprozesses, der von der jeweiligen Verfahrensleitung zu führen ist (**BGE 143 I 241 E.** 4.4; Urteil 1B\_122/2022 vom 20. April 2022 E. 3.4; vgl. ferner zur Rechtsnatur des vorläufigen stationären Massnahmenvollzugs als strafprozessuale Massnahme **BGE 126 I 172 E.** 3 und 4). Die Rechtsprechung zur Frage der Zulässigkeit der vorübergehenden Unterbringung eines rechtskräftig verurteilten Massnahmeunterworfenen in einer ungeeigneten Einrichtung kann deshalb auch nicht ohne Weiteres auf den vorzeitigen Massnahmenvollzug angewendet werden (vgl. Urteil 1B\_251/2020 vom 17. Juni 2020 E. 5.2 und 5.3). Gemäss Art. 236 Abs. 4 StPO untersteht jedoch auch der Betroffene einer vorzeitigen Massnahme vom Zeitpunkt seines Eintritts in die Vollzugsanstalt dem Vollzugsregime, wenn der Zweck der Untersuchungs- oder der Sicherheitshaft dem nicht entgegensteht (vgl. **BGE 145 I 318 E.** 2.3; **143 I 241 E.** 4.2; Urteile 1B\_211/2022 vom 18. Mai 2022 E. 3.1 sowie 1B\_122/2022 vom 20. April 2022 E. 3.2).

Es ist vorliegend weder ersichtlich, noch machen die kantonalen Behörden geltend, dass bzw. inwiefern die Untersuchungs- oder Sicherheitshaft einer Unterstellung des Beschwerdeführers unter das Vollzugsregime, einschliesslich der hierzu geltenden Grundsätze betreffend Organisationshaft (vgl. vorstehende E. 5), entgegen gestanden hätte. Folglich gilt es im vorliegenden Fall für die Phase des vorzeitig angeordneten Vollzugs wie auch für die Zeitspanne danach (gemeinsam) zu prüfen, ob der Beschwerdeführer in einer geeigneten Einrichtung untergebracht war (vgl. Urteile 1B\_251/2020 vom 17. Juni 2020 E. 5.2 und 5.3; 6B\_273/2021 vom 25. August 2022 E. 1.7 insbesondere 1.7.3, zur Publikation vorgesehen; 6B\_486/2007 vom 15. Februar 2008 E. 2).

**7.2.** Konkret ergibt sich aus den vorinstanzlichen Feststellungen sodann, dass der Beschwerdeführer ab der Anordnung des vorzeitigen Massnahmenvollzugs vom 2. November 2015 bis am 12. April 2017 warten musste, bis er zum Antritt der Massnahme in die Klinik Königsfelden eintreten konnte:

In einer *ersten Phase* befand sich der Beschwerdeführer während vier Monaten in der JVA Thorberg, wo er psychiatrisch begleitet wurde; eine interne Verlegung auf die damalige therapeutische Abteilung kam nicht zustande. Am 19. Februar 2016 wurde der Beschwerdeführer aufgrund akuter Selbst- und Fremdgefährdung in der Sicherheitsabteilung der JVA Thorberg isoliert. Es folgte eine erste Verlegung auf die Bewachungsstation, da sich der Beschwerdeführer zunehmend psychotisch verhielt und in Bezug auf die Behandlung seiner Diabeteserkrankung nicht kooperierte. In einer *zweiten Phase* verbrachte der Beschwerdeführer knapp 10 Monate in Regionalgefängnissen. In diesem Zeitraum war der Beschwerdeführer in regelmässiger psychologischer und ärztlicher Behandlung, erhielt aber lediglich eine psychiatrische und medizinische Basisversorgung. Per 4. Januar 2017 musste der Beschwerdeführer sodann erneut auf die Bewachungsstation und am 12. Januar 2017 für drei Monate auf die Station Etoine verlegt werden, nachdem er im Regionalgefängnis ein medizinisches Risiko darstellte. In dieser *dritten Phase* hat man den Beschwerdeführer psychiatrisch und medizinisch umfassend versorgt. Neben der notwendigen Kontrolle des Blutzuckers wurde insbesondere versucht, beim Beschwerdeführer eine antipsychotische Medikation zu etablieren und die für eine Therapie erforderliche Behandlungseinsicht und -motivation herzustellen (vgl. angefochtener Entscheid E. 5.4.1 S. 27 ff.).

**7.3.** Gestützt auf diese Feststellungen hielt die Vorinstanz verbindlich fest, dass der Beschwerdeführer in den genannten Institutionen keine spezifische, d.h. auf den Beschwerdeführer bezogene delikt- und störungsorientierte Therapie erhalten hat; *die mit dem Massnahmenentscheid angeordnete Therapie erfolgte erst mit dem Eintritt in die Klinik Königsfelden* (vgl. angefochtener Entscheid E. 5.4.2 S. 30). Die Vorinstanz erwog in diesem Zusammenhang auch, dass die Polizei- und Militärdirektion nicht geltend gemacht habe, dass vorliegend die Voraussetzungen für eine Unterbringung und Behandlung des Beschwerdeführers in einer Strafanstalt nach Art. 59 Abs. 3 StGB i.V.m. Art. 76 Abs. 2 StGB erfüllt gewesen seien und dort die nötige therapeutische Behandlung durch Fachpersonal gewährleistet gewesen sei. Mit der Vorinstanz ist deshalb davon auszugehen (vgl. angefochtener Entscheid E. 5.4 S. 26 f. unter Hinweis auf die Feststellungen der Polizei- und Militärdirektion), dass der Beschwerdeführer bis zum Eintritt in die Klinik Königsfelden nicht in einer zum Vollzug der angeordneten Massnahme geeigneten psychiatrischen Einrichtung untergebracht war. Daran ändert grundsätzlich nichts, dass der Beschwerdeführer auch während seiner Aufenthalte in Strafvollzugseinrichtungen stets Zugang zu grundlegender psychiatrischer und umfassender medizinischer Versorgung hatte und er zudem während insgesamt sieben Monaten in Kliniken, darunter drei Monate auf der forensisch-psychiatrischen Station Etoine, untergebracht war. Denn auch dort stand für ihn kein Therapieplatz entsprechend der angeordneten Massnahme zur Verfügung.

**7.4.** Es ist folglich davon auszugehen, dass die Organisationshaft bzw. Wartezeit des Beschwerdeführers von der Anordnung des vorzeitigen Massnahmenvollzugs vom 2. November 2015 bis zum Eintritt in die Klinik Königsfelden am 12. April 2017 und damit rund 17 Monate dauerte (in diesem Sinne auch die Vorinstanz: vgl. angefochtener Entscheid E. 5.4 S. 26, E. 5.4.1 S. 27 sowie E. 5.4.7 S. 35).

## **8.**

Zu prüfen ist im Folgenden, ob die resultierende Wartezeit bzw. Organisationshaft von rund 17 Monaten bis zum Eintritt in die Klinik Königsfelden mit Blick auf die bundes- und konventionsrechtlichen Vorgaben (vgl. vorstehende E. 5) noch als zulässig zu betrachten ist.

**8.1.** Zusammengefasst erwog die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid, dass das Verhalten der Vollzugsbehörden im Zusammenhang mit der Organisationshaft von rund 17 Monaten weder ungenügende Bemühungen für eine adäquate Unterbringung des Beschwerdeführers noch anderweitige Sorgfaltspflichtverletzungen erkennen lasse. Vielmehr habe die Abteilung Straf- und Massnahmenvollzug unter den gegebenen Umständen ihren Handlungsspielraum ausgeschöpft, um den Beschwerdeführer so schnell wie möglich in einer geeigneten Institution unterzubringen. Der Zweck der Massnahme sei jederzeit die Etablierung einer adäquaten Behandlung resp. die auf eine Resozialisierung des Beschwerdeführers ausgerichtete Therapie gewesen. Ein struktureller Mangel an Therapieplätzen sei in der Schweiz trotz bestehender Wartezeiten nicht auszumachen. Weiter sei zu beachten, dass der Beschwerdeführer im fraglichen Zeitraum über insgesamt sieben Monate in Kliniken behandelt worden sei. Auch während seiner Aufenthalte in Strafvollzugseinrichtungen sei er zudem jederzeit medizinisch und zumindest grundlegend psychiatrisch versorgt gewesen. Die Schwierigkeiten bei der Unterbringung des Beschwerdeführers in einer geeigneten Einrichtung hätten weniger in einem allfälligen strukturell bedingten Mangel an Therapieplätzen gelegen, sondern vielmehr in seinem eigenen Verhalten im Vollzug. Die übergangsweise Platzierung in ungeeigneten Einrichtungen erweise sich im Ergebnis zwar als lang, jedoch als erforderlich, damit eine geeignete Vollzugseinrichtung habe gefunden werden können (vgl. angefochtener Entscheid E. 5.4).

**8.2.** Der Beschwerdeführer bringt dagegen im Wesentlichen vor, es bestehe einerseits ein struktureller Mangel an Therapieplätzen im Kanton Bern, womit den Behörden von vornherein klar gewesen sei, dass die angeordnete Massnahme nicht wie geplant durchgeführt werden können. Bereits deshalb sei die Organisationshaft des Beschwerdeführers unzulässig gewesen. Andererseits macht er zusammengefasst geltend, die Bemühungen der Abteilung Straf- und Massnahmenvollzug seien ungenügend gewesen:

Insbesondere seien zunächst lediglich 3 von 8 potenziellen Einrichtungen angefragt worden und diese erst Monate später ein zweites Mal kontaktiert worden. Es gehe zudem nicht an, dem Beschwerdeführer seine Erkrankung als Grund anzulasten, weshalb er über 17 Monate nicht in eine geeignete Einrichtung habe übertreten können. Die angeblich fehlende Behandlungseinsicht und Therapiemotivation sei vielmehr gerade auf die falsche Platzierung zurückzuführen.

**8.3.** Im Ergebnis erweist sich diese Kritik des Beschwerdeführers als berechtigt.

**8.3.1.** Gemäss dem psychiatrischen Gutachten des Forensisch-Psychiatrischen Dienstes der Universität Bern vom 5. Oktober 2015 galt es eine Unterbringung in einem Gefängnis (auch zur Zwischenplatzierung) zu vermeiden, weil sich eine solche ungünstig auf den Krankheitsverlauf des Beschwerdeführers auswirken würde (vgl. angefochtener Entscheid E. 2.1.2 S. 10; vgl. vorstehende E. 6.2; ferner zu den Auswirkungen einer unbehandelten Psychose bzw. eines längeren Aufenthalts in einem Untersuchungsgefängnis oder in einer Strafanstalt von schizophrenen Straftätern Marianne Heer/Elmar Habermeyer in: Basler Kommentar, Strafrecht I, 4. Aufl. 2019, N. 69b zu Art. 59 StGB).

Auch wenn offen gelassen werden kann, ob - wie der Beschwerdeführer geltend macht - strukturelle Mängel im Sinne der Rechtsprechung des EGMR vorliegen, erscheint zumindest offensichtlich, dass im Kanton Bern ein ausgewiesener Mangel an adäquaten innerkantonalen Platzierungsmöglichkeiten für psychisch kranke Straftäterinnen und Straftäter besteht, was zu teils langen Wartezeiten bis zum Massnahmenantritt führt, speziell bei schuldunfähigen Personen. Dies ergibt sich erstens aus der vom Beschwerdeführer und im angefochtenen Entscheid zitierten Fachliteratur (vgl. Dorothee Klecha et al., Der Bedarf an forensischen Klinikbetten am Beispiel des Kantons Bern, in: Schweizerische Zeitschrift für Kriminologie, 3/2016, S. 3-12, S. 9 ff.; ferner Michael Liebrecht et al., Art. 59 StGB: Zur Platzierung von Patient\*innen im Kanton Bern, in: Jusletter 11. Januar 2021, S. 2). Zweitens zeigt sich die Problematik gerade am vorliegenden Fall, wobei auch die Vorinstanz von "bestehenden Wartezeiten" spricht (vgl. angefochtener Entscheid E. 5.4.7 S. 36).

**8.3.2.** Bei dieser Ausgangslage (Vermeidung einer Zwischenplatzierung; Kapazitätsmangel bzw. Wartezeiten) erweist es sich gerade nicht als ausreichend, dass die Vollzugsbehörden am 17. November 2015 zunächst lediglich drei psychiatrische Einrichtungen - die UPK Basel, die Klinik Königsfelden und das Zentrum Rheinau - um Aufnahme des Beschwerdeführers ersuchten. Selbst nachdem diese den Beschwerdeführer auf ihre Wartelisten gesetzt hatten und damit klar war, dass eine zeitnahe Platzierung dort nicht möglich war, blieben weitere Aufnahmegesuche aus. Erst nach der ersten Absage durch die UPK Basel ersuchten die Vollzugsbehörden weitere Einrichtungen um Aufnahme, namentlich am 22. August 2016 (nochmals UPK Basel), am 30. September 2016 (Klinik Beverin) und am 28. Oktober 2016 (JVA Solothurn). Um die Möglichkeit einer raschen Platzierung des Beschwerdeführers entsprechend den gutachterlichen Empfehlungen und trotz bekanntermassen langer Wartezeiten hinreichend zu wahren, hätten von *Beginn weg* mehr Einrichtungen angefragt werden müssen.

**8.3.3.** Nicht überzeugend ist in diesem Zusammenhang der Verweis der Vorinstanz darauf, es entspreche dem Sinn der Strafvollzugskonkordate, dass bei der Suche nach einem Platz für den stationären Massnahmenvollzug zunächst in erster Linie die Anstalten der Konkordatskantone angefragt werden (vgl. angefochtener Entscheid E. 5.4.4 S. 33). Wie die Vorinstanz festhielt, richtete sich bereits eines der drei ersten Aufnahmegesuche von November 2015 an das ausserkonkordatliche Zentrum Rheinau (vgl. angefochtener Entscheid E. 5.4.4 S. 33). Entsprechend bestand unter Berücksichtigung der prekären Ausgangslage (vgl. vorstehende E. 8.3.1) kein Grund, nicht noch weitere ausserkonkordatliche Institutionen anzufragen. Auch bei allfälligen Aufnahmebeschränkungen betreffend ausserkonkordatliche Massnahmeunterworfenen hätte dies zumindest die Chancen erhöht, einen (zeitnahen) Eintritt des Beschwerdeführers in eine forensisch-psychiatrische Klinik zu ermöglichen (vgl. **BGE 148 I 116** E. 2.4 u. 2.6 sowie Urteil 6B\_1293/2016 vom 23. Oktober 2017 E. 2.1, wonach die Vollzugsbehörden ihre Suche auf die ganze Schweiz erstrecken müssen).

**8.3.4.** Die Vorinstanz stellte fest, dass mangelnde Krankheitseinsicht und Behandlungsmotivation, der fehlende Therapiewille sowie ein wiederholt akut selbst- und fremdgefährdendes Verhalten immer wieder zu anstaltsinternen Disziplinierungen geführt und dazu beigetragen haben, dass der Beschwerdeführer von der JVA Thorberg auf die Bewachungsstation und von dort in ein Regionalgefängnis hat verlegt werden müssen (vgl. angefochtener Entscheid E. 5.4.5 S. 34). Zudem habe die UPK Basel die zweimalige Ablehnung der Aufnahmegesuche mit der fehlenden Behandlungseinsicht und der mangelnden Therapiemotivation des Beschwerdeführers begründet, womit seine dortige Aufnahme gemäss der Vorinstanz an objektiven Gründen gescheitert sei, die nicht im Verantwortungsbereich der Vollzugsbehörden liegen würden (vgl. angefochtener Entscheid E. 5.4.5 S. 34).

Es ist grundsätzlich richtig, dass sich die Zulässigkeit einer vorübergehenden Unterbringung in einer ungeeigneten Einrichtung rechtsprechungsgemäss unter anderem daran bemisst, ob in der Person des Betroffenen begründete Schwierigkeiten vorliegen (vgl. vorstehende E. 5.3). Gleichwohl kann das Verhalten des Beschwerdeführers hier eine Wartezeit von 17 Monaten nicht (mehr) rechtfertigen: Grundsätzlich gilt es zu bemerken, dass dem Beschwerdeführer sein Verhalten - wie die Vorinstanz zu Recht selbst anführt - aufgrund seiner paranoiden Schizophrenie nicht vorbehaltlos entgegengehalten werden kann. Insbesondere lag nach den vorinstanzlichen Feststellungen ein erstes Therapieziel der Massnahme gerade darin, Krankheitseinsicht und Therapiewilligkeit zu schaffen (vgl. angefochtener Entscheid E. 2.1.2 S. 10; vorstehende E. 6.4). Darüber hinaus entbinden auch im Verhalten des Beschwerdeführers liegende Schwierigkeiten die Behörden nicht davon, sich hinreichend um einen geeigneten Einrichtungsplatz zu

bemühen (vgl. vorstehende E. 8.3.2).

**8.3.5.** Die Vorinstanz relativierte die Wartezeit des Beschwerdeführers schliesslich, indem sie diese in drei unterschiedliche Phasen unterteilte (vgl. angefochtener Entscheid E. 5.4.1 und 5.4.2; vorstehende E. 7.2) : Nur die *zweite Phase*, in welcher der Beschwerdeführer insgesamt neun Monate und 28 Tage in Regionalgefängnissen verbrachte und lediglich eine psychiatrische und medizinische Basisversorgung sichergestellt war, könne als "eigentliche Wartezeit" bezeichnet werden. Demgegenüber seien die *erste Phase* (Aufenthalt in der JVA Thorberg) und die *dritte Phase* (Aufenthalt auf der Bewachungsstation sowie der Station Etoine) vielmehr als therapievorbereitend zu betrachten.

Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass eine vorübergehende Unterbringung in der JVA Thorberg im Sinne einer Notsituation grundsätzlich als zulässig erachtet werden kann, zumal den Vollzugsbehörden eine gewisse Zeit zuzugestehen ist, eine geeignete Einrichtung zu suchen und einen Massnahmenplatz zu organisieren.

Auch gilt es rechtsprechungsgemäss zu berücksichtigen, dass eine vorübergehende und an sich ungeeignete Unterbringung zumindest teilweise als therapeutisch adäquat angesehen werden kann (vgl. vorstehende E. 5.3). Insofern ist hier miteinzubeziehen, dass der Beschwerdeführer während seiner Wartezeit mehrfach auf der Bewachungsstation sowie auf der Station Etoine untergebracht war, dort psychiatrisch wie medizinisch umfassend betreut wurde und man insbesondere auf der Station Etoine versuchte, eine antipsychotische Medikation zu etablieren und ein Krankheitsverständnis zu entwickeln (vgl. angefochtener Entscheid E. 5.4.2 S. 30). Aus den vorinstanzlichen Feststellungen ergibt sich indessen auch, dass diese Klinikaufenthalte nicht etwa im Sinne einer Therapievorbereitung vorgesehen waren, sondern als Kriseninterventionen erfolgten, zuletzt nachdem der Beschwerdeführer knapp 10 Monate und entgegen den gutachterlichen Empfehlungen in Regionalgefängnissen untergebracht war und er dort ein medizinisches Risiko darstellte (vgl. angefochtener Entscheid E. 5.4.1 S. 28 f.). Hinzu kommt, dass der Beschwerdeführer trotz umfassender psychiatrischer und medizinischer Betreuung in den Kliniken keine spezifische Therapie entsprechend der angeordneten Massnahme erhalten hatte (vgl. angefochtener Entscheid E. 5.4.2 S. 30; vorstehende E. 7.3; ferner im Unterschied dazu etwa die Urteile 2C\_544/2021 vom 11. Mai 2022 E. 6; 6B\_294/2020 vom 24. September 2020 E. 5). Bei dieser Sachlage vermögen auch die zwischenzeitlichen Aufenthalte des Beschwerdeführers auf der Bewachungsstation und der dreimonatige Aufenthalt auf der Station Etoine seine Wartezeit nicht als zulässig erscheinen zu lassen.

**8.4.** Nach Gesagtem versties die rund 17-monatige Wartezeit bzw. Organisationshaft des Beschwerdeführers gegen die Vorgaben von Art. 5 Ziff. 1 lit. e EMRK: Angesichts des Umstandes, dass es erstens eine zwischenzeitliche Unterbringung in einem Gefängnis aufgrund des Krankheitsverlaufs des Beschwerdeführers zu vermeiden galt und zweitens bekanntermassen längere Wartezeiten für Klinikplätze bestanden, erweisen sich die zu Beginn auf drei Institutionen beschränkten Aufnahmegesuche als unzureichend. Folglich ist die Unterbringung des Beschwerdeführers bzw. Vollzugsform spätestens ab dem Zeitpunkt seiner Verlegung in das Regionalgefängnis Burgdorf als rechtswidrig zu qualifizieren.

## 9.

Die festgestellte Rechtswidrigkeit der Unterbringung begründet nach Art. 5 Ziff. 5 EMRK grundsätzlich einen Entschädigungsanspruch (vgl. vorstehende E. 5.1). Bei dieser Ausgangslage ist der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. Diese hat das Entschädigungsbegehren des Beschwerdeführers erneut zu prüfen und die Höhe der Entschädigung unter Berücksichtigung der Auswirkungen seiner rechtswidrigen Unterbringung festzulegen. Da sich bereits die Rüge einer Verletzung von Art. 5 Ziff. 1 lit. e i.V.m. Art. 5 Ziff. 5 EMRK als begründet erweist, kann offen bleiben, wie es sich mit den weiteren Rügen des Beschwerdeführers verhält (vgl. vorstehende E. 4.2).

## 10.

**10.1.** Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist gutzuheissen, soweit darauf eingetreten wird, das angefochtene Urteil vom 19. Mai 2021 aufzuheben und die Sache im Sinne der Erwägungen zu neuem Entscheid an das Verwaltungsgericht des Kantons Bern zurückzuweisen. Die Vorinstanz wird dabei auch über die Parteientschädigung zu befinden haben sowie über die unentgeltliche Rechtspflege, sofern das diesbezügliche Gesuch des Beschwerdeführers nicht gegenstandslos wird.

**10.2.** Bei diesem Verfahrensausgang sind die Verfahrenskosten dem Kanton Bern aufzuerlegen, der in vermögensrechtlichen Interessen betroffen ist (Art. 66 Abs. 4 BGG). Der Kanton Bern hat dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers eine angemessene Parteientschädigung für das bundesgerichtliche Verfahren auszurichten (Art. 68 Abs. 1 BGG). Damit wird das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege im bundesgerichtlichen Verfahren gegenstandslos.

## Demnach erkennt das Bundesgericht:

### 1.

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wird gutgeheissen, soweit darauf einzutreten ist. Das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 19. Mai 2021 wird aufgehoben und die Sache zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

**2.**

Auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde wird nicht eingetreten.

**3.**

Die Gerichtskosten von Fr. 4'000.- werden dem Kanton Bern auferlegt.

**4.**

Der Kanton Bern hat Rechtsanwalt Julian Burkhalter für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 4'500.-- zu entschädigen.

**5.**

Das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege wird als gegenstandslos abgeschrieben.

**6.**

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten und dem Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Verwaltungsrechtliche Abteilung, mitgeteilt.

Lausanne, 25. April 2023

Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: F. Aubry Girardin

Der Gerichtsschreiber: C. Marti