

## BGE 145 IV 424

Bundesgericht (BGE), 2019-09-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_BGE\\_145\\_IV\\_424](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_BGE_145_IV_424)

FR: ATF 145 IV 424

IT: DTF 145 IV 424

### Regeste

Regeste Art. 9 Abs. 1 JStG; Art. 29 Abs. 2 Satz 1 JStPO; Zeitpunkt und Umfang der Anrechnung der stationären Beobachtung eines Jugendlichen auf die Strafe. Über die Anrechnung einer stationären Beobachtung im Sinne von Art. 9 Abs. 1 JStG auf die Strafe hat das Gericht im Dispositiv des Sachurteils zu befinden (E. 4.4). Art. 29 Abs. 2 Satz 1 JStPO geht von einer Pflicht der Anrechnung der stationären Beobachtung auf die Strafe aus, legt aber gleichzeitig fest, dass die Anrechnung angemessen zu erfolgen hat. Entscheidend für den Umfang der Anrechnung sind die vom Jugendlichen während der stationären Beobachtung konkret hinzunehmenden Einschränkungen. Eine stationäre Beobachtung, die von der Intensität des Freiheitsentzugs her der Untersuchungshaft bzw. dem Vollzug der Freiheitsstrafe gleichkommt, ist voll auf die Strafe anzurechnen. Weniger freiheitsbeschränkende Vollzugsformen sind nicht eins zu eins (d.h. zu 100 %) anzurechnen, sondern zu einem tieferen Prozentsatz. Auch die mildeste Form der stationären Beobachtung ist mitzuberücksichtigen, wenn auch wirklich nur in reduziertem Masse (E. 4.5.1 und 4.5.2). Das Gericht ist verpflichtet, die konkreten Verhältnisse während der stationären Beobachtung abzuklären. Nicht anzurechnen ist die Zeit, während welcher sich der Jugendliche auf der Flucht befand (E. 4.5.3).

Regeste Art. 9 al. 1 DPMIn; art. 29 al. 2, 1 re phrase, PPMIn; moment et ampleur de l'imputation de l'observation institutionnelle sur la peine d'un mineur. Le tribunal doit trancher dans le dispositif du jugement au fond la question de l'imputation sur la peine d'une observation institutionnelle au sens de l'art. 9 al. 1 DPMIn (consid. 4.4). L'art. 29 al. 2, 1 re phrase, PPMIn postule que l'observation institutionnelle doit être imputée sur la peine, avec la précision que l'imputation doit être faite de manière appropriée. Est déterminante pour fixer l'ampleur de l'imputation l'importance des restrictions imposées au mineur pendant l'observation institutionnelle. Une observation institutionnelle qui a généré une privation de liberté comparable à l'exécution d'une peine privative de liberté doit être imputée en totalité sur la peine. Des formes d'exécution impliquant une privation de liberté moindre ne sont pas à déduire à raison d'un jour de peine par jour d'observation (c.-à-d. à 100 %) mais à un pourcentage inférieur. Toute forme d'observation institutionnelle, même la moins contraignante, doit être prise en considération, le cas échéant dans une mesure très restreinte (consid. 4.5.1 et 4.5.2). Le tribunal doit déterminer les conditions concrètes dans lesquelles a été effectuée l'observation institutionnelle. Il n'y a pas lieu de déduire le temps pendant lequel le mineur était en fuite (consid. 4.5.3).

Regesto Art. 9 cpv. 1 DPMIn; art. 29 cpv. 2 prima frase PPMIn; momento e misura del computo dell'osservazione in un istituto nella pena di un minore. Il tribunale deve statuire nel dispositivo del giudizio di merito sul computo nella pena dell'osservazione in un istituto giusta l'art. 9 cpv. 1 DPMIn (consid. 4.4). L'art. 29 cpv. 2 prima frase PPMIn impone il computo dell'osservazione in un istituto nella pena, ma stabilisce al contempo che esso

avvenga in modo adeguato. Per definire la misura del computo sono determinanti le limitazioni concretamente imposte al minore durante l'osservazione in un istituto. Se comporta una privazione della libertà di un'intensità equivalente a una carcerazione preventiva, rispettivamente all'esecuzione di una pena detentiva, l'osservazione in un istituto dev'essere integralmente computata nella pena. Il computo di forme di esecuzione con un impatto inferiore sulla libertà non si effettua sulla base di un rapporto 1:1 (ossia 100 %), ma di una percentuale inferiore. Ogni forma di osservazione in un istituto, compresa la più blanda, dev'essere presa in considerazione, anche se solo in misura ridotta (consid. 4.5.1 e 4.5.2). Il tribunale è tenuto ad accertare in quali condizioni concrete si è svolta l'osservazione in istituto. Non dev'essere computato il periodo durante il quale il minore era in fuga (consid. 4.5.3).

## **Erwägungen**

### **E. 4.1**

Die Beschwerdeführerin beanstandet zudem, die Vorinstanz bejahe zu Unrecht Überhaft. Die Untersuchungshaft von 98 Tagen und die stationäre Beobachtung von 302 Tagen hätten an die freiheitsentziehende Massnahme, die immer noch laufe, angerechnet werden müssen. Eine Überhaft sei daher nicht gegeben. Die Vorinstanz habe Art. 431 Abs. 2 und 3 StPO verletzt. Die Beschwerdeführerin kritisiert weiter, die stationäre Beobachtung sei gemäss Art. 29 Abs. 2 JStPO (SR 312.1) und entgegen der Vorinstanz nicht in ihrer Gesamtheit, sondern lediglich angemessen auf die Strafe anzurechnen. Der Beschwerdegegner habe ab dem Übertritt von der geschlossenen in die offene Abteilung des AHBasel am 17. Januar 2017 insgesamt drei Wochenenden bei sich zu Hause verbracht. Eine solche Unterbringung sei weit weniger einschneidend als eine Untersuchungs- oder Sicherheitshaft. Zudem sei er am 2./ 3. April 2017 und vom 23. bis 25. April 2017 vom AHBasel abgängig gewesen. Schliesslich habe die Vorinstanz auch Art. 1 Abs. 2 JStG (SR 311.1) i.V.m. Art. 51 StGB verletzt. Eine stationäre Beobachtung entspreche ihrem Wesen nach eher den vorsorglichen Schutzmassnahmen als der Untersuchungshaft. Sie sei in analoger Anwendung von Art. 32 Abs. 2 JStG und der dazu ergangenen Rechtsprechung ( BGE 137 IV 7 ) BGE 145 IV 424 S. 428 daher erst bei der Aufhebung der Schutzmassnahme anzurechnen und nicht wie die Untersuchungshaft bereits im Urteil. Art. 29 JStPO sage nichts über den Zeitpunkt der Anrechnung der stationären Beobachtung aus.

### **E. 4.2**

Damit wendet sich die Beschwerdeführerin gegen die zugesprochene Entschädigung von Fr. 660.-wegen Überhaft sowie die Feststellung im angefochtenen Entscheid, wonach die unbedingte Freiheitsstrafe von 12 Monaten durch die Untersuchungshaft und die stationäre Beobachtung erstanden ist. Zwar rechnete bereits die erste Instanz 96 Tage Untersuchungshaft und 302 Tage in stationärer Beobachtung auf die Freiheitsstrafe an, was die Beschwerdeführerin - die selber nicht Berufung erhob - nicht angefochten hat. Die Ausgangslage nach dem erstinstanzlichen Urteil war jedoch eine andere, da die damals unbedingt ausgesprochene Freiheitsstrafe von zwei Jahren mit dieser Anrechnung nicht vollständig abgegolten war und dem Beschwerdegegner keine Entschädigung zugesprochen wurde. Auf die Rüge ist daher einzutreten.

### **E. 4.3**

Die stationäre Beobachtung ist in Art. 9 JStG geregelt. Danach hat die zuständige Behörde die persönlichen Verhältnisse des Jugendlichen abzuklären, soweit dies für den Entscheid über die Anordnung einer Schutzmassnahme oder Strafe erforderlich ist; zu diesem Zweck kann sie auch eine ambulante oder stationäre Beobachtung anordnen ( Art. 9 Abs. 1 JStG ). Mit der Abklärung kann eine Person oder Stelle beauftragt werden, die eine fachgerechte Durchführung gewährleistet ( Art. 9 Abs. 2 JStG ). Die stationäre Beobachtung wird gemäss Art. 29 Abs. 1 JStPO schriftlich angeordnet und ist zu begründen. Art. 29 Abs. 2 Satz 1 JStPO bestimmt weiter, dass die stationäre Beobachtung angemessen auf die Strafe anzurechnen ist. Für den Vollzug der stationären Beobachtung ist Art. 16 JStG betreffend den Vollzug von Unterbringungen sinngemäss anwendbar ( Art. 29 Abs. 2 Satz 2 JStPO ).

#### **E. 4.4**

Dass die stationäre Beobachtung, wenn auch nur angemessen, auf die Strafe anzurechnen ist, ergibt sich aus Art. 29 Abs. 2 Satz 1 JStPO . Dies hat unabhängig davon zu gelten, ob die im Sachurteil ausgesprochene Unterbringung ihren Zweck später erreicht oder nicht (vgl. Art. 32 Abs. 2 und 3 JStG ). Die stationäre Beobachtung im Sinne von Art. 9 JStG dient der Abklärung der persönlichen Verhältnisse im Hinblick auf die Anordnung einer Schutzmassnahme oder Strafe ( Art. 9 Abs. 1 JStG ). Sie endet somit zwingend vor dem BGE 145 IV 424 S. 429 Sachurteil. Die Anrechnung kann und muss daher - wie bei der Untersuchungshaft (vgl. Art. 1 Abs. 2 lit. b JStG i.V.m. Art. 51 StGB ; BGE 102 IV 153 E. 3 S. 160 f.) - zeitnah bereits im Dispositiv des Sachurteils erfolgen (so auch HUG/SCHLÄFLI/VALÄR, in: Basler Kommentar, Strafrecht, Bd. II, 4. Aufl. 2019, N. 12a zu Art. 9 JStG ; a.M. JOSITSCH/RIESEN-KUPPER, in: Schweizerische Jugendstrafprozessordnung [JStPO], Kommentar, 2. Aufl. 2018, N. 9 zu Art. 29 JStPO ; differenzierend: MAZENAUER/REUT, Richterliche Strafzumessung im Jugendstrafrecht, forumpoenale 6/2014 S. 351 ff., 356). Davon ging auch der Gesetzgeber aus: Der Bundesrat vertrat die Auffassung, die stationäre Beobachtung gelte als Untersuchungshaft und sei wie diese auf die Strafe anzurechnen (Art. 25d Abs. 2 Satz 1 des geänderten E-JStPO vom 22. August 2007, BBl 2008 3165; Botschaft vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 1085 ff., 1367 zu Art. 29 E-JStPO; Zusatzbericht vom 22. August 2007, Erläuterung der Änderungen des bundesrätlichen Entwurfs vom 21. Dezember 2005 zu einer schweizerischen Jugendstrafprozessordnung [JStPO], BBl 2008 3121 ff., 3145 Ziff. 3.6.4). In der Folge wurde im Parlament zwar über den Umfang der Anrechnung diskutiert (vgl. nachfolgend E. 4.5.1). Dass die Anrechnung wie bei der Untersuchungshaft im Urteilszeitpunkt erfolgen soll, wurde jedoch nicht infrage gestellt. Der Gesetzgeber wollte die stationäre Beobachtung und die vorsorgliche Unterbringung hinsichtlich des Zeitpunkts der Anrechnung auf die Strafe demnach nicht gleich behandeln. Dies ergibt sich auch daraus, dass Ersteres - anders als die Anrechnung der vorsorglichen Unterbringung (vgl. Art. 32 Abs. 3 Satz 2 JStG ; BGE 142 IV 359 E. 2 S. 361; BGE 137 IV 7 E. 1.6.2 S. 11) - in der JStPO und nicht im JStG geregelt ist. Die Beschwerdeführerin beruft sich insoweit zu Unrecht auf BGE 137 IV 7 , der nicht eine stationäre Beobachtung nach Art. 9 JStG , sondern eine vorsorgliche Unterbringung im Sinne von Art. 5 i.V.m. Art. 15 JStG betraf. Im Übrigen ist gemäss BGE 137 IV 7 über die Anrechnung der vorsorglichen Unterbringung an die Freiheitsstrafe nur dann nach Beendigung der Massnahme zu befinden, wenn die vorsorgliche Massnahme gemäss Urteil in der Hauptsache unverändert als definitive Massnahme weitergeführt werden soll. Ändert der Richter die im Untersuchungsstadium vorsorglich angeordnete Massnahme oder hebt er diese ganz auf, hat er über die Anrechnung der abgeschlossenen Massnahme an die Strafe -

analog der Untersuchungshaft - im Sachurteil zu entscheiden (BGE, a.a.O., E. 1.6.2 BGE 145 IV 424 S. 430 S. 12). Die stationäre Beobachtung geht über eine vorsorgliche Unterbringung hinaus, da die Beobachtungsstationen die Jugendlichen nicht nur betreuen, sondern auch sozialpädagogische Abklärungen tätigen. Zusätzlich zu einer stationären Beobachtung kann eine medizinische oder psychologische Begutachtung ( Art. 9 Abs. 3 JStG ) oder vorsorglich bereits eine therapeutische Massnahme angeordnet werden (vgl. Art. 5 i.V.m. Art. 14 JStG ). Die stationäre Beobachtung betrifft die Abklärung der tatsächlichen Verhältnisse (vgl. Art. 9 Abs. 1 JStG ). Als Untersuchungshandlung ist sie - wie die medizinische oder psychologische Begutachtung - lediglich für das Untersuchungsverfahren vorgesehen. Eine Weiterführung der stationären Beobachtung im Sachurteil als definitive Massnahme ist ausgeschlossen. Vorliegend endete die stationäre Beobachtung bereits Ende Juli 2017 und damit vor dem erstinstanzlichen Urteil. Die Vorinstanz entschied über die Anrechnung der stationären Beobachtung auf die Freiheitsstrafe nach dem Gesagten zu Recht im Strafentscheid.

#### **E. 4.5.1**

Die stationäre Beobachtung ist gemäss Art. 29 Abs. 2 Satz 1 JStPO lediglich angemessen auf die Strafe anzurechnen. Der Entwurf zur JStPO sah vor, dass die stationäre Beobachtung - gleich wie die Untersuchungshaft - auf die (Freiheits-)Strafe anzurechnen ist (vgl. Art. 29 Abs. 2 E-JStPO vom 21. Dezember 2005; Art. 25d Abs. 2 Satz 1 des geänderten E-JStPO vom 22. August 2007, BBl 2008 3165; BBl 2006 1367 zu Art. 29 E-JStPO; BBl 2008 3145 Ziff. 3.6.4). Der Ständerat folgte inhaltlich diesem Antrag (AB 2007 S 1077 f.). Die Mehrheit des Nationalrats vertrat jedoch die Auffassung, eine stationäre Beobachtung sei mit Untersuchungshaft nicht zwingend vergleichbar, weshalb er sich für eine Streichung der Bestimmung über die Anrechnung der stationären Beobachtung auf die Strafe aussprach (AB 2008 N 1232 f.). In der Folge einigten sich National- und Ständerat im Differenzbereinigungsverfahren im Sinne eines Kompromisses auf den aktuellen Wortlaut von Art. 29 Abs. 2 JStPO (AB 2008 S 880 f.; AB 2009 N 67). Dem Kompromiss lag der Gedanke zugrunde, dass eine stationäre Beobachtung ein sehr breites Vollzugsspektrum hat, das von der untersuchungshaftähnlichen Beobachtung bis zur sehr offenen Beobachtung geht. Das Ausmass der Freiheitsbeschränkung bei einer stationären Beobachtung ist je nach Vollzugseinrichtung sehr unterschiedlich. Es kann einer Untersuchungshaft sehr nahekommen. Die Freiheitsbeschränkung BGE 145 IV 424 S. 431 kann aber auch wesentlich geringer sein als bei der Untersuchungshaft, da die stationäre Beobachtung auch in sehr offenen Einrichtungen mit Ausgängen und freien Wochenenden vollzogen werden kann (AB 2008 N 1233; AB 2008 S 880 f.). Diesen unterschiedlichen Vollzugsformen der stationären Beobachtung wollte der Gesetzgeber mit dem Ausdruck "angemessen" Rechnung tragen, wobei die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs "angemessen" der Praxis überlassen wurde (AB 2008 S 881). Die Kompromissvariante geht von einer Pflicht der Anrechnung an die Strafe aus, legt aber gleichzeitig fest, dass die Anrechnung angemessen zu erfolgen hat (AB 2008 S 881).

#### **E. 4.5.2**

Den parlamentarischen Beratungen muss demnach entnommen werden, dass eine stationäre Beobachtung, die von der Intensität des Freiheitsentzugs her der Untersuchungshaft bzw. dem Vollzug der Freiheitsstrafe gleichkommt, voll auf die Strafe anzurechnen ist. Weniger freiheitsbeschränkende Vollzugsformen sind nicht eins zu eins (d.h. zu 100 %) auf die Strafe anzurechnen, sondern zu einem tieferen Prozentsatz. Auch die mildeste Form der

stationären Beobachtung ist mitzubersichtigen, wenn auch wirklich nur in reduziertem Masse (vgl. Votum Bundesrätin Widmer-Schlumpf, AB 2008 S 881). Auch stationäre Beobachtungen in offenen Einrichtungen sind folglich angemessen auf die Strafe anzurechnen (vgl. für die Unterbringung nach Art. 15 JStG in offenen Einrichtungen: HUG/SCHLÄFLI/VALÄR, a.a.O., N. 6 zu Art. 32 JStG ; GEIGER/REDONDO/TIRELLI, Droit pénal des mineurs, 2019, N. 15 f. zu Art. 32 JStG ; PETER AEBERSOLD, Schweizerisches Jugendstrafrecht, 3. Aufl. 2017, N. 610; a.M. JOSITSCH/MURER, Die Schweizerische Jugendstrafprozessordnung - ein Balanceakt zwischen Rechtsstaat und Erziehungsgrundsatz, ZStrR 127/2009 S. 290 ff., 317; ANGELIKA MURER MIKOLÁSEK, Analyse der Schweizerischen Jugendstrafprozessordnung [JStPO], in Zürcher Studien zum Strafrecht, Bd. 60, 2011, N. 229; MAZENAUER/REUT, a.a.O., S. 356). Entscheidend sind die vom Jugendlichen konkret hinzunehmenden Einschränkungen etwa bezüglich Freizeitgestaltung, Ausgängen, Kontakten zu Freunden und Familie, Regelungsdichte der Tagesstruktur, persönlicher Gegenstände etc.

#### **E. 4.5.3**

Ähnliche Fragen wie bei der Anrechnung von stationären Beobachtungen stellen sich bei der Anrechnung einer (vorsorglichen) Unterbringung im Sinne von Art. 15 ff. JStG (vgl. Art. 32 Abs. 3 Satz 2 JStG ), die ebenfalls in geschlossenen oder offenen Einrichtungen BGE 145 IV 424 S. 432 erfolgen kann (vgl. Art. 15 Abs. 2 und 3 JStG ). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist bei der Anrechnung der Unterbringung auf die Strafe - nebst weiteren, für die Anrechnung der stationären Beobachtung nicht relevanten Kriterien (Aussicht auf Bewährung des Betroffenen; Ursachen, die zum Scheitern der Massnahme geführt haben) - namentlich das Mass der mit der Unterbringung verbundenen Freiheitsbeschränkung, d.h. die konkrete Vollzugssituation, zu beachten ( BGE 142 IV 359 E. 2.4 S. 364). Das Gericht ist daher verpflichtet, die konkreten Verhältnisse während der Unterbringung abzuklären (Urteil 6B\_763/2016 vom 7. Dezember 2016 E. 1.2.1). Nicht anzurechnen ist die Zeit, während welcher sich der Jugendliche auf der Flucht befand ( BGE 142 IV 359 E. 2.5 S. 365; Urteil 6B\_763/2016 vom 7. Dezember 2016 E. 1.2.1). Dies muss auch für die stationäre Beobachtung gelten.

#### **E. 4.6.1**

Vorliegend geht aus dem erstinstanzlichen Entscheid, auf welchen die Vorinstanz für die Dauer der Untersuchungshaft und der stationären Beobachtung abstellt, hervor, dass sich der Beschwerdegegner vom 27. Juni bis 14. September 2016 in Untersuchungshaft befand. Vom 14. bis 21. September 2016 erfolgte eine erste stationäre Beobachtung, im Anschluss an welche der Beschwerdegegner erneut bis zum 7. Oktober 2016 in Untersuchungshaft versetzt wurde. Am 7. Oktober 2016 trat er für eine zweite stationäre Beobachtung in das AHBasel ein, aus welchem er am 29. Juli 2017 entlassen wurde. Am 28. Juli 2017 verfügte die Jugendanwaltschaft die vorsorgliche Unterbringung des Beschwerdegegners im Sinne von Art. 15 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 JStG in der Aussenwohngruppe C. der Stiftung D. mit Eintritt am 15. August 2017. Die Untersuchungshaft dauerte daher insgesamt 96 Tage und die stationäre Beobachtung 302 Tage. Die zweite stationäre Beobachtung fand gemäss den Akten zunächst in der geschlossenen Abteilung des AHBasel statt. Am 17. Januar 2017 erfolgte der Übertritt in die offene Abteilung des AHBasel. Gemäss dem Beobachtungsbericht vom 2. August 2017 verbrachte der Beschwerdegegner seit seiner Versetzung in die offene Abteilung des AHBasel ab Mai 2017 insgesamt drei durchgehende Wochenenden zu Hause. Zudem entwich er am 2./3. April 2017 sowie vom 23. bis am 25.

Mai 2017 aus dem AHBasel. Weiter hatte der Beschwerdegegner in der Zeit von April bis Juli 2017 verschiedene externe Arbeits- bzw. Schnuppereinsätze u.a. in Autowerkstätten.  
BGE 145 IV 424 S. 433

#### **E. 4.6.2**

Indem die Vorinstanz die Zeit der stationären Beobachtung von 302 Tagen (inkl. Zeit der Entweichung) vollständig auf die ausgesprochene Freiheitsstrafe anrechnete, versties sie gegen Bundesrecht. Der Gesetzgeber sprach sich explizit gegen eine solche Lösung aus. Die Angelegenheit ist in diesem Punkt zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Diese wird zu prüfen haben, in welchem Umfang dem Beschwerdegegner die Freiheit während der stationären Beobachtung konkret entzogen war. Auf jeden Fall nicht anzurechnen sind die Fluchttage (E. 4.5.3). Die Beschwerde ist in diesem Punkt begründet.

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