

SK-Nr. 2008 446

Urteil der 3. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern,

unter Mitwirkung von Oberrichterin Schnell (Präsidentin i.V.), Oberrichterin Bratschi und
Obergerichtssuppleantin Grütter sowie Kammerschreiberin Jaggi

vom 1. Mai 2009

in der Strafsache gegen

A.

amtlich vertreten durch Fürsprecher X.

Angeschuldigter/Appellant

wegen sexuellen Handlungen mit Kindern

Regeste

Eine unter altem Recht wegen Erreichens des 80. Lebensjahres aus dem Strafregister gelöschte Vorstrafe darf dem Angeeschuligten vorgehalten werden. Es ist zulässig bzw. geboten, zu dieser Strafe (teilweise) eine Zusatzstrafe auszufällen.

Redaktionelle Vorbemerkungen

Es lag ein Urteil des Kreisgerichts VIII Bern-Laupen vom 15. August 2003 vor, mit welchem der Angeeschuldigte wegen sexuellen Handlungen mit Kindern zu einer bedingten Gefängnisstrafe von 6 Monaten verurteilt worden war. Der Tatzeitpunkt der vorliegend zu beurteilenden Vorfälle lag teilweise vor und teilweise nach diesem Urteil, mit welchem X. erneut wegen sexuellen Handlungen mit Kindern verurteilt wurde.

Auszug aus den Erwägungen:

(...)

II. Strafzumessung

(...)

A. Vorstrafe und Zusatzstrafe

Es stellt sich vorliegend die Frage, ob X. das Urteil vom 15. August 2003 (Verurteilung zu einer bedingten Gefängnisstrafe von 6 Monaten), das mit Vollendung des 80. Lebensjahres des Angeschuldigten aus dem Strafregister entfernt wurde, (teilweise) als Vorstrafe vorgehalten werden und ob dazu (teilweise) ein Zusatzurteil ausgefällt werden kann, wie das die Vorinstanz gemacht hat (Motiv 31 f., pag. 300 f.).

1. Berücksichtigung der Vorstrafe

Die neuen Bestimmungen über das Strafregister (geändert mit Bundesgesetz vom 24. März 2006) sind seit dem 1. Januar 2007 in Kraft. Der in der Literatur teilweise vertretenen Meinung, der Grundsatz der *lex mitior* gelte (generell) auch registerrechtlich (so TRECHSEL et al., Praxiskommentar, Art. 369 StGB N 3), kann nicht gefolgt werden. Der Schlusstitel hat die übergangsrechtlichen Fragen im Sinne einer *lex specialis* geregelt, die Art. 2 Abs. 2 StGB vorgeht (vgl. dazu Urteil der 1. SK vom 28. Januar 2009, SK 08 427, S. 7). Gemäss Ziff. 3 Abs. 1 der Schlussbestimmungen sind die Bestimmungen des neuen Rechts über das Strafregister (Art. 365-371 StGB) auch auf Urteile anwendbar, die auf Grund des bisherigen Rechts ergangen sind. Damit sind vorliegend Art. 365-371 StGB anwendbar.

Entfernte Vorstrafen sind im Strafregister zwar nicht mehr vorhanden und für den Straf-richter aus dem Registerauszug somit nicht mehr ersichtlich. Sie können dem Richter gleichwohl zur Kenntnis gelangen, etwa aufgrund von beigezogenen Vorakten und älteren Gutachten (BGE 121 IV 3). Vorliegend wurde das Urteil vom 15. August 2003 nach altem Recht mit Vollendung des 80. Lebensjahrs von X. aus dem Strafregister entfernt (Art. 14 Bst. b aVOSTRA-Verordnung). Nach der Revision des Allgemeinen Teiles des schweizerischen Strafgesetzbuches ist die Vollendung des 80. Lebensjahres kein Grund mehr für die Entfernung eines Urteils aus dem Strafregister. Das Übergangsrecht ordnet nicht an, wie solche entfernten Eintragungen zu behandeln sind. Ziff. 3 Abs. 3 der Schlussbestimmungen regelt einzig die Frage, was mit nach bisherigem Recht gelöschten Einträgen geschieht: Sie erscheinen nicht mehr im Strafregisterauszug für Privatpersonen. Die Frage, was mit nach altem Recht entfernten Einträgen geschieht, ist übergangsrechtlich nicht geregelt und es besteht eine Gesetzeslücke. Das Übergangsrecht

verbietet jedenfalls nicht explizit, dass solche entfernten Eintragungen noch verwendet werden. Es findet sich im Gesetz aber auch keine Grundlage, solche entfernten Einträge wieder ins Register einzutragen. Die Frage, ob das mit Vollendung des 80. Lebensjahres entfernte Urteil als Vorstrafe zulasten des Angeschuldigten verwendet werden darf, ist mittels Auslegung von Art. 369 Abs. 7 StGB zu beantworten.

Art. 369 Abs. 7 StGB ordnet ausdrücklich an, dass aus dem Strafregister entfernte Daten nicht mehr rekonstruierbar sein dürfen. Mit der gesetzlichen Normierung des Verwertungsverbotes wird die frühere Rechtsprechung des Bundesgerichts hinfällig, die eine Berücksichtigung entfernter Vorstrafen bei der Strafzumessung noch als zulässig erachtete. Immerhin hielt das Bundesgericht schon damals fest, dass die Entfernung des Eintrags ein Indiz dafür sein könne, dass der Vorstrafe keine grosse Bedeutung mehr zukomme (BGE 121 IV 3, 8; BSK Strafrecht II-GROBER, Art. 369 N 7). Neurechtlich gilt der Täter gegenüber Behörden, die Zugriff auf VOSTRA-Daten haben, als vollständig rehabilitiert, wenn der Eintrag aus dem Strafregister entfernt ist. Es stellt sich die Frage, ob Art. 369 Abs. 7 StGB auch für Urteile gilt, die aufgrund einer altrechtlichen Bestimmung entfernt wurden (GROBER, a.a.O., Art. 369 N 1). Das Bundesgericht äusserte sich in einem Entscheid vom 7. Januar 2009 (6B_538/2008, E. 3.2) zur Frage, ob eine nach Ziff. 3 Abs. 2 der Schlussbestimmungen entfernte Jugendstrafe zur Unverwertbarkeit führt, wie folgt:

Für den Bereich des Jugendstrafrechts bestimmt Ziff. 3 Abs. 2 der Schlussbestimmungen hierzu, dass die zuständige Behörde bis spätestens sechs Monate nach Inkrafttreten des neuen Rechts von Amtes wegen Eintragungen betreffend Erziehungsmassnahmen (Art. 91 aStGB, ausgenommen Art. 91 Ziffer 2 aStGB), besondere Behandlung (Art. 92 aStGB) sowie die Verpflichtung zu einer Arbeitsleistung (Art. 95 aStGB) entfernt. Bei dieser Entfernung handelt es sich im Gegensatz zu Art. 369 Abs. 7 StGB nicht um eine Entfernung infolge Zeitablaufs. Es handelt sich vielmehr bloss um eine übergangsrechtliche Umsetzung der neu nicht mehr bestehenden Eintragungspflicht. Mangels Ablaufs der langen Entfernungszeiten lassen sich die Resozialisierungs- und Rehabilitierungs-gedanken nicht heranziehen. Die Entfernung führt hier nicht zur Unverwertbarkeit, sondern hat lediglich zur Folge, dass die entfernten Jugendstrafen zu behandeln sind wie nicht eintragungspflichtige Delikte.

Nirgends ist geregelt, ab welchem Zeitpunkt ein Verwertungsverbot auch für Urteile gilt, die gar nie im VOSTRA registriert worden sind (etwa Übertretungen, welche die Eintragungsvoraussetzungen nicht erfüllen oder auch kantonale Delikte). Das Verwertungsverbot sollte unter sinngemässer Anwendung der Entfernungszeiten gemäss Art. 369

StGB auch für diese Urteile gelten (so GRUBER, a.a.O., Art. 369 N 10). In diesem Sinn äusserte sich auch das Bundesgericht in seiner Entscheidung vom 7. Januar 2009 (6B_53812008, E. 4 und 5) zur Dauer der Verwertbarkeit von nicht eintragungspflichtigen Delikten:

Das Gesetz äussert sich nicht zur Dauer der Verwertbarkeit nicht eintragungspflichtiger Delikte (nicht eintragungspflichtige Übertretungen und Jugendstrafen, kantonale Straftatbestände). In der Literatur wird zu Recht eine sinngemässe Anwendung der Entfernungsfristen von Art. 369 StGB vorgeschlagen (Patrick Gruber, op. cit., Art. 369 N 10). Es wäre widersprüchlich, bei eingetragenen Delikten nach dem Fristablauf eine Unverwertbarkeit anzunehmen, andererseits jedoch bei den weniger schweren nicht eintragungspflichtigen Verurteilungen eine zeitlich unbeschränkte Verwertung zuzulassen. Nach Art. 369 Abs. 3 StGB werden Urteile, die eine bedingte Freiheitsstrafe, eine Geldstrafe, gemeinnützige Arbeit oder eine Busse als Hauptstrafe enthalten, von Amtes wegen nach 10 Jahren entfernt. Der Fristenlauf beginnt mit dem Tag, an dem das Urteil rechtlich vollstreckbar wird (Art. 369 Abs. 6 StGB). Es drängt sich auf, diese 10-jährige Minimalfrist bei eintragungspflichtigen Verurteilungen zugleich als absolute Maximalfrist festzusetzen, während der nicht eintragungspflichtigen Verurteilungen noch verwertet werden dürfen. Je näher nicht eintragungspflichtige Verurteilungen diesem Fristablauf kommen, desto höher sind die Rehabilitierungs- und Resozialisierungsinteressen sowie bei Jugendstrafen der Umstand zu gewichten, dass diese Taten im Jugendalter begangen wurden. Je länger die zugrunde liegenden Taten zurückliegen, desto weniger dürfen Urteile zu Lasten des Betroffenen verwertet werden. Diese Verwertbarkeitsbeschränkung bei nicht registrierungspflichtigen Delikten wird in Deutschland auch mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip und dem Bewährungsgedanken begründet.

Die Vorinstanz lastet dem Beschwerdeführer seine einschlägigen Jugendstrafen bei der Strafzumessung nicht an, lässt jedoch zu, dass sie bei der gutachterlichen Prognosestellung berücksichtigt werden (vgl. E. 1.3).

Im vorliegenden Fall geht es um Jugendstrafen, die weder unter altem noch unter neuem Recht eintragungspflichtig sind. Aus dem Umstand, dass neu gewisse altrechtliche Eintragungen aus dem Register zu entfernen sind, folgt entgegen der Vorinstanz und dem Beschwerdeführer weder automatisch die Unverwertbarkeit der ehemals eintragungspflichtigen Verurteilungen noch in einem vermeintlichen "argumentum a maiore ad minus" die Unverwertbarkeit nicht eintragungspflichtiger Jugendstrafen. Für die Verwertbarkeit ist nach dem Ausgeführten nur auf die Fristen abzustellen. Da es vorliegend um nicht eintragungspflichtige Delikte geht, ist in sinngemässer Anwendung von Art. 369 StGB eine 10-jährige Maximalfrist anzunehmen. Diese ist nach zutreffender Feststellung

der Vorinstanz noch für keine der Jugendstrafen erreicht. Entgegen seinen Vorbringen gilt der Beschwerdeführer deshalb weiterhin als vorbestraft. Seine Beschwerde ist insoweit abzuweisen. Seine einschlägigen Vorstrafen hätten ihm - was der Vorinstanz insoweit entgangen ist - bei der Strafzumessung entsprechend dem Zeitablauf strafehöhend entgegen gehalten werden müssen.

Die altrechtliche Entfernung des Eintrages bei Erreichen des 80. Lebensjahres gemäss Art. 14 Bst. b aVOSTRA-Verordnung ist keine Entfernung infolge Zeitablaufs. Mangels Ablaufs der langen Entfernungsfristen lassen sich die Resozialisierungs- und Rehabilitierungsgedanken von Art. 369 Abs. 7 StGB nicht heranziehen. Die „ratio legis“ für die Entfernung der Vorstrafen bei Vollendung des 80. Lebensjahres (bzw. Nichteintragung nach Vollendung) waren wohl eher praktische Überlegungen und weniger die Idee, den Täter dadurch vollständig zu rehabilitieren: Man schien davon auszugehen, dass ein über achtzigjähriger Mensch nicht mehr delinquent und eine Eintragung deshalb nicht mehr nötig ist. Angesichts der längeren Lebenserwartung und der Tatsache, dass die Menschen häufig auch nach achtzig recht vital sind, trifft dies heute immer weniger zu. Im revidierten Strafrecht gibt es diesen Entfernungsgrund denn auch nicht mehr.

Im Lichte des Urteils des Bundesgerichts vom 7. Januar 2009 (6B_538/2008) kann die Vorstrafe vom 15. August 2003 (Verurteilung zu einer bedingten Gefängnisstrafe von 6 Monaten), die mit Vollendung des 80. Lebensjahres des Angeschuldigten aus dem Strafregister entfernt wurde, deshalb zulasten des Angeschuldigten berücksichtigt werden. Dies jedenfalls so lange, wie auch gar nicht eintragungspflichtige Verurteilungen beachtet werden können, d.h. maximal 10 Jahre lang. Da diese Frist von zehn Jahren im vorliegenden Fall noch nicht abgelaufen ist und zudem der Entfernungsfrist von Art. 369 Abs. 1 lit. a StGB für Verurteilungen zu einer Freiheitsstrafe von bis zu 10 Jahren entspricht, kann offen bleiben, ob die entfernte Vorstrafe sogar noch so lange berücksichtigt werden könnte, bis die Frist von Art. 369 Abs. 1 StGB abgelaufen wäre. Es hängt damit zwar von der Zufälligkeit ab, ob das Gericht vom alten Urteil erfährt und es als Vorstrafe berücksichtigt. Bei Urteilen, die gar nie im Register eingetragen wurden oder bei Jugendstrafen, die nach Ziff. 3 Abs. 2 der Schlussbestimmungen entfernt wurden, stellt sich aber genau das gleiche Problem. Diese sollen gemäss Lehre und Rechtsprechung ebenfalls als Vorstrafen berücksichtigt werden dürfen bzw. müssen. Für eine andere Behandlung der nach Art. 14 Bst. b aVOSTRA-Verordnung entfernten Einträge gibt es keinen Grund.

Das Urteil des Kreisgerichts VIII Bern-Laupen vom 15. August 2003 ist — wie dies die Vorinstanz zu Recht tat — teilweise als Vorstrafe zu berücksichtigen.

2. Ausfällung einer (teilweisen) Zusatzstrafe

Nach Art. 49 Abs. 2 StGB (bzw. Art. 68 Ziff. 2 aStGB) soll der Täter durch die getrennte Beurteilung von Straftaten, welche zeitlich zusammen hätten beurteilt werden können, primär nicht benachteiligt und soweit möglich auch nicht besser gestellt werden (BGE 132 IV 105). Da die Gesamtbewertung lediglich hypothetisch ist, kann die Grundstrafe für die Bemessung der Zusatzstrafe auch herangezogen werden, wenn die im früheren Urteil abgeurteilten Taten bereits verjährt, vollstreckt oder erlassen sind. Sonst würde es von Zufälligkeiten abhängen, ob die entsprechenden Taten noch einbezogen werden dürfen oder nicht, was Art. 49 Abs. StGB (bzw. Art. 68 Ziff. 2 aStGB) verhindern will (BSK Strafrecht 1-ACKERMANN, Art. 49 N 68). In BGE 94 IV 49, S. 50 äusserte sich das Bundesgericht dahingehend, dass auch zu (unter altem Recht) gelöschten Strafen eine Zusatzstrafe auszufallen ist:

Selbst wenn die Löschung zu Recht erfolgte, wurde das Urteil über die Grundstrafe dadurch nicht aufgehoben. Eine solche Massnahme bewirkt bloss, dass das Urteil gewissen Behörden nicht mehr mitgeteilt und die darin ausgesprochene Freiheitsstrafe nicht mehr vollzogen werden darf. Für Untersuchungsämter und Strafgerichte bleibt der Strafregistereintrag dagegen auch nachher noch von Bedeutung, da er ihnen unter Hinweis auf die Löschung weiterhin mitzuteilen ist, wenn die Person, über welche sie Auskunft verlangen, sich strafrechtlich zu verantworten hat (Art. 363 Abs. 4 StGB). Diese Mitteilung aber hat ihren Sinn gerade darin, dass die Strafgerichte bei einer neuen Aburteilung eines Angeschuldigten auch gelöschte Strafen berücksichtigen (BGE 69 IV 202 Erw. 4, BGE 71 IV 31).

Vorliegend geht es um ein Urteil des Kreisgerichts VIII Bern-Laupen vom 15. August 2003, das mit Vollendung des 80. Lebensjahres von X. aus dem Strafregister entfernt wurde und für die Strafverfolgungsbehörden aus dem Strafregisterauszug nicht mehr ersichtlich ist. Das Urteil über die Grundstrafe wurde durch die Entfernung aus dem Strafregister aber nicht aufgehoben. Art. 49 Abs. StGB (bzw. Art. 68 Ziff. 2 aStGB) sieht nicht vor, dass eine Eintragung ins Strafregister Voraussetzung für das Ausfällen einer Zusatzstrafe ist. Die Tatsache, dass der Angeschuldigte bereits sein 80. Lebensjahr vollendet hat, stellt keinen Grund dafür dar, keine Zusatzstrafe zum aus dem Strafregister entfernten Urteil auszufallen. Dies würde — je nach Ausgangslage — eine ungerechtfertigte Besser- oder Schlechterstellung desjenigen Täters bedeuten, dessen Urteil mit Vollendung des 80. Lebensjahres aus dem Strafregister entfernt wurde. Dieser Fall ist

deshalb analog zu den unter altem Recht aus dem Strafregister gelöschten Strafen zu behandeln und es ist dazu teilweise ein Zusatzurteil auszufällen. Wie diese Frage bei einem nach neuem Recht entfernten Urteil zu entscheiden wäre, kann vorliegend offen gelassen werden.

Zum Urteil des Kreisgericht VIII Bern-Laupen vom 15. August 2003 ist deshalb teilweise ein Zusatzurteil auszufällen.

