



Geschäfts-Nr. UK070153

[A](#), [B](#)

III. Strafkammer

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. K. Balmer, Vorsitzender, lic. iur. Th. Meyer
und Ersatzoberrichterin Dr. C. Bühler sowie die juristische Sekretärin
lic. iur. I. Vourtsis

Beschluss vom 25. September 2007

in Sachen

Staatsanwaltschaft See/Oberland, Wilstr. 11, Postfach, 8610 Uster,
Rekurrentin

gegen

X

Rekursgegner

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. H.B.

betreffend **Verfahrensantrag**

**Rekurs gegen die Verfügung der Einzelrichterin in Strafsachen des Bezirkes
Hinwil vom 4. Mai 2007, GG070014**

Das Gericht erwägt:

I.

1. Mit Strafbefehl vom 28. Februar 2007 wurde X wegen fahrlässiger Körperverletzung im Sinne von Art. 125 StGB und Fahren in angetrunkenem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 1 SVG mit einer Geldstrafe von 80 Tagessätzen zu Fr. 80.- bestraft, wobei diese Strafe für vollziehbar erklärt wurde (Urk. 5/18). Gegen diesen Entscheid liess X Einsprache erheben (Urk. 5/22). Im Rahmen dieses Einspracheverfahrens verfügte der Einzelrichter in Strafsachen des Bezirkes Hinwil am 4. Mai 2007 die Entfernung nachfolgender Akten aus dem laufenden Verfahren GG070014:

- Beizugsakte A; Bezirksgericht Winterthur 271/185, Urteil vom 4. Februar 1986
- Beizugsakte B; Bezirksgericht Hinwil 21/89 mit vereinigttem Verfahren 41/89, Urteil vom 8. März 1990
- act. 5/11/5; Eignungsabklärung des Justizvollzugs des Kantons Zürich vom 10. Januar 2007.

2. Gegen diesen Zwischenentscheid rekurrierte die Staatsanwaltschaft See/Oberland und beantragte die Aufhebung der angefochtenen Verfügung (Urk. 1). Der Rekursgegner verlangte Abweisung des Rekurses unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Staatskasse (Urk. 9 S. 5).

II.

1. Soweit der Rekursgegner in der Rekurschrift auf die Eingaben an die Staatsanwaltschaft und den Einzelrichter verwiesen hat, ist auf jene Ausführungen nicht einzugehen. Einzig was in der Rekursantwort dargelegt wird, ist für das Rekursverfahren wesentlich.

2.a) Mit dem vorliegenden Rekursverfahren will die Staatsanwaltschaft die Frage geklärt haben, welche Rechtsfolgen sich aus Art. 369, insbesondere Abs. 7 und 8, des revidierten Strafgesetzbuches ableiten lassen. Dies soll anhand des vor dem Einzelrichter hängigen Strafverfahrens geprüft werden.

b) Art. 369 Abs. 1 StGB bestimmt, innerhalb welcher Fristen im Strafregister eingetragene Urteile von Amtes wegen aus dem Register zu entfernen sind. Art. 369 Abs. 7 und 8 lauten:

Nach der Entfernung darf die Eintragung nicht mehr rekonstruierbar sein. Das entfernte Urteil darf dem Betroffenen nicht mehr entgegengehalten werden (Abs. 7).

Die Strafregisterdaten sind nicht zu archivieren (Abs. 8).

Der 2. Satz von Art. 369 Abs. 7 StGB bezeichnet die eigentliche rechtliche Wirkung der Eintragung. Das betreffende Urteil und damit auch die Tat selbst dürfen dem Täter nicht mehr entgegengehalten werden, d.h. es dürfen daran keine Rechtsfolgen mehr geknüpft werden. Der Täter ist vollständig rehabilitiert [vgl. dazu Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom 21. September 1998, Ausführungen zu Art. 372 Abs. 7 des Entwurfes, BBI 1999 Band 2 Heft 11 Seite 2168].

c) Die Entfernung des Strafregistereintrages soll einen Ausgleich zwischen dem Strafverfolgungsinteresse des Staates und dem Rehabilitationsinteresse des Betroffenen herstellen (Günter Stratenwerth/Wolfgang Wohlers, Handkommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch, N1 zu Art. 369 StGB).

Die Entfernung der Vorstrafen aus dem Strafregister kann nicht dazu führen, dass auch sämtliche dazugehörigen Verfahrensakten nach Löschung des entsprechenden Strafregistereintrages sofort aus den kantonalen und eidgenössischen Archiven entfernt werden müssen. Das Gesetz spricht in Art. 369 Abs. 8 StGB nur von Strafregister**daten**, die nicht archiviert werden dürfen. Diese Bestimmung ist im Zusammenhang mit Satz 1 von Abs. 7 zu sehen, wonach **Einträ-**

ge nach der Entfernung nicht mehr rekonstruierbar sein dürfen. Auch in den Schlussbestimmungen (StGB) der Änderung vom 13. Dezember 2002 ist in Art. 3 Abs. 2 nur die Rede von „Eintragungen“. Es geht also nur um die Daten, wie sie im Strafregister eingetragen sind und nicht um die dazugehörigen Akteninhalte. Zur Frage was mit den, der Verurteilung zugrundeliegenden Akten zu geschehen hat, wird in Art. 369 StGB nichts ausgeführt. Die kantonalen Archivierungsbestimmungen betreffend Aufbewahrung von Strafakten werden somit von dieser Gesetzesbestimmung nicht tangiert. Dies ergibt sich auch daraus, dass das Bundesgesetz über die Archivierung (BGA) vom 26. Juni 1998 bzw. die entsprechende Archivierungsverordnung (VBGA) aufgrund der StGB-Revision nicht abgeändert worden ist. Die Archivierung von Unterlagen der Kantone, welche beim Vollzug von Bundesaufgaben entstehen, liegt weiterhin in der Zuständigkeit der Kantone (Art. 4 Abs. 2 BGA).

3.a) Ob die archivierten Strafakten, welche aus dem Strafregister entfernte Urteile betreffen, in neuen Strafuntersuchungen überhaupt nicht mehr beigezogen werden dürfen – so der Rekursgegner – ist nachfolgend zu prüfen.

b) Bereits vor Erlass des revidierten Strafgesetzbuches wurde auf dem Verordnungsweg die Entfernung eingetragener Entscheide aus dem Register nach Ablauf einer bestimmten Frist eingeführt. So enthielt die Verordnung des Strafregisters vom 1. Januar 1992 in Art. 13 entsprechende Vorschriften. Das Bundesgericht hatte sich in seiner Entscheid vom 6. März 1995 (BGE 121 IV 3) mit der Frage auseinandergesetzt, welcher Unterschied hinsichtlich der Auswirkungen auf hängige Verfahren zwischen gelöschten und aus dem Strafregister entfernten Strafen bestehe.

Das Bundesgericht erwog damals, entfernte Vorstrafen seien im Gegensatz zu gelöschten Vorstrafen nicht mehr vorhanden und für den Strafrichter aus dem Registerauszug somit nicht mehr ersichtlich. Entfernte Vorstrafen könnten dem Richter gleichwohl zur Kenntnis gelangen, etwa aufgrund von beigezogenen Vorakten und älteren Gutachten oder aufgrund der Aussagen des Angeklagten oder von Zeugen. Entfernte Vorstrafen könnten dem Richter über dies von seiner früheren Amtstätigkeit her bekannt sein. Im Strassenverkehrsbereich könnten sie

ihm ausserdem zur Kenntnis gelangen aufgrund des beim Bundesamt für Polizeiwesen geführten zentralen Registers der Administrativmassnahmen gegenüber Fahrzeugführern (ADMAS) Im deutschen Recht dürften im Bundeszentralregister getilgte oder tilgungsreife Verurteilungen von Gesetzes wegen in einem neuen Strafverfahren grundsätzlich nicht zum Nachteil des Täters verwendet werden. Eine getilgte oder tilgungsreife Vorstrafe dürfe deshalb bei der Strafzumessung nicht strafscharfend berücksichtigt werden (...). Das Schweizerische Recht kenne keine entsprechende Regelung. Gemäss Art. 63 [a]StGB sei bei der Strafzumessung das Vorleben zu berücksichtigen. Zum Vorleben gehörten auch entfernte Vorstrafen. Art. 63 [a]StGB auferlege dem Richter bei der Würdigung des Vorlebens keine Schranken und sage nicht, entfernte Vorstrafen seien ausser Acht zu lassen. Eine derartige Bestimmung enthalte auch die Strafregisterverordnung nicht, wobei offen bleiben könne, wieweit überhaupt eine gesetzliche Grundlage für eine solche Beschränkung gegeben wäre. Ein Verwertungsverbot in Bezug auf entfernte Vorstrafen wäre sachlich auch nicht gerechtfertigt. Entfernte Vorstrafen könnten für die Urteilsfindung in verschiedener Hinsicht wesentlich sein. Sie könnten zunächst von Bedeutung sein für die Wahl der Sanktionsart. So könnten etwa auch weiter zurückliegende und weniger schwerwiegende Vorstrafen wegen Fahrens in angetrunkenem Zustand den Richter dazu veranlassen, ein Gutachten einzuholen und gegebenenfalls eine Massnahme anzuordnen. Entsprechendes gelte für weiter zurückliegende Vorstrafen aus dem Betäubungsmittelbereich oder solche, die eine psychische Auffälligkeit des Angeklagten offenbarten. Entfernte Vorstrafen könnten sodann gerade in Fällen wie hier, wo der Betroffene mehrfach gegen das Strassenverkehrsgesetz verstossen habe, für die Strafzumessung und die Frage des bedingten Strafvollzugs bedeutsam sein. Ein Verwertungsverbot würde den Richter im Übrigen dazu zwingen, zusammenhängende Sachverhalte im Vorleben des Angeklagten in Teile zu zerlegen und einzelne davon ausser Acht zu lassen. So müsste der Richter beispielsweise berücksichtigen, dass der Angeklagte am Arbeitsplatz oder in der Ehe Schwierigkeiten gehabt habe, dürfte aber nicht beachten, dass er am Arbeitsplatz gestohlen oder den Ehegatten geschlagen habe, falls dies zu entfernten Vorstrafen geführt habe. Das wäre offensichtlich ungereimt. Schwer durchführbar wäre ein Verwertungsverbot auch dort,

wo ein Gutachten vorliege und der ärztliche Sachverständige bei der Beurteilung der Persönlichkeit des Angeklagten entfernte Vorstrafen berücksichtigt habe. Das gleiche gelte, soweit Vorstrafen aufgrund des ADMAS-Auszuges bekannt wären, weil die Entfernung aus dem Register dort anders geregelt sei. Ein Verwertungsverbot in Bezug auf entfernte Vorstrafen sei deshalb abzulehnen (BGE 121 IV 8-9).

c) Im Gegensatz zum vorerwähnten Bundesgerichtsentscheid besteht heute eine gesetzliche Grundlage für die Entfernung der Strafregistereinträge. Trotzdem lassen sich die Erwägungen des obigen Bundesgerichtsentscheides teilweise auch auf das revidierte Strafrecht übertragen. Heute dürfen aus dem Strafregister entfernte Vorstrafen dem Betroffenen nicht mehr entgegengehalten werden (Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, StGB-Kommentar, 17. Aufl. 2006, S. 117).

Zweck von Art. 369 StGB ist, wie bereits erwähnt, einen Ausgleich zwischen dem Strafverfolgungsinteresse des Staates und dem Rehabilitationsinteresse des Betroffenen herzustellen. Nichtentgegenhalten von Urteil und Tat muss gestützt auf die ratio legis allerdings einschränkend ausgelegt werden. Aus dem Strafregister entfernte Vorstrafen dürfen nur bei der Strafzumessung und den Bewährungsaussichten, also bei Fragen wo es um die eigentliche Rehabilitation des Verurteilten geht, nicht mehr berücksichtigt werden.

Bei der Frage, welche - bzw. ob überhaupt – eine Massnahme anzuordnen ist, muss auf frühere Akten abgestellt werden können – auch wenn das Urteil aus dem Register bereits entfernt worden ist. Insbesondere die früheren Gutachten sind hier u.U. relevant. In diesem Falle geht es vor allem um die Spezialprävention. Es soll verhindert werden, dass der Täter erneut straffällig wird.

Ein Gutachter muss sich ein umfassendes Bild über den Exploranden machen können. Dazu braucht er Angaben zum früheren Verhalten des Angeklagten und er ist – falls vorhanden - auf Gutachten aus früheren Strafverfahren und Sachverhaltsfeststellungen im Zusammenhang mit gleichgelagerten Delikten angewiesen. Nur so kann der Gutachter eine aussagekräftige Persönlichkeitsbeur-

teilung abgeben und eine geeignete Therapie vorschlagen bzw. von einer Therapie abraten.

Es gibt demnach auch heute kein generelles Verwertungsverbot für die weit zurückliegenden Vorstrafen bzw. die daraus resultierenden Akten. Vielmehr ist im Einzelfall zu prüfen, ob und wie weit Informationen aus früheren Verfahren verwertet werden dürfen. Wenn damit die Rehabilitation des Betroffenen in Frage gestellt wird, dürfen sie nicht berücksichtigt werden.

4.a) Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass die Vorinstanz die beigezogenen Akten A und B nicht aus dem laufenden Verfahren entfernen darf. Vielmehr hat sie zu prüfen, ob bestimmte Unterlagen aus den Vorakten auch für die neue Strafuntersuchung von Bedeutung sein und sie im Rahmen des eingeschränkten Verwendungszweckes – nicht für die Strafzumessung bzw. die Beurteilung der Bewährungsaussichten - berücksichtigt werden können.

Dem Rechtsvertreter des Rekursgegners ist beizupflichten, dass der Alkoholismus eine Suchtkrankheit ist, die nicht in erster Linie in einem Strafverfahren mit Hilfe einer gerichtlich angeordneten Massnahme zu behandeln ist. Wird jedoch die Sucht zum Auslöser von Straftaten, so ist der Täter im Rahmen einer Spezialprävention zu behandeln.

b) Das gleiche gilt auch für die Eignungsabklärung des Justizvollzugs des Kantons Zürich vom 10. Januar 2007 (Urk. 5/11/5). Auch bei Verwendung dieser Eignungsabklärung muss vorerst geprüft werden, ob sie die Rehabilitation des Rekursgegners in Frage stellt. Die Untersuchungsbehörde bzw. der Richter muss prüfen, ob mit geeigneten Weisungen (bspw. Besuch eines Lernprogrammes) eine Rückfallgefahr (Fahren in angetrunkenem Zustand) vermindert werden kann. Ob die Absolvierung eines Lernprogrammes den gewünschten Erfolg verspricht, kann erst aufgrund einer Eignungsabklärung gesagt werden. Diese stützt sich auf Ergebnisse von Tests, welche der fehlbare Lenker machen muss, und auf mit dem Betroffenen geführte Gespräche. Gleich wie der Gutachter hat auch der Abzuklärende eine „Anamnese“ aufzunehmen. Auch frühere Verurteilungen sind für

die Eignungsabklärung relevant. Diese ist demnach nichts anderes als ein Kurzgutachten.

d) Gestützt auf obige Ausführungen sind somit die beigezogenen Akten A und B sowie die Eignungsabklärung bei den Akten zu belassen und dürfen je nach Verwendungszweck berücksichtigt werden.

5. Demnach ist der Rekurs gutzuheissen.

III.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Rekursverfahrens dem Rekursgegner aufzuerlegen (§ 396a StPO).

Demnach beschliesst das Gericht:

1. In Gutheissung des Rekurses wird die Verfügung des Einzelrichters in Strafsachen des Bezirkes Hinwil vom 4. Mai 2007 aufgehoben und die Beizugsakten A (Bezirksgericht Winterthur 271/185, Urteil vom 4. Februar 1986) und B (Bezirksgericht Hinwil 21/89 mit vereinigttem Verfahren 41/89, Urteil vom 8. März 1990) sowie die Eignungsabklärung des Justizvollzugs des Kantons Zürich vom 10. Januar 2007 (Urk. 5/11/5) bleiben im Verfahren GG070014 bei den Akten.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr.	150.--	; die weiteren Kosten betragen:
Fr.	228.--	Schreibgebühren
Fr.	57.--	Zustellgebühren
Fr.	-.--	Telefon

3. Die Kosten werden dem Rekursgegner auferlegt.

4. Schriftliche Mitteilung an:

- die Staatsanwaltschaft See/Oberland
- Rechtsanwalt Dr. iur. H. B. (zweifach)
- den Einzelrichter in Strafsachen des Bezirkes Hinwil unter Rücksendung der Akten

5. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann unter den einschränkenden Voraussetzungen von Art. 93 des Bundesgerichtsgesetzes bundesrechtliche **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Ersten öffentlich-rechtlichen Abteilung (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

III. Strafkammer

Die juristische Sekretärin:

lic.iur. I. Vourtsis