

# **AR\_GERICHTE OG D2S-18-1 vom 3. Juli 2018**

AR Gerichte, 2018-07-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ar\\_gerichte OG\\_D2S-18-1](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ar_gerichte OG_D2S-18-1)

FR: AR\_GERICHTE OG D2S-18-1 du 3 juillet 2018

IT: AR\_GERICHTE OG D2S-18-1 del 3 luglio 2018

## **Regeste**

Obergericht Appenzell Ausserrhoden 2. Abteilung Die vom Gesuchsteller gegen diesen Beschluss erhobene Beschwerde beim Bundesgericht hat dieses mit Entscheid vom 27.06.2019 abgewiesen (6B\_1055/2018) Beschluss vom 3. Juli 2018 Mitwirkende

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Formelles

#### **E. 1.1**

Zuständigkeit

Gemäss Art. 21 Abs. 1 lit. b StPO beurteilt das Berufungsgericht auch Revisionsgesuche. Berufungsinstanz in der Strafrechtspflege ist das Obergericht (Art. 26 Justizgesetz, JG, bGS 145.31). Dieses ist vorliegend nicht nur sachlich, sondern auch örtlich zuständig, da sich das Revisionsgesuch gegen einen Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Appenzell Ausserrhoden richtet.

Für die Aufhebung des Ausweisenzugs-Verfahrens ist das Obergericht nicht zuständig, ebenso wenig für die Rückerstattung der bereits geleisteten Bussgelder resp. eine Unterbrechung der monatlichen Zahlungen, welche aus dem erwähnten Strafbefehl resultieren; dies wurde dem Gesuchsteller mit Schreiben vom 12. April 2018 mitgeteilt (act. 14). Eine Löschung des mit dem vorliegenden Strafbefehl zusammenhängenden Eintrages im Strafregister käme einzig und erst nach einer vollumfänglichen Gutheissung des Revisionsgesuches in Frage. Auch dafür wäre aber nicht das Obergericht, sondern grundsätzlich diejenige Behörde, die die Strafe ausgefällt hat, somit die Staatsanwaltschaft, zuständig (Entscheid SK.2006.23 der Strafkammer des Bundesgerichts vom 15. Februar 2007; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl. 2005, § 45 Rz. 16; SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar schweizerische Strafprozessordnung, 3. Aufl. 2018, N. 3 f. zu Art. 363 StPO).

Seite 5

#### **E. 1.2**

Zulässigkeit der Revision und Revisionsgründe

Gemäss Art. 410 StPO kann, wer durch ein rechtskräftiges Urteil, einen Strafbefehl, einen nachträglichen richterlichen Entscheid oder einen Entscheid im selbstständigen Massnahmenverfahren beschwert ist, die Revision verlangen, wenn: a. neue, vor dem Entscheid eingetretene Tatsachen oder neue Beweismittel vorliegen, die geeignet sind, einen Freispruch, eine wesentlich mildere oder wesentlich strengere Bestrafung der verurteilten

Person oder eine Verurteilung der freigesprochenen Person herbeizuführen; b. der Entscheid mit einem späteren Strafentscheid, der den gleichen Sachverhalt betrifft, in unverträglichem Widerspruch steht; c. sich in einem anderen Strafverfahren erweist, dass durch eine strafbare Handlung auf das Ergebnis des Verfahrens eingewirkt worden ist; eine Verurteilung ist nicht erforderlich; ist das Strafverfahren nicht durchführbar, so kann der Beweis auf andere Weise erbracht werden.

Die Revision wegen Verletzung der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) kann verlangt werden, wenn: a. der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in einem endgültigen Urteil festgestellt hat, dass die EMRK oder die Protokolle dazu verletzt worden sind; b. eine Entschädigung nicht geeignet ist, die Folgen der Verletzung auszugleichen; und c. die Revision notwendig ist, um die Verletzung zu beseitigen.

Die Revision zugunsten der verurteilten Person kann auch nach Eintritt der Verjährung verlangt werden. Beschränkt sich die Revision auf Zivilansprüche, so ist sie nur zulässig, wenn das am Gerichtsstand anwendbare Zivilprozessrecht eine Revision gestatten würde.

Die Revision eines Entscheides ist nach der StPO nur unter ganz bestimmten Bedingungen zulässig. So ist die Revision subsidiär, d.h. nur zulässig, wenn allfällige Rechtsmittel oder Rechtsbehelfe nicht mehr ergriffen werden können (SCHMID/JOSITSCH, a.a.O., N. 2 zu Art. 410 StPO). Im Übrigen ist die Revision nicht dazu da, verpasste Rechtsmittelmöglichkeiten zu ersetzen (SCHMID/JOSITSCH, a.a.O., N. 2 zu Art. 410 StPO).

Das Erfordernis der Subsidiarität ist in casu erfüllt, da der Strafbefehl in Rechtskraft erwachsen ist (act. 4) und dem Gesuchsteller kein anderes Rechtsmittel zur Verfügung steht.

Damit ein zur Revision legitimierter Gesuchsteller einen Entscheid anfechten kann, muss er durch diesen beschwert sein (THOMAS FINGERHUTH, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 46 zu Art. 410 StPO). Als durch den Strafbefehl Verurteilter ist der Gesuchsteller ohne Zweifel beschwert und berechtigt, ein Revisionsbegehren zu stellen.

Seite 6

Aus der Begründung des Revisionsgesuchs ergibt sich weiter, dass die in Art. 410 Abs. 1 lit. b, lit. c und Abs. 2 StPO erwähnten Konstellationen hier nicht zur Debatte stehen (kein Widerspruch zu einem späteren Strafbescheid, nicht mit strafbarer Handlung auf Ergebnis Verfahren eingewirkt, keine Verletzung der EMRK). Bei der Revision auf Begehren des Verurteilten ist somit einzig zu prüfen, ob nach Art. 410 Abs. 1 lit. a StPO neue, vor dem Entscheid eingetretene Tatsachen oder neue Beweismittel vorliegen, die geeignet sind, einen Freispruch oder eine wesentlich mildere Bestrafung des Betroffenen herbeizuführen.

### **E. 1.3**

#### **Form und Frist**

Nach Art. 411 Abs. 1 StPO sind Revisionsgesuche schriftlich und begründet beim Berufungsgericht einzureichen. Im Gesuch sind die angerufenen Revisionsgründe zu bezeichnen und zu belegen. Gesuche nach Art. 410 Abs. 1 Buchstabe b und Abs. 2 StPO sind innert 90 Tagen nach Kenntnisnahme des betreffenden Entscheids zu stellen. In den übrigen Fällen sind Revisionsgesuche an keine Frist gebunden (Art. 411 Abs. 2 StPO).

Ein Revisionsgesuch gestützt auf Art. 410 Abs. 1 lit. a StPO, wie es hier gegeben ist, ist also an keine Frist gebunden. Einen begründeten Antrag hat der Gesuchsteller gemacht.

Es erfolgt keine Revision von Amtes wegen. Der Wahrheitsgrundsatz nach Art. 6 StPO sowie die Unschuldsvermutung nach Art. 10 StPO gelten nicht. Es ist also Aufgabe des Revisionsklägers, die von ihm geltend gemachten und zu spezifizierenden Revisionsgründe nach Art. 410 StPO vorzubringen, genügend zu begründen und zu belegen (SCHMID/JOSITSCH, a.a.O., N. 1 zu Art. 411 StPO).

#### **E. 1.4**

##### Vorprüfung und Eintreten

Das Berufungsgericht nimmt in einem schriftlichen Verfahren eine vorläufige Prüfung des Revisionsgesuchs vor (Art. 412 Abs. 1 StPO). Ist das Gesuch offensichtlich unzulässig oder unbegründet oder wurde es mit den gleichen Vorbringen schon früher gestellt und abgelehnt, so tritt das Gericht nicht darauf ein (Art. 412 Abs. 2 StPO). Andernfalls lädt es die anderen Parteien und die Vorinstanz zur schriftlichen Stellungnahme ein (Art. 412 Abs. 3 StPO). Es beschliesst die erforderlichen Beweis- und Aktenergänzungen sowie vorsorglichen Massnahmen, soweit sie nicht nach Art. 388 StPO der Verfahrensleitung obliegen (Art. 412 Abs. 4 StPO).

Seite 7

Hier hat das Obergericht einen einfachen Schriftenwechsel durchgeführt.

#### **E. 1.5**

##### Verletzung rechtliches Gehör

##### **E. 1.5.1**

A\_\_\_ bringt vor, anlässlich der Einvernahme durch die Kantonspolizei Thurgau seien ihm lediglich 4 Fotos, nicht jedoch das Mess-Video vorgelegt worden (act. 1 und 9); damit macht er sinngemäss eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend.

##### **E. 1.5.2**

Auf diesen Vorwurf geht die Staatsanwaltschaft in ihrer Eingabe vom 20. Februar 2018 nicht ein (act. 4).

##### **E. 1.5.3**

Der fragliche Messfilm befindet sich bei den Akten (act. 6/8) und der zuständige Staatsanwalt erklärte, dass dieser bei Erlass des Strafbefehls vorlag (act. 4). Indessen ergibt sich aus den Untersuchungsakten nicht, dass der Gesuchsteller vor Erlass des Strafbefehls Kenntnis vom Messfilm hatte bzw. sich dazu äussern konnte.

##### **E. 1.5.4**

Der Gewährung des rechtlichen Gehörs dienen zahlreiche Bestimmungen in der Strafprozessordnung, zum Beispiel die Akteneinsicht, die Teilnahme an (Beweis-) Verhandlungen oder das Antrags- bzw. Äusserungsrecht (SCHMID/JOSITSCH, a.a.O., N. 8 zu Art. 3 StPO). In diesem Zusammenhang gewährt Art. 107 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 101 Abs. 1 StPO einer Partei - abgesehen von Ausnahmen, welche hier nicht vorliegen (vgl. Art. 108 StPO) - das Recht auf umfassende Akteneinsicht.

Um Akteneinsicht zu erhalten, hat eine Partei grundsätzlich ein Gesuch einzureichen. Dies bedingt, dass die Beteiligten über den Beizug neuer entscheidwesentlicher Akten informiert werden, welche diese nicht kennen und auch nicht kennen können. Über Begehren um Akteneinsicht hat primär diejenige Behörde zu befinden, in deren Zuständigkeitsbereich die Akten gehören. Im Beschwerdeverfahren ist dies die Rechtsmittelbehörde (BGE 132 V 387). Ergänzt die Behörde das Dossier nach erfolgter Ausübung des Akteneinsichtsrechts mit weiteren Akten, so ist sie jedenfalls dann dazu verpflichtet, die betreffende Partei vor Erlass ihres Entscheides darüber zu orientieren und Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen, wenn das neu beigezogene Aktenstück eine rechtlich erhebliche und umstrittene Angelegenheit betrifft (Pra. 91, 2002, Nr. 182).

### **E. 1.5.5**

Im Strafbefehl hat der Staatsanwalt nicht Bezug auf den Messfilm genommen. Daraus könnte man schliessen, dass dieser für den Erlass der Verfügung nicht entscheidrelevant Seite 8 war. Allerdings ist der Strafbefehl natur- und praxisgemäss nur sehr summarisch begründet worden, weshalb der Nichterwähnung kein allzu grosses Gewicht beigemessen werden kann. Nachdem der Strafbefehl in Rechtskraft erwachsen ist, kann die Verletzung des rechtlichen Gehörs auch nicht (mehr) vor einer oberen Behörde mit gleicher Kognition geheilt werden.

Festzuhalten ist somit, dass die Staatsanwaltschaft das rechtliche Gehör von A\_\_\_ verletzt hat, indem sie ihn nicht darüber informierte, dass nach seiner Einvernahme der Messfilm zu den Akten genommen wurde.

Für das Obergericht stellt sich die Frage, ob und allenfalls welche Folgen die Verletzung des rechtlichen Gehörs von A\_\_\_ im Strafbefehlsverfahren für das Revisionsverfahren hat. Die Antwort lautet „keine“, da die Revision sich nur gegen die materielle Urteilsgrundlage und nicht gegen Verfahrensmängel richten kann (THOMAS FINGERHUTH, a.a.O., N. 54 zu Art. 410 StPO mit weiteren Hinweisen; BGE 125 IV 298 E. 2 lit. b; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-1954/2014 vom 29. Juni 2015 E. 3). Die Verletzung des rechtlichen Gehörs im Strafbefehlsverfahren hat also keine Auswirkungen auf das vorliegende Revisionsverfahren.

Auf das Revisionsgesuch kann somit eingetreten werden.

## **E. 2**

Materielles - Vorliegen eines Revisionsgrundes nach Art. 410 Abs. 1 lit. a StPO

### **E. 2.1**

A\_\_\_ macht zusammengefasst geltend (act. 1 und 9), dass der Messfilm erst nach seiner Einvernahme vor der Kantonspolizei Thurgau zu den Akten genommen worden sei, dannzumal seien ihm lediglich 4 Fotos vorgelegt worden. Die Videoaufnahmen der Polizei seien nicht legal entstanden und würden erhebliche Bedienungsfehler durch den Beamten am Messgerät sowie durch diverse Behörden aufweisen (vgl. dazu im Detail act. 1). Da das Messvideo für ihn erst am 29. Januar 2018 einsehbar gewesen sei, liege ein neues Beweismittel vor und der Revisionsantrag müsse zugelassen werden. Aus den genannten Gründen sei keine korrekte Messung zustande gekommen.

### **E. 2.2**

StA B\_\_\_ bestreitet im Wesentlichen (act. 4), dass die Laser-Messung nicht korrekt vorgenommen worden ist. Sämtliche Beweismittel, also auch der von A\_\_\_ erwähnte Messfilm, hätten beim Erlass des Strafbefehls vorgelegen. Es gebe somit keine neuen

Seite 9 Beweismittel oder Tatsachen, gestützt auf welche eine Revision möglich sei. Aber selbst wenn auf den Antrag eingetreten würde, hätten die Vorbringen des Gesuchstellers bei einer Neuurteilung keinen Bestand, da die Messung einwandfrei durchgeführt worden sei. Der Revisionsantrag sei daher kostenpflichtig abzuweisen und die Staatsanwaltschaft mit CHF 200.00 zu entschädigen. Falls auf den Revisionsantrag eingetreten werde und Zweifel an der Richtigkeit der Messung bestünden, sei ein Kostenvorschuss von CHF 3'000.00 für die Erstellung eines Geschwindigkeitsgutachtens einzuholen.

### **E. 2.3**

Im Rechtshilfegesuch an die Kantonspolizei Thurgau werden als Beilagen „Foto“ (nicht aushändigen) und „Kurzbefragung zur Person“ erwähnt (act. 6/5). Aufgrund der Akten und der Angaben des Gesuchstellers ist deshalb davon auszugehen, dass dieser den Messfilm anlässlich der Befragung (noch) nicht kannte. Der fragliche Messfilm befindet sich jedoch bei den Akten (act. 6/8) und der zuständige Staatsanwalt erklärte, dass dieser bei Erlass des Strafbefehls vorlag (act. 4).

### **E. 2.4**

Neu sind Tatsachen und Beweismittel, wenn sie im Zeitpunkt des zu revidierenden Urteils zwar bereits vorhanden, in der nun vorliegenden Bedeutung der Strafbehörde aber nicht bekannt waren und nicht in den Entscheid einfließen (Urteil Bundesgericht 6B\_455/2011 vom 29. November 2011 E. 1.3). Wurden Tatsachen und Beweismittel bereits ins frühere Verfahren eingebracht, dort aber nicht oder falsch berücksichtigt oder gewertet, sind dagegen die zur Anfechtung des Strafentscheids möglichen Rechtsmittel zu ergreifen, in erster Linie die Berufung. Deshalb ist das Revisionsgesuch gegen einen Strafbefehl rechtsmissbräuchlich, wenn die Umstände mit Einsprache hätten geltend gemacht werden können. Nicht relevant sind erst nach dem fraglichen Entscheid eingetretene Tatsachen. Es handelt sich bei Art. 410 Abs. 1 lit. a StPO um einen relativen Revisionsgrund: Gefordert ist wie bei Art. 385 StGB neben dem Vorliegen neuer Tatsachen oder Beweismittel deren Erheblichkeit für eine wesentlich mildere oder schärfere Bestrafung (SCHMID/JOSITSCH, a.a.O., N. 13 zu Art. 410 StPO mit weiteren Hinweisen).

Gemäss NIKLAUS OBERHOLZER (Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Aufl. 2012, Rz. 1641) sind Tatsachen oder Beweismittel neu, die der Strafbehörde zur Zeit des früheren Verfahrens nicht bekannt waren, d.h. ihr überhaupt nicht in irgendeiner Form zur Beurteilung vorgelegen hatten, nicht aber schon dann, wenn das Gericht deren Tragweite falsch gewürdigt hat. Nicht erforderlich ist, dass das Gericht die behauptete Tatsache dem Urteil zugrunde gelegt hat; vielmehr genügt für den Ausschluss der Revision, wenn die Tatsache dem Gericht zum Zeitpunkt der Urteilsfällung in irgendeiner Form - allenfalls nur in

Seite 10 den Akten - vorgelegen hatte. Das Erfordernis der Neuheit entfällt auch dann, wenn die Tatsache dem Gericht zwar bekannt war, aber bspw. mangels Beweises oder aus einem anderen Grund nicht berücksichtigt wurde. Unerheblich ist, ob die neuen Tatsachen oder Beweismittel dem Verurteilten selbst bekannt waren; entscheidend ist allein, dass das Gericht davon keine Kenntnis hatte.

Bei einem Strafbefehl bedeutet Neuheit nach der Praxis des Bundesgerichts, dass der Sachverhalt nicht in den Akten enthalten war (BGE 130 IV 72 ff. E. 2.3 = Pra. 2005 Nr. 35). Keine neuen Tatsachen sind solche, die zwar bekannt waren, mangels Beweises aber unberücksichtigt geblieben sind. Dies kann ausschliesslich mit den ordentlichen Rechtsmitteln thematisiert werden. Irrelevant ist entsprechend, dass aus einer bekannten Tatsache nicht die gewünschten Folgerungen gezogen worden sind, eine falsche Würdigung des Sachverhaltes oder der Beweise kann im Revisionsverfahren nicht beanstandet werden (MARIANNE HEER, Basler Kommentar, StPO, 2. Auf. 2014, N. 37 zu Art. 410 StPO). Eine Revision ist vielmehr dann schon ausgeschlossen, wenn die Tatsache dem Gericht zum Zeitpunkt seines früheren Urteils in irgendeiner Form vorgelegen hat. Nicht neu sind Tatsachen, die das Gericht wohl in seine Überlegungen einbezogen, deren Tragweite es jedoch falsch gewürdigt hat. Tatsachen, die sich in den Akten befanden, dennoch aber vom Gericht übersehen wurden, betrachtet das Bundesgericht im Regelfall als neu (MARIANNE HEER, a.a.O., N. 38 zu Art. 410 StPO mit weiteren Hinweisen ). Es besteht aber die Vermutung der Aktenkenntnis des Gerichts. Entsprechend ist davon auszugehen, dass alle in den Akten vorhandenen und dem Gericht vorgetragenen Tatsachen dem Gericht zum Zeitpunkt des Urteils bekannt waren. Die Nichtbeachtung von Akten muss offensichtlich sein (MARIANNE HEER, a.a.O., N. 41 zu Art. 410 StPO ).

### **E. 2.5**

Wie der Stellungnahme der Staatsanwaltschaft zum Revisionsgesuch zu entnehmen ist, lag der Messfilm bei Erlass des Strafbefehls bereits vor und ist damit nicht neu im Sinne des Gesetzes. Der Gesuchsteller übersieht zudem, dass eine Tatsache oder ein Beweismittel für das Gericht neu sein muss; ob er selbst es kannte oder nicht, spielt demgegenüber keine Rolle. Nach der Lehre wird die Aktenkenntnis des Gerichts sodann vermutet. Anhaltspunkte, dass die Staatsanwaltschaft den Strafbefehl nicht in Kenntnis des Messfilms erlassen hat, sind nicht ersichtlich. Eine falsche Würdigung des Messfilms resp. dessen Fehlerhaftigkeit kann der Gesuchsteller nicht mit Revision geltend machen, dafür hätte er Einsprache erheben müssen.

Seite 11

### **E. 2.6**

Das bedeutet, dass der geltend gemachte Revisionsgrund nicht gegeben ist; folglich ist das Revisionsgesuch gemäss Art. 413 Abs. 1 StPO in Form eines Beschlusses (NIKLAUS SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. Aufl. 2017, Rz. 1617) abzuweisen. Gegen den abweisenden Revisionsentscheid ist das Rechtsmittel der Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht möglich (NIKLAUS SCHMID, a.a.O., Rz. 1622).

Die Einwände des Gesuchstellers gegen den Messfilm brauchen bei diesem Ausgang nicht weiter geprüft zu werden.

### **E. 3**

Kosten

#### **E. 3.1**

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens. Als unterliegend gilt auch die Partei, auf deren Rechtsmittel nicht eingetreten wird oder die das Rechtsmittel zurückzieht (Art. 428 Abs. 1 StPO). Bei Abwei-

sung des Revisionsgesuchs im Sinne von Art. 413 Abs. 1 StPO auferlegt das Berufungsgericht die Kosten des Revisionsverfahrens in Anwendung von Art. 428 Abs. 1 StPO dem unterliegenden Gesuchsteller (THOMAS DOMEISEN, Basler Kommentar, StPO, 2. Aufl. 2014, N. 28 zu Art. 428 StPO).

Ausgangsgemäss werden die Verfahrenskosten, bestehend aus einer Gebühr von CHF 500.00, dem Gesuchsteller auferlegt (Art. 29 Abs. 1 lit. a Gebührentarif, bGS 233.3).

### **E. 3.2**

Ein Anspruch des Gesuchstellers auf Entschädigung besteht unter diesen Umständen nicht (Art. 436 Abs. 1 und Abs. 4 StPO e contrario).

Der Staat resp. die Strafbehörde hat generell keinen Anspruch auf Entschädigung (SCHMID/JOSITSCH, a.a.O., N. 2 zu Art. 423 StPO; YVONA GRIESSER, Kommentar Donatsch/Hansjakob/Lieber, 2. Aufl. 2014, N. 3 zu Art. 423 StPO). Das Begehren der Staatsanwaltschaft um Zusprache einer Entschädigung von CHF 200.00 ist daher abzuweisen.

Seite 12 Das Obergericht beschliesst:

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