

GR_GERICHTE SK1 2011 26 vom 11. November 2011

GR Gerichte, 2011-11-11, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_SK1_2011_26

FR: GR_GERICHTE SK1 2011 26 du 11 novembre 2011

IT: GR_GERICHTE SK1 2011 26 del 11 novembre 2011

Regeste

Widerhandlung gegen Vorschriften des Strassenverkehrsgesetzes | Strassenverkehrsgesetz SVG

Erwägungen

E. 30

Abs. 2 SVG in Verbindung mit Art. 90 Ziff. 1 SVG [recte: Art. 93 Ziff. 2 SVG] erfüllt habe. C. Gegen das Strafmandat liess A. am 29. November 2010 beim Departement für Justiz, Sicherheit und Gesundheit Graubünden (nachfolgend: Departement) Einsprache erheben. Im Rahmen der Ergänzung der Untersuchung durch das Departement fand am 18. April 2011 die Einvernahme von A. statt. Dieser bestritt dabei den dem Strafmandat zu Grunde liegenden Sachverhalt und machte insbesondere geltend, dass die Fotoaufnahmen des Polizeirapports nicht die Position und die Befestigung der Ladung während seiner Fahrt nach X. zeigen würden. In der Folge erkundigte sich das Departement beim verzeigenden Polizeibeamten B. telefonisch. Dieser gab an, die Fotos unmittelbar nach der Anhaltung erstellt zu haben und nicht beobachtet zu haben, dass an der Fracht im Innenraum Riemen angebracht gewesen seien bzw. dass A. solche nach der Anhaltung entfernt habe. Über den Inhalt des Telefonats wurde durch das Departement eine Aktennotiz erstellt und diese A. am 19. April 2011 zugestellt, unter Einräumung der Möglichkeit

Seite 3 — 16 zur Stellungnahme. Mit Verfügung vom 14. Juni 2011 schloss das Departement die Untersuchung ab. D. Am 13. Juli 2011, mitgeteilt am 15. Juli 2011, erliess das Departement eine Strafverfügung gegen A. und erkannte darin Folgendes: „ 1. A. ist schuldig der Widerhandlung gegen Art. 29 SVG und Art. 30 Abs. 2 SVG in Verbindung mit Art. 93 Ziff. 2 SVG. 2. Dafür wird er mit einer Busse von Fr. 450.– bestraft. 3. Die Busse im Betrage von Fr. 450.– sowie die Kosten des Verfahrens bestehend aus einer Staatsgebühr von Fr. 840.– Gebühren für Ausfertigungen und Mitteilungen von Fr. 286.– Polizeikosten Fr. 108.– ----- Total Fr. 1'684.– werden A. auferlegt [...Inkasso...]. 4. [Rechtsmittelbelehrung] 5. [Mitteilung]“ E. A. meldete am 21. Juli 2011 beim Departement Berufung gegen die Strafverfügung an. Mittels Berufungserklärung an das Kantonsgericht von Graubünden vom 22. Juli 2011 erklärte A., dass die Strafverfügung des Departements vom 13. Juli 2011 vollumfänglich angefochten werde und beantragte, er sei vom Vorwurf der Übertretung von Art. 93 Ziff. 2 SVG in Verbindung mit Art. 29 SVG und Art. 30 Abs. 2 SVG freizusprechen. F. Mit Verfügung vom 29. Juli 2011 räumte der Vorsitzende der I. Strafkammer am Kantonsgericht von Graubünden dem Departement und dem Strassenverkehrsamt Gelegenheit zur Stellungnahme ein. In seiner Vernehmlassung vom 3. August 2011 beantragte das Departement die vollumfängliche Abweisung der Berufung unter Kostenfolge zulasten des Berufungsklägers. Das Strassenverkehrsamt verzichtete auf eine Stellungnahme (Eingabe vom 8. August 2011) und verwies auf die

Verfügung des Departements vom 13. Juli 2011. G. Da die angefochtene Strafverfügung ausschliesslich Übertretungstat- bestände zum Gegenstand hat, ordnete der Vorsitzende der zuständigen I. Straf- kammer des Kantonsgerichts von Graubünden gestützt auf Art. 406 Abs. 1 lit. c der schweizerischen Strafprozessordnung (StPO-CH; SR 312.0) mit Verfügung vom 17. August 2011 das schriftliche Verfahren an und forderte den Berufungs- kläger auf, eine Berufungsbegründung einzureichen. Innert der auf Antrag hin er-

Seite 4 — 16 streckten Frist reichte der Rechtsvertreter des Berufungsklägers mit Eingabe vom 26. September 2011 seine Berufungsbegründung ein, mit folgendem Antrag: „A. sei vom Vorwurf der Widerhandlung gegen Art. 29 SVG und Art. 30 Abs. 2 SVG in Verbindung mit Art. 93 Ziff. 2 SVG freizusprechen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Kantons Graubündens.“ Wie bereits vor der Vorinstanz wird zur Begründung im Wesentlichen vorge- bracht, dass die Fotodokumentation des Polizeirapports nicht den Zustand während der Fahrt wiedergeben würde. Die telefonische Befragung von B. bzw. die darüber erstellte Aktennotiz sei nicht verwertbar, vielmehr hätte die Vorinstanz den Polizeibeamten formell einvernehmen müsse. Des Weiteren habe es die Vor- instanz auch unterlassen, weitere angebotene Beweismittel abzunehmen. Der Be- rufungskläger stellt sich auf den Standpunkt, dass eine Rückweisung der Sache vorliegend nicht zulässig sei, vielmehr sei bei der Sachverhaltsfeststellung auf sei- ne Aussagen abzustellen und er sei folglich freizusprechen. Sollte die Sache den- noch zurückgewiesen werden, so verlangt er im Sinne eines Eventualantrages die korrekte Zeugeneinvernahme von B. sowie die Einholung eines Sachverständi- gengutachtens. Da das Departement bereits eine Stellungnahme zur Sache eingereicht und das Strassenverkehrsamt auf eine Stellungnahme verzichtet hatte, wurde kein weiterer Schriftenwechsel angeordnet. Ein solcher wurde nach Austausch der Rechtsschriften auch nicht beantragt, weshalb darauf verzichtete werden konnte (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 5A_42/2011 vom 21. März 2011). H. Auf die weiteren Ausführungen in den Rechtsschriften und der angefochte- nen Strafverfügung wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen. II. Erwägungen 1. a) Das Strafmandat des Strassenverkehrsamtes sowie die angefochtene Strafverfügung des Departements wurden in Anwendung der bis Ende 2010 gel- tenden kantonalen Zuständigkeits- und Verfahrensbestimmungen erlassen. Gemäss der am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen schweizerische Strafprozess- ordnung gilt für das Rechtsmittelverfahren gegen Entscheide, welche nach dem Inkrafttreten der StPO-CH erlassen wurden, das neue Recht (vgl. Art. 454 Abs. 1 StPO-CH). Für das vorliegende Rechtsmittelverfahren gegen die am 13. Juli 2011

Seite 5 — 16 vom Departement erlassene Strafverfügung findet folglich das neue Verfahrens- recht Anwendung. b) A. erhob der Rechtsmittelbelehrung der Vorinstanz folgend gegen die Straf- verfügung des Departements Berufung im Sinne von Art. 398 ff. StPO-CH. Gemäss Art. 398 Abs. 1 StPO-CH und Art. 22 des Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Strafprozessordnung (EGzStPO; BR 350.100) ist die Berufung an das Kantonsgericht von Graubünden zulässig gegen Urteile erstinstanzlicher Gerichte. Die Berufung steht offen gegen erstinstanzliche Entscheide, mit denen Verfahren ganz oder teilweise abgeschlossen worden sind und die Fragen des materiellen Rechts betreffen, in erster Linie Urteile, die auf Verurteilung oder Frei- spruch lauten (vgl. Eugster, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommen- tar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2010, N 2 zu Art. 398 StPO-CH). Während im alten Strafprozessrecht

die Berufung gegen Entscheide der Departemente an das Kantonsgericht ausdrücklich vorgesehen war (vgl. Art. 141 ff. des Gesetzes über die Strafrechtspflege [StPO-GR]), geht die StPO-CH von einem erstinstanzlichen Gericht als Vorinstanz des Berufungsgerichtes aus. Bei der angefochtenen Strafverfügung handelt es sich um einen verfahrensabschliessenden Entscheid über Fragen des materiellen Rechts, allerdings handelt es sich nicht um ein Urteil eines erstinstanzlichen Gerichtes, sondern um eine Strafverfügung einer Übertretungsstrafbehörde nach altem Recht. Dennoch rechtfertigt es sich vorliegend, die Berufungsfähigkeit des angefochtenen Entscheides an dieser Schnittstelle zwischen altem und neuem Recht zu bejahen. Die Problematik der beschränkten Kognition des Berufungsgerichtes (vorliegend als einzige richterliche Instanz) bei Übertretungstatbeständen (vgl. Art. 398 Abs. 4 StPO-CH) braucht vorliegend nicht weiter abgehandelt zu werden, da die Sache – wie nachfolgend aufzuzeigen ist – an die Staatsanwaltschaft zurückzuweisen ist, womit sich der ganze Instanzenzug gemäss neuem Recht öffnet. c) Gemäss Art. 399 Abs. 1 StPO-CH ist die Berufung innert 10 Tagen seit der Eröffnung des Entscheides bei der Erstinstanz anzumelden. Der Berufungskläger hat sodann innert 20 Tagen seit der Zustellung des begründeten Urteils eine schriftliche Berufungserklärung an das Berufungsgericht einzureichen. Vorliegend wurde der Entscheid mit Begründung am 15. Juli 2011 mitgeteilt. Der Berufungskläger meldete die Berufung am 21. Juli 2011 beim Departement an und reichte mittels Eingabe vom 22. Juli 2011 die Berufungserklärung beim Kantonsgericht ein. Die Berufung ist somit rechtzeitig und formgerecht erhoben worden, weshalb darauf einzutreten ist.

Seite 6 — 16 2. a) Gemäss Art. 29 SVG dürfen Fahrzeuge nur in betriebssicherem und vorschriftsgemäsem Zustand verkehren. Sie müssen so beschaffen und unterhalten sein, dass die Verkehrsregeln befolgt und dass Führer, Mitfahrende und andere Strassenbenützer nicht gefährdet und die Strassen nicht beschädigt werden. In Bezug auf die Ladung von Fahrzeugen schreibt Art. 30 Abs. 2 Satz 2 SVG vor, dass diese so anzubringen ist, dass sie niemanden gefährdet oder belästigt und nicht herunterfallen kann. Die Anforderungen an eine vorschriftsgemässe Ladung werden in der VRV konkretisiert, so sieht unter anderem Art. 73 Abs. 6 VRV vor, dass auf Ladeflächen vor und neben dem Fahrersitz Ladungen nur dann gestattet sind, wenn sie die Sicht nicht behindern. Massgebend ist schliesslich, dass es dem Fahrzeugführer obliegt, sich zu vergewissern, dass Fahrzeug und Ladung in vorschriftsgemäsem Zustand sind (Art. 57 Abs. 1 VRV). Widerhandlungen gegen die Vorschriften von Art. 29 und Art. 30 SVG werden gemäss Art. 93 Ziff. 2 SVG mit Busse bestraft. b) Die Vorinstanz erachtete es als erstellt, dass durch die Ladung im Innenraum des Fahrzeuges die Sicht des Fahrzeugführers nach rechts erheblich beeinträchtigt war und die mitgeführten Surfbretter auf dem Dach des Fahrzeuges ungenügend gesichert waren und andere Verkehrsteilnehmer gefährdeten, weshalb sie A. der Widerhandlung gegen Art. 29 und Art. 30 SVG in Verbindung mit Art. 93 Ziff. 2 SVG schuldig sprach. Der Sachverhaltsermittlung der Vorinstanz liegen der Polizeirapport einschliesslich der Fotoaufnahmen, die Aussagen von A. anlässlich seiner Einvernahme vom 18. April 2011 sowie die telefonischen Aussagen von B. bzw. die über das Telefonat erstellte Aktennotiz vom 19. April 2011 zu Grunde. c) Der Berufungskläger bestreitet die Ausführungen der Vorinstanz zur Anwendbarkeit und den Voraussetzungen der angeführten Tatbestände nicht. Der Haupteinwand des Berufungsklägers geht jedoch dahin, dass die auf den Fotoaufnahmen des Polizeirapports ersichtliche Situation nicht derjenigen entspreche, wie sie sich während seiner Fahrt nach X. dargestellt habe. Die Fotoaufnahmen seien erst aufgenommen worden, nachdem er sowohl an der Ladung im Fahrzeuginnern als auch an

der Dachladung habe manipulieren müssen, um an die vom Polizeibeamten angeforderten Ausweisdokumente im Kofferraum heranzukommen. Während der Fahrt seien die Surfutensilien im Fahrzeuginnern zusammengebunden gewesen und hätten sich weiter hinten befunden. Der auf den Fotoaufnahmen ersichtliche zweite Spanngurt an der Dachlast sei weiter hinten beim Türrahmen angebracht gewesen. Der Berufungskläger bestreitet somit den Sachverhalt, wie er sich aus dem Polizeirapport ergibt. Er rügt in seiner Berufungsschrift, dass die Vorinstanz den Sachverhalt nicht richtig festgestellt habe, insbesondere

Seite 7 — 16 entlastende Umstände unbeachtet geblieben seien und verschiedentlich blosser Behauptungen aufgestellt worden seien. Die telefonische Aussage von B. bzw. die Aktennotiz vom 19. April 2011 könne nicht verwertet werden, da B. ordnungsgemäss hätte einvernommen werden müssen, unter Wahrung der Teilnahme- und Befragungsrechte des Beschuldigten. Das Departement habe es ferner unterlassen, weitere Beweise abzunehmen, so unter anderem die Befragung des bereits im Polizeirapport erwähnten Beifahrers, aber auch die Einholung eines Gutachtens bzw. der Beizug eines Sachverständigen. 3. a) Der vorinstanzliche Schuldspruch stützt sich zunächst massgeblich auf den Rapport des Kantonspolizisten B. vom 8. Oktober 2010 ab. Darin hielt der Polizeibeamte den Sachverhalt fest, wie er ihn anlässlich der Verkehrskontrolle am 24. August 2010 in X. festgestellt hatte und er verwies im Rapport ausdrücklich auf das dem Polizeirapport beigelegte Fotoblatt. b) Das Kantonsgericht von Graubünden hat verschiedentlich festgehalten, dass der Polizeirapport ein taugliches und wichtiges Beweismittel darstellen kann. Der Inhalt eines Rapports kann bei der Beweiswürdigung berücksichtigt werden, soweit er mit den Angaben des Angeklagten und den Akten übereinstimmt und Ermittlungsergebnisse festhält, welche auf eigenen Feststellungen beruhen und allenfalls verifizierbar sind. Gleiches gilt dann, wenn weitere Abklärungen getroffen wurden, dank denen das Gericht die Glaubhaftigkeit der Angaben überprüfen kann. Sind diese Voraussetzungen dagegen nicht gegeben, so wird das alleinige Abstützen auf den Polizeirapport als unzulässig erachtet und es sind weitere Abklärungen zu treffen. So sind beispielsweise verzeigende Polizisten als Zeugen zu hören, wenn ihre Beobachtungen umstritten sind (PKG 2002 Nr. 11 S. 117; PKG 2004 Nr. 14 E. 5a S. 87; vgl. auch Padrutt, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Graubünden, 2. A. Chur 1996, S. 211, Ziff. 1.3.). c) Der Berufungskläger bestreitet vorliegend den Sachverhalt, wie er sich aus dem Polizeirapport, insbesondere aufgrund der Fotoaufnahmen, ergibt. Entsprechende Vorbringen hatte er bereits anlässlich seiner Einvernahme am 18. April 2011 als auch in seiner Stellungnahme an die Vorinstanz vom 1. Juli 2011 geltend gemacht. Im Sinne der zitierten Rechtsprechung kann vorliegend für die Sachverhaltsermittlung nicht allein auf den Inhalt des Polizeirapports abgestellt werden, sondern es müssen weitere Abklärungen getroffen werden. 4. a) Die Vorinstanz hat sich denn auch – neben der Einvernahme des Angeklagten – beim betreffenden Polizeibeamten, B., telefonisch über den zu beur-

Seite 8 — 16 teilenden Sachverhalt bzw. einzelne Sachverhaltselemente erkundigt und über das Telefonat eine Aktennotiz erstellt. Der Berufungskläger stellt sich diesbezüglich auf den Standpunkt, dass B. formell als Zeuge hätte einvernommen werden müssen und die telefonischen Aussagen bzw. die Aktennotiz vom 19. April 2011 nicht verwertbar seien. b) Aus Art. 6 Ziff. 3 lit. d der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101) ergibt sich der Anspruch des Angeschuldigten im

Strafverfahren, Fragen an die Belastungszeugen zu stellen und die Ladung und Vernehmung von Entlastungszeugen unter denselben Bedingungen wie die der Belastungszeugen zu erwirken. Die Garantien von Art. 6 Ziff. 3 EMRK stellen besondere Aspekte des Rechts auf ein faires Verfahren gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK dar. Ziel ist es dabei, dem Beschuldigten im Sinne eines „fair trial“ Gelegenheit einzuräumen, eine belastende Aussage zu bestreiten und den entsprechenden Zeugen zu befragen (BGE 124 I 274 E. 5b S. 285; BGE 125 I 127 E. 6a und b S. 132 f.). Erforderlich zur Wahrung der Verteidigungsrechte ist, dass die Gelegenheit zur Befragung angemessen und ausreichend ist und somit tatsächlich wirksam ausgeübt werden kann. Der Beschuldigte muss namentlich in der Lage sein, die Glaubhaftigkeit einer Aussage zu prüfen und den Beweiswert in kontradiktorischer Weise auf die Probe und in Frage stellen zu können (Urteil des Bundesgerichts 6B_64/2010 vom 26. Februar 2010 E. 2.3; zum Ganzen auch BGE 133 I 33 E. 3.1 S. 41). Dem Anspruch, den Belastungszeugen Fragen zu stellen, kommt grundsätzlich absoluter Charakter zu. Das strenge Erfordernis des Anspruchs auf Befragung von Belastungszeugen erfährt in der Praxis jedoch eine gewisse Abschwächung; es gilt uneingeschränkt nur in all jenen Fällen, bei denen dem streitigen Zeugnis ausschlaggebende Bedeutung zukommt, dieses also den einzigen oder einen wesentlichen Beweis darstellt (BGE 129 I 151 E. 3.1 S. 153 f. mit Hinweisen). c) Die Vorinstanz stützt sich bei ihrem Schuldspruch auf die telefonischen Aussagen von B. bzw. auf die entsprechende Aktennotiz vom 19. April 2011, worin er seine im Polizeirapport festgehaltene Beobachtung, dass die Dachlast ungenügend gesichert gewesen sei, bestätigte und festhielt, dass er nicht habe feststellen können, dass die Ladung im Innenraum zusätzlich zusammengebunden gewesen sei und dass er die Fotoaufnahmen unmittelbar nach dem Anhalten und vor der Ausweiskontrolle vorgenommen habe. Damit wird der auf der polizeilichen Kontrolle basierende und der Verzeigung zu Grunde liegende Sachverhalt erhärtet. Wurde A. durch die Befragung von B. belastet, so hätte er und sein Verteidiger im Sinne eines fairen Verfahrens Gelegenheit erhalten müssen, den Polizisten zu befra-

Seite 9 — 16 gen und seine Aussagen zu bestreiten. Eine solche Konfrontation hat vorliegend jedoch nicht stattgefunden. Festzuhalten ist ferner, dass das Befragungsrecht auch nicht dadurch gewahrt werden konnte, indem die Aktennotiz A. zur Stellungnahme zugestellt wurde. Zwar wurde beispielsweise in PKG 1995 Nr. 31 E. 2 S. 118 (vgl. auch PKG 1991 Nr. 32 E. 1 S. 118 und PKG 1991 Nr. 55 E. 3 S. 181) mit Blick auf Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK festgehalten, dass das Befragungsrecht auch dadurch gewahrt werden könne, indem dem Beschuldigten nach Einsichtnahme in das Zeugen-Einvernahmeprotokoll Gelegenheit gegeben wird zur Stellung schriftlicher Ergänzungsfragen. Allerdings ist – und dies ist evident – hierzu eine formelle Einvernahme mit ordnungsgemässer Protokollierung erforderlich. Die Gelegenheit zur tatsächlichen und wirksamen Ausübung der Befragung setzt voraus, dass der Angeschuldigte die Aussage des Belastungszeugen kennt bzw. wahrnehmen kann. Dies ist bei einer kurzen Aktennotiz, in welcher lediglich einige Punkte aus Sicht des telefonisch Befragenden wiedergegeben werden, nicht der Fall. d) Befragungen von Personen zu einem strafrechtlich relevanten Sachverhalt sind grundsätzlich gemäss den strafprozessual vorgesehenen Formen der Einvernahme durchzuführen. Wesentlich dabei ist insbesondere der Hinweis auf die Wahrheitspflicht und auf die Straffolgen des falschen Zeugnisses gemäss Art. 307 des Strafgesetzbuches (StGB; SR 311.0; zur Hinweispflicht vgl. Art. 89 Abs. 2 StPO-GR bzw. auch Art. 177 Abs. 2 StPO-CH) sowie die ordnungsgemässe Protokollierung (Art. 87 Abs. 1 StPO-GR; vgl.

auch Art. 76 StPO-CH). Informelle Gespräche werden grundsätzlich nur in organisatorisch-verfahrensleitenden Fragen als zulässig erachtet (vgl. Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxis-kommentar, Zürich 2009, N 2 zu Art. 144 StPO-CH). Auch wenn im Strafprozess der Grundsatz der Beweisfreiheit gilt und kein numerus clausus der Beweismittel besteht (vgl. Art. 76 Abs. 1 StPO-GR und dazu Padrutt, a.a.O., S. 119, Ziff. 3.1; ebenso Art. 139 Abs. 1 StPO-CH), erscheint die telefonische Befragung von Personen zu einem strafrechtlich relevanten Sachverhalt – abgesehen von der dargelegten Verletzung der Teilnahme- bzw. Befragungsrechte – auch unter dem Gesichtspunkt der Wahrheitsfindung als untauglich, da es an der physisch unmittelbaren Anwesenheit des Einzuvernehmenden fehlt, kein persönlicher Eindruck gewonnen werden kann und letztlich nicht einmal Gewissheit über die Identität des telefonisch Einvernommenen besteht (vgl. dazu auch den Beschluss des Kassationsgerichts Zürich vom 30. März 1992, ZR 90 [1991] Nr. 76). e) Mit der den Anforderungen des Strafprozessrechts nicht genügenden telefonischen Befragung von B. wurden in vorliegender Sache die Verfahrensgarantien der EMRK verletzt, weshalb die Aussagen von B. bzw. die darauf beruhende

Seite 10 — 16 Aktennotiz vom 19. April 2011 nicht verwertbar sind (vgl. BGE 133 I 33 E. 3.1. S. 41). Der Mangel des vorinstanzlichen Verfahrens kann nur dadurch behoben werden, indem der Polizeibeamte B. ordnungsgemäss einvernommen wird und A. die Gelegenheit zur Konfrontation eingeräumt wird. f) Unbeachtlich sind in diesem Zusammenhang die Einwände der Vorinstanz, dass die Einvernahme von B. seitens des Beschuldigten weder nach der Zustellung der Aktennotiz zur Stellungnahme noch als Ergänzungsantrag nach Erlass der Schlussverfügung verlangt worden sei (Vernehmlassung, S. 2) und dass auf eine Befragung des Polizeibeamten auch deshalb verzichtet werden konnte bzw. könne, da auch unabhängig von dessen Aussagen von einem nicht betriebssicheren Fahrzeug im Sinne von Art. 29 SVG ausgegangen werden könne (Vernehmlassung, S. 3). Abgesehen davon, dass A. in seiner Stellungnahme vom 10. Juni 2011 den von B. festgestellten Sachverhalt bestritt, hat er auch klar zum Ausdruck gebracht, dass die Aktennotiz vom 19. April 2011 nicht verwertbar sei und dass B. in seiner Anwesenheit zu befragen gewesen wäre und ihm Gelegenheit zur Stellungnahme von Zusatzfragen hätte eingeräumt werden müssen. Er stellte für den Fall, dass am Strafmandat des Strassenverkehrsamtes vom 10. November 2010 festgehalten werde, den Antrag, es seien formell korrekte Beweise abzunehmen wie Augenschein, Gutachten und Zeugeneinvernahmen. A. hat somit sinngemäss sehr wohl die Einvernahme von B. beantragt. Auch in der Stellungnahme vom 1. Juli 2011 wurde die Verwertbarkeit der Aktennotiz vom 19. April 2011 in Abrede gestellt und in sinngemässer Bestätigung des Schreibens vom 10. Juni 2011 gerügt, dass nie eine Konfrontation mit B. stattgefunden habe. Darauf wird sinngemäss auch in der Berufung hingewiesen. Die Beweisanträge sind somit nicht neu im Sinne von Art. 398 Abs. 4 StPO-CH. Nach Art. 398 Abs. 4 StPO-CH kann bei der Berufung gegen Entscheide, welche lediglich Übertretungen zum Gegenstand haben, die Feststellung des Sachverhalts nur angefochten werden, wenn dieser offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung beruht. Hängt gerade die Frage, ob A. die ihm vorgehaltenen Vorschriften verletzt hat oder nicht, davon ab, ob der Sachverhalt korrekt ermittelt worden ist oder nicht, ist er im Berufungsverfahren mit der Rüge, der Sachverhalt sei offensichtlich unrichtig, zu hören. Wurden entscheidrelevante Beweise, die – wie im vorliegenden Fall – sogar beantragt wurden, willkürlich nicht erhoben, so beruht der Sachverhalt auf zunächst willkürlichen Feststellungen, welche – werden die

Beweise erhoben – danach entweder bestätigt oder widerlegt werden können. Insofern ist, entgegen der Auffassung des Berufungsklägers, eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zwecks Vornahme der Beweiserhe-

Seite 11 — 16 bungen angezeigt (vgl. Riklin, Kommentar zur StPO, Zürich 2010, N 4 zu Art. 398 StPO-CH mit Hinweisen). Festzuhalten ist in diesem Zusammenhang schliesslich, dass als Folge der im Strafrecht geltenden Unschuldsvermutung eine Beweisbedürftigkeit besteht, das heisst, der Staat – im vorliegenden Fall die Übertretungsstrafbehörde – der beschuldigten Person alle objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale nachzuweisen hat (Schmid, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich St. Gallen 2009, N 777). Wie bereits die Ausführungen zum Beweiswert eines Polizeirapports, dessen Inhalt vom Angeschuldigten bestritten wird, zeigten, waren vorliegend weitere Abklärungen des Sachverhalts notwendig. Die Befragung von B. hätte vorliegend sogar unabhängig von einem entsprechenden Beweisantrag durchgeführt werden müssen, und zwar als formelle Einvernahme unter Wahrung der Teilnahme- und Befragungsrechte des Angeschuldigten.

5. a) In seiner Berufungsbegründung macht A. überdies geltend, die Vorinstanz hätte in unzulässiger Weise weitere beantragte Beweismittel abgelehnt und rügt damit implizit eine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Der Beschuldigte und andere Verfahrensbeteiligte können Beweisanträge stellen (Art. 76a Abs. 1 und Art. 76c StPO-GR; vgl. auch Art. 107 Abs. 1 lit. e StPO-GR), denen im Rahmen des Notwendigen zu entsprechen ist, sofern deren Bedeutung und Eignung zumindest plausibel gemacht werden (Schmid, Handbuch, N 777). Ein uneingeschränktes Recht auf Beweisabnahme besteht jedoch nicht. Die Behörden müssen Beweisanträge dann nicht entsprechen, wenn sie den rechtlich relevanten Sachverhalt als genügend geklärt erachten durften (BGE 103 Ia 491; 103 IV 310; 104 Ia 319) oder wenn das Beweismittel für die Feststellung rechtserheblicher und streitiger Tatsachen als untauglich erscheint (BGE 106 Ia 162). Eine vorweggenommene Beweiswürdigung wird dann als zulässig erachtet, wenn die richterliche Überzeugung in gesetzmässiger Art und Weise gebildet wurde und nicht auf unrechtmässig eingeflossenen Informationen beruht (Schmid, Handbuch, N 230). Vorliegend muss eine antizipierte Beweiswürdigung aber als unzulässig erachtet werden, weil die aus der Sachverhaltsermittlung gewonnene Überzeugung der urteilenden Behörde jedenfalls auf der Einbeziehung dieses nicht verwertbaren Beweismittels (Aktennotiz vom 19. April 2011) beruhte (vgl. Schmid, Handbuch, N 230, mit Hinweis auf den Beschluss des Kassationsgerichts Zürich vom 30. März 1992, ZR 90 [1991] Nr. 76 E. 4c S. 248).

Seite 12 — 16 b) Dem Gesagten nach ist eine formell richtige Einvernahme von B. unausweichlich. Davon abgesehen kann zu den weiteren Beweismitteln Folgendes festgehalten werden: Zum Antrag auf Einvernahme weiterer Zeugen ist darauf hinzuweisen, dass die antragstellende Partei diejenigen Angaben zu machen hat, welche die Identifikation, Auffindung und Vorladung derselben ermöglichen (Cavegn, Das Recht der beschuldigten Person auf Ladung und Befragung von Entlastungszeugen im ordentlichen Strafverfahren, Zürich 2010, S. 114 mit weiteren Hinweisen). A. wies vor der Vorinstanz lediglich darauf hin, dass bereits im Polizeirapport ein Beifahrer erwähnt werde, dass man sich in der Surferszene jedoch nur beim Vornamen kenne und dass er Auskunftspersonen noch nennen werde, was jedoch im Verlaufe des Verfahrens nicht geschah. Diesbezüglich ist mit der Vorinstanz festzuhalten, dass seitens des Angeschuldigten keine Zeugen oder Auskunftspersonen genannt oder diesbezüglich genügende Angaben gemacht worden sind. Der „Augenschein“ des Fahrzeuges mit nachgestellter Beladung, wie er gemäss dem

Berufungskläger anlässlich seiner Einvernahme angeboten worden sei, erscheint nicht als taugliches Beweismittel, zumindest solange gerade strittig ist, wie das Surfmateral auf dem Dach und im Fahrzeuginnern auf der Fahrt tatsächlich mitgeführt worden war. Auch die Frage, ob zur Beurteilung der Sicherung der Dachladung bzw. der Sichtbeeinträchtigung durch die Surfutensilien im Fahrzeuginnern der Beizug eines Sachverständigen oder die Einholung eines Gutachtens erforderlich ist, kann letztlich erst beurteilt werden, wenn sich die Strafbehörde genügende Überzeugung davon verschaffen hat, wie die Ladung auf dem Dach bzw. im Fahrzeuginnern tatsächlich ausgesehen hat, insbesondere, ob die Fotoaufnahmen im Polizeirapport den Zustand während der Fahrt wiedergeben oder nicht.

6. a) Weist das vorinstanzliche Verfahren wesentliche Mängel auf, welche im Berufungsverfahren nicht geheilt werden können, so hebt das Berufungsgericht nach Art. 409 Abs. 1 StPO-CH den vorinstanzlichen Entscheid auf und weist die Sache zurück. Als wesentliche Mängel, welche eine Rückweisung rechtfertigen, sind insbesondere die Verletzung von Teilnahmerechten im vorinstanzlichen Verfahren sowie Mängel bei der Erhebung von Beweismitteln zu betrachten. Die Nach- bzw. Wiederholung dieser Verfahrenshandlungen durch das Berufungsgericht hätte den Verlust einer Instanz zur Folge, was mit Blick auf den Grundsatz des fairen Verfahrens im Sinne von Art. 6 EMRK nicht statthaft wäre (Eugster,

Seite 13 — 16 a.a.O., N 1 zu Art. 409 StPO-CH). Aufgrund dessen ist es vorliegend angezeigt, die Sache zurückzuweisen. b) Die angefochtene Strafverfügung wurde vom Departement für Justiz, Sicherheit und Gesundheit Graubünden erlassen. Dessen Zuständigkeit ergab sich aus den inzwischen nicht mehr in Kraft stehenden kantonalen Nebenerlassen zum SVG. Auf das vorliegende Verfahren ist dagegen aufgrund der Übergangsbestimmungen der StPO-CH das neue Verfahrensrecht anzuwenden. Wenn Art. 453 Abs. 2 StPO-CH vorsieht, dass bei der Aufhebung und der Rückweisung von Entschieden, welche vor Inkrafttreten der StPO-CH ergangen waren, die neue Beurteilung durch die nach neuem Recht zuständige Behörde erfolgt, so muss dies umso mehr gelten, wenn der aufgehobene Entscheid – wie dies vorliegend der Fall ist – nach dem 1. Januar 2011 ergangen ist. Dies bringt es mit sich, dass die Sache vorliegend nicht an die Vorinstanz, das Departement, zurückzuweisen ist, sondern an die gemäss Art. 355 StPO-CH (und mangels abweichender kantonalen Bestimmungen) auch für Übertretungstatbestände gemäss SVG zuständige Staatsanwaltschaft zu überweisen ist. Die Staatsanwaltschaft wird somit das Verfahren im Sinne von Art. 355 StPO-CH weiterzuführen haben. 7. a) Hebt die Rechtsmittelinstanz einen Entscheid auf und weist sie ihn zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurück, so trägt gemäss Art. 428 Abs. 4 StPO-CH der Kanton die Kosten des Rechtsmittelverfahrens. Gestützt auf den geltenden Gebührenrahmen von Fr. 1'500.– bis Fr. 20'000.– (Art. 7 der Verordnung über die Gerichtsgebühren im Strafverfahren [VGS; BR 350.210]) erscheint vorliegend eine Gebühr von Fr. 1'500.– als angemessen, welche dem Gesagten nach zu Lasten des Kantons Graubünden geht. b) Des Weiteren bestimmt Art. 428 Abs. 4 StPO-CH, dass die Kosten der Vorinstanz nach Ermessen der Rechtsmittelinstanz ebenfalls zu Lasten des Kantons gehen. Weist das vorinstanzliche Verfahren einen wesentlichen Mangel auf, so rechtfertigt es sich, die von der Vorinstanz auferlegten Gebühren dem Kanton zu überbinden; soweit die Auslagen jedoch durch korrekte Beweisabnahmen entstanden sind, welche auch im zu wiederholenden Verfahren verwertbar sind, verbleiben sie bei der Prozedur und die Vorinstanz hat in ihrem neuen Entscheid darüber zu befinden (Domeisen, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische

Strafprozessordnung, 2010, N 25 zu Art. 428 StPO-CH; Griesser, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, N 16 zu Art. 428 StPO-CH). Vorliegend betrifft dies insbesondere die ordnungsgemäss durchgeführte Einvernahme von A.. Aus der Ge-

Seite 14 — 16 Bührenauflegung der Vorinstanz sind die einzelnen Positionen nicht ersichtlich; es rechtfertigt sich jedoch die Kosten hälftig, das heisst in der Höhe von Fr. 617.–, dem Kanton Graubünden aufzuerlegen und die weiteren Fr. 617.– der vorinstanzlichen Gebühren bei der Prozedur zu belassen. c) Erfolgt die Aufhebung eines Entscheides durch die Rechtsmittelinstanz gemäss Art. 409 StPO-CH, so haben die Parteien nach Art. 436 Abs. 3 StPO-CH Anspruch auf eine angemessene Entschädigung für ihre Aufwendungen im Rechtsmittelverfahren und im aufgehobenen Teil des erstinstanzlichen Verfahrens. Diese Entschädigung besteht in Analogie zur Kostenregelung von Art. 428 Abs. 2 StPO-CH (Wehrenberg/Bernhard, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2010, N 9 zu Art. 436 StPO-CH). Der Rechtsvertreter von A., Rechtsanwalt Uffer, hat für seine Aufwendungen im Rechtsmittelverfahren keine Kostennote eingereicht. Er ist mit seinem Rechtsmittel, mit welchem er primär einen Freispruch beantragte, zwar nicht vollständig durchgedrungen. Da der angefochtene Entscheid jedoch aufgrund von Mängeln des vorinstanzlichen Verfahrens aufgehoben und die Sache auch im Sinne des Eventualantrages des Verteidigers zurückgewiesen werden muss, rechtfertigt es sich dennoch, eine volle Entschädigung für die Aufwendungen des Verteidigers im Rechtsmittelverfahren zuzusprechen, wobei vorliegend Fr. 2'000.– (inkl. Spesen und MWSt) als angemessen erscheinen. Im vorinstanzlichen Verfahren war A. erst in einer späten Phase anwaltlich vertreten und der Aufwand war eher gering. Es rechtfertigt sich vorliegend, eine Entschädigung in der Höhe von Fr. 500.– (inkl. Spesen und MWSt), wiederum zu Lasten des Kantons Graubünden, zuzusprechen. In der Lehre ist umstritten, ob auch private Aufwendungen und Zeitausfälle des nicht anwaltlich vertretenen Angeeschuldigten entschädigt werden sollten (bejahend Wehrenberg/Bernhard, a.a.O., N 20 zu Art. 429 StPO-CH; ablehnend Schmid, Praxiskommentar, N 8 zu Art. 429 StPO-CH). Vorliegend kann jedoch festgehalten werden, dass der Aufwand von A. gering war und sich eine Entschädigung für seine privaten Aufwendung vorliegend nicht rechtfertigt. 8. Der vorliegende Rückweisungsbeschluss stellt einen selbständig eröffneten Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG; SR 173.110) dar. Die Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht gegen solche Zwischenentscheide ist nur dann zulässig, wenn sie einen nicht wieder gutzumachen-

Seite 15 — 16 chenden Nachteil bewirken können oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Art. 93 Abs. 1 BGG). Dies wird bei Rückweisungsbeschlüssen im Sinne von Art. 409 StPO-CH abgelehnt (Hug, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, N 10 zu Art. 409 StPO-CH; Schmid, Praxiskommentar, N 7 zu Art. 409 StPO-CH; ders., Handbuch, N 1587), weshalb der vorliegende Entscheid nicht selbständig anfechtbar ist.

Seite 16 — 16 III.

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