

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: SR130016-O /U/hb

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. Bussmann, Präsident, und lic. iur. et lic. phil. Glur,  
Ersatzoberrichterin Bertschi sowie der Gerichtsschreiber lic. iur. Höfliger

## **Beschluss vom 26. September 2013**

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,  
Gesuchsteller

verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

**Staatsanwaltschaft See/Oberland,**  
Gesuchsgegnerin

betreffend **grobe Verletzung der Verkehrsregeln**

**Revisionsgesuch gegen einen Strafbefehl der Staatsanwaltschaft  
See / Oberland vom 5. April 2013 (C-3/2013/1217)**

I.

1. Mit Strafbefehl der Gesuchsgegnerin vom 5. April 2013 wurde der Gesuchsteller – wegen Überschreiten der signalisierten Höchstgeschwindigkeit von 60 km/h um 26 km/h in B.\_\_\_\_\_ auf der C.\_\_\_\_\_ -Strasse, Höhe Bushaltestelle D.\_\_\_\_\_, in Richtung E.\_\_\_\_\_ – der groben Verletzung der Verkehrsregeln im Sinne von Art. 90 Abs. 2 SVG in Verbindung mit Art. 27 SVG und Art. 4a Abs. 1 lit. a und Abs. 5 VRV schuldig gesprochen und mit einer bedingten Geldstrafe von 11 Tagessätzen zu je Fr. 100.– (unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren) sowie einer Busse von Fr. 300.– bestraft (Urk. 2/1 = Urk. 5/7).

2. Mit Schreiben vom 13. Juni 2013 teilte die Staatsanwaltschaft dem Gesuchsteller mit, dass der Strafbefehl auf falschen Grundlagen beruhe und einer (vom Gesuchsteller anzustrengenden) Revision im Sinne von Art. 410 Abs. 1 lit. a StPO zugänglich sei, da die der Strafbehörde zwischenzeitlich bekannt gewordene Tatsache, dass die Geschwindigkeitsüberschreitung im Ausserorts- anstatt im Innerortsbereich erfolgt sei, zu einer mildereren Bestrafung führen würde (Urk. 2/4 S. 1 = Urk. 5/11 S. 1).

3. In der Folge reichte der Gesuchsteller mit Eingabe seines Verteidigers vom 1. Juli 2013 ein Revisionsgesuch ein, worin er den Revisionsgrund von Art. 410 Abs. 1 lit a StPO anruft (Urk. 1/1). Unter den geschilderten Umständen hätte die Staatsanwaltschaft selbst eine Revision zugunsten des Gesuchstellers verlangen können (Art. 381 Abs. 1 StPO; Donatsch / Fingerhuth, Art. 410 StPO N 48; BSK- Heer, Art. 410 StPO N 16). Indem sie diesen Schritt dem nicht rechtskundigen Gesuchsteller überliess und diesen lediglich auf das Vorliegen eines Revisionsgesuches aufmerksam machte, veranlasste sie diesen zum Beizug eines Anwalts, was unnötige Kosten zu Folge hatte und sich in der Entschädigungsforderung des Gesuchstellers niederschlägt (vgl. Urk. 1 S. 4 f. Ziff. 15).

4. Auf die Einholung einer Stellungnahme der Gesuchsgegnerin konnte ausnahmsweise abgesehen werden, nachdem der Gesuchsteller sich auf den nämlichen Revisionsgrund beruft, auf welchen ihn die Gesuchsgegnerin aufmerksam gemacht hatte, und dieser Revisionsgrund (wie nachfolgend zu zeigen sein wird) zu bejahen ist.

## II.

### 1. Ausführungen des Gesuchstellers

1.1. Der Verteidiger stützt sich auf den Revisionsgrund gemäss Art. 410 Abs. 1 lit. a StPO (Wiederaufnahme zufolge neuer Tatsachen und Beweismittel). Er macht geltend, dass die Gesuchsgegnerin bei Ausfällung des Strafbefehls gestützt auf den Polizeirapport vom 6. März 2013 davon ausgegangen sei, dass sich der Bereich der C.\_\_\_\_-Strasse, auf dem die Geschwindigkeitskontrolle stattgefunden habe, innerorts befinden würde. Tatsächlich liege der betreffende Abschnitt der C.\_\_\_\_-Strasse jedoch ausserorts. Nach Rechtskraft des Strafbefehls habe die Polizei diesen Irrtum bemerkt und die Gesuchsgegnerin mit Nachtrag vom 23. Mai 2013 darüber orientiert, worauf diese mit Schreiben vom 13. Juni 2013 den Gesuchsteller darüber unterrichtet habe. Der Umstand, dass der Ort der Geschwindigkeitskontrolle ausserorts und nicht innerorts gelegen habe, sei nicht nur neu, sondern auch erheblich im Sinne des Revisionsrechts, führe er doch dazu, dass weder objektiv noch subjektiv von einer groben Verkehrsregelverletzung ausgegangen werden könne. Vielmehr wäre der Gesuchsteller wegen einfacher Verkehrsregelverletzung und damit wesentlich milder, mit einer nicht ins Strafregister einzutragenden Übertretungsbusse, zu bestrafen gewesen (Urk. 1/1 S. 3 f.).

1.2. Der Verteidiger macht weiter geltend, dass es sich bei der Geschwindigkeitsüberschreitung innerorts [recte wohl: ausserorts] um 26 km/h um ein Massendelikt handle. Der Gesuchsteller sei nach wie vor geständig, die Tat mindestens eventualvorsätzlich begangen zu haben. Wenn seitens der rapportierenden Polizei kein Irrtum vorgelegen wäre, hätte diese direkt an das Statthalteramt F.\_\_\_\_ rapportiert, welches im "Schnellrichterverfahren", ohne eigentliche Be-

rücksichtigung der Strafzumessungsregeln, eine Busse von Fr. 370.– verhängt hätte. Entsprechend stehe der letztlich urteilenden Behörde bloss theoretischer Ermessensspielraum bei der Strafzumessung zu, weshalb das Revisionsgericht einen reformatorischen Entscheid ausfallen könne (Urk. 1/1 S. 4).

## 2. Vorliegen eines Revisionsgrundes

2.1. Der Argumentation der Verteidigung kann in Bezug auf den geltend gemachten Revisionsgrund gefolgt werden:

a) Aus den im Strafbefehl vom 5. April 2013 aufgeführten SVG-Normen (Art. 4a Abs. 1 lit. und Abs. 5 VRV) erschliesst sich, dass die Gesuchsgegnerin dem Gesuchsteller Missachten der signalisierten Höchstgeschwindigkeit "in Ortschaften" vorwarf (Urk. 2/1). Dabei stützte sie sich offensichtlich auf die im Polizeirapport vom 5. April 2013 sowie in den weiteren Polizeiakten mehrfach aufgeführte Angabe, dass die Geschwindigkeitsüberschreitung "innerorts" stattgefunden habe (Urk. 2/2 S. 1 = Urk. 5/1 S. 1; Urk. 5/3; Urk. 5/5). Aufgrund dieses sich ihr präsentierenden Sachverhaltselementes qualifizierte die Gesuchsgegnerin die Geschwindigkeitsüberschreitung des Gesuchstellers um 26 km/h in Nachachtung der Rechtsprechung des Bundesgerichts folgerichtig als grobe Verkehrsregelverletzung (vgl. BGE 123 II 37; Bundesgerichtsurteil 6S.99/2004 vom 25. August 2004 E. 2.4). Dieser Strafbefehl wurde zum rechtskräftigen Urteil, nachdem dagegen innert der Frist von 10 Tagen keine Einsprache erhoben wurde.

b) Am 23. Mai 2013 hielt die Polizei mit Nachtragsrapport fest, dass sich anlässlich einer Qualitätsüberprüfung herausgestellt habe, dass der stationäre Messort in vorgenannter Sache fälschlicherweise als Innerortsbereich angegeben worden sei, sich aber ausserorts befinde, und informierte die Staatsanwaltschaft, das Strassenverkehrsamt sowie den Gesuchsteller über dieses Versehen (Urk. 2/3 S. 2 f. = Urk. 5/10 S. 2 f.). Mit Schreiben vom 13. Juni 2013 teilte die Staatsanwaltschaft dem Gesuchsteller mit, dass der Strafbefehl aufgrund dieses Fehlers der Polizei auf falschen Grundlagen beruhe und einer (durch den Gesuchsteller anzustrebenden) Revision im Sinne von Art. 410 Abs. 1 lit a StPO

zugänglich sei, da die der Strafbehörde zwischenzeitlich bekannt gewordene Tatsache zu einer milderen Bestrafung führen würde (Urk. 2/4 S. 1 = Urk. 5/11 S. 1).

c) Der Umstand, dass der Ort der Geschwindigkeitskontrolle ausserorts und nicht innerorts lag, war demzufolge der Gesuchsgegnerin (sowie dem Gesuchsteller) im Zeitpunkt des Erlasses nicht bekannt und stellt damit zweifellos eine neue Tatsache im Sinne des Revisionsrechts dar.

2.2. Auch die Erheblichkeit dieser Tatsache im Sinne von Art. 410 Abs. 1 lit. a ist zu bejahen:

a) Auf Strassen ausserorts begeht nach der Rechtsprechung ungeachtet der konkreten Umstände objektiv eine grobe Verkehrsregelverletzung, wer die zulässige Höchstgeschwindigkeit um 30 km/h oder mehr überschreitet. Liegt die Geschwindigkeitsüberschreitung nur wenig unter dem von der Rechtsprechung angenommenen Grenzwert, bei welchem regelmässig eine ernstliche Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer gegeben ist, muss der Strafrichter auf die konkreten Umstände abstellen, um zu entscheiden, ob sich der Betroffene einer einfachen oder groben Verkehrsregelverletzung strafbar gemacht hat (Bundesgerichtsurteil 6B\_283/2011 vom 3. November 2011 E 1.3 m.w.H.).

b) Unterhalb der höchstrichterlichen Grenzwerte besteht somit kein Schematismus. Entgegen der (sinngemässen) Argumentation der Verteidigung kann deshalb nicht *zwingend* davon ausgegangen werden, dass die Geschwindigkeitsüberschreitung um 26 km/h lediglich als einfache Verkehrsregelverletzung zu qualifizieren sein werde. Dies umso mehr, als zu den konkreten Umständen der Tat des Gesuchstellers, welche der Sachrichter zu würdigen haben wird, auch gehört, dass es sich bei der fraglichen Strecke offenbar um eine atypische Ausserortsstrecke handelte, bei welcher die allgemeine Höchstgeschwindigkeit von 80 km/h auf 60 km/h herabgesetzt wurde (vgl. Art. 108 SSV). Zur Bejahung der revisionsrechtlichen Erheblichkeit der neuen Tatsache (dass der Gesuchsteller die Geschwindigkeit nicht innerorts überschritten hatte) genügt allerdings bereits, dass ein wesentlich milderer Urteil zumindest *möglich bzw. wahrscheinlich* erscheint (BGE 130 IV 72 E. 1; Bundesgerichtsurteil 6B\_579/2012 vom 11. Januar 2013

E. 2.4.2; BSK StPO-Heer, Art. 413 N 6 f.). Dies ist vorliegend zweifellos der Fall, da eine Qualifikation des Verhaltens des Gesuchstellers als einfache Verkehrsregelverletzung denkbar ist und abgesehen davon eine mildere Bestrafung selbst bei einer Qualifikation als grobe Verkehrsregelverletzung zu erwarten wäre.

### 3. Reformatorischer oder kassatorischer Entscheid

3.1. Heisst das Berufungsgericht ein Revisionsbegehren gut, so hebt es soweit erforderlich den angefochtenen Entscheid ganz oder teilweise auf und weist die Sache zur Neuurteilung zurück oder fällt selber einen neuen Entscheid in der Sache (Art. 413 Abs. 2 StPO). Einen neuen Entscheid in der Sache fällt das Berufungsgericht gemäss Wortlaut des Gesetzes nur dann, wenn es die Aktenlage erlaubt. Entscheidend ist, ob und inwiefern der Entscheid des Berufungsgerichts identisch ausfällt mit demjenigen im neuen wiederaufzunehmenden Verfahren (vgl. BSK StPO-Heer Art. 413 N 19), ob also mit anderen Worten der Entscheid fällenden Instanz überhaupt noch ein Ermessenspielraum zukommt. Besteht ein zumindest nicht unerheblicher Ermessenspielraum im Hinblick auf die materiell zu entscheidenden Fragen, so ist – insbesondere vor dem Hintergrund des Instanzenverlustes bei einem reformatorischen Entscheid – kassatorisch zu entscheiden (vgl. die Entscheide des Obergerichts des Kantons Zürich SR120006 Ziff. 3.1 und SR110008 Ziff. IV.1).

3.2. Wie vorstehend gezeigt (Ziff. 2.2.c), wird der Sachrichter unter Berücksichtigung sämtlicher konkreter Umstände in einem ersten Schritt zu prüfen haben, ob die Geschwindigkeitsüberschreitung des Gesuchstellers als einfache oder grobe Verletzung der Verkehrsregeln zu qualifizieren ist. Damit besteht bereits im Rahmen der rechtlichen Würdigung ein nicht unerheblicher Ermessenspielraum.

Dass sodann bei Bejahung einer einfachen Verkehrsregelverletzung eine Busse von genau Fr. 370.– zu verhängen sein wird, steht entgegen der (nicht weiter begründeten) Auffassung der Verteidigung ebenfalls nicht von vornherein fest. Die Verteidigung bezieht sich mit dem genannten Bussenbetrag möglicherweise auf die Bussenempfehlungen der Konferenz der Statthalter des Kantons Zürich

vom 9. Juli 1996, welche für Geschwindigkeitsüberschreitungen im Bereich zwischen 26 und 29 km/h ausserorts eine Busse zwischen Fr. 370.– und Fr. 460.– vorsah. Aktuell indes sehen die – letztmals am 18. Dezember 2012 ergänzten – "Strafmassempfehlungen Massendelikte" der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich vom 8. November 2006 sowie die Empfehlungen der Konferenz der Strafverfolgungsbehörden der Schweiz vom 22. Februar 2013 für entsprechende Geschwindigkeitsüberschreitungen übereinstimmend eine Busse von Fr. 600.– vor. Entscheidend ist, dass diesen Empfehlungen nur Richtlinienfunktion zukommt, ohne die Entscheidbehörde zu binden (vgl. Bundesgerichtsurteile 6B\_607/2011 vom 19. Dezember 2011, E. 4.2.1 und 6B\_323/2010 vom 23. Juni 2010, E 3.1 3. Abs. in fine, m.w.H.). Diese kann auch eine deutlich höhere oder tiefere Busse aussprechen, sofern die konkreten Umstände des Einzelfalls dies rechtfertigen. Auch hinsichtlich der Strafzumessung besteht demzufolge ein nicht unerheblicher Ermessenspielraum.

3.3. Ein reformatorischer Entscheid im Sinne von Art. 413 Abs. 2 lit. b StPO fällt demnach ausser Betracht. Demzufolge ist der Strafbefehl vom 5. April 2013 aufzuheben und die Sache zur neuen Behandlung und Beurteilung an die vom Revisionsgericht bezeichnete Behörde zurückzuweisen (Art. 413 Abs. 2 lit. a StPO). Wurde ein Strafbefehl aufgehoben kommt einzig die Rückweisung an die Staatsanwaltschaft in Frage (BSK StPO-Heer, Art. 413 N 20). Das Verfahren ist somit an die Gesuchsgegnerin zurückzuweisen.

3.4. Wird ein Urteil im Zuge einer Revision aufgehoben, ist die frühere Eintragung unverzüglich aus dem Strafregister zu entfernen (Art. 12 Abs. 1 lit. c VOSTRA-V; vgl. BSK Strafrecht I-Gruber, Art. 369 N 87 und 89 f.). Dieser Entscheid ist deshalb (nach Rechtskraft) auch den Strafregisterbehörden mitzuteilen.

#### 4. Kosten und Entschädigungsfolgen

4.1. Nach Art. 428 Abs. 4 StPO trägt der Kanton die Kosten des Rechtsmittelverfahrens, wenn ein Entscheid aufgehoben und zur neuen Behandlung und

Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen wird. Damit sind die Kosten des Revisionsverfahrens auf die Gerichtskasse zu nehmen.

4.2. Der Entscheid über die Kosten des ersten Verfahrens liegt dagegen im Ermessen der Behörde, welche anschliessend über die Strafsache zu befinden hat (Art. 428 Abs. 5 StPO).

4.3. Der Gesuchsteller beantragt, dass ihm für die das Revisionsverfahren betreffenden Anwaltskosten eine Entschädigung von Fr. 1'745.05 zuzusprechen sei (Urk. 1/1 S. 5; Urk. 2/6).

a) Nach Art. 436 Abs. 4 StPO hat die nach einer Revision freigesprochene oder milder bestrafte beschuldigte Person Anspruch auf angemessene Entschädigung für ihre Aufwendungen im Revisionsverfahren. Soweit sich die Lehre zu dieser Bestimmung äussert, tut sie es dahingehend, dass der Anspruch auf Entschädigung nicht bereits bei der Gutheissung eines Revisionsbegehrens entsteht, sondern erst, wenn die beschuldigte Person im neuen Verfahren einen Freispruch oder eine mildere Bestrafung erreicht (Griesser in Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zur Schweizerischen StPO, Zürich 2010, Art. 436 N 5). Diese Ansicht erstaunt vor dem Hintergrund, dass es sich beim Revisionsverfahren um ein abgeschlossenes Verfahren handelt, in welchem die Rechtsmittelinstanz über die Entschädigung (sowie auch über die Kosten) abschliessend befinden können sollte. Es stellt sich daher die Frage, ob hier die Parteien nicht in Anwendung von Art. 436 Abs. 3 StPO, im Falle der Aufhebung eines Entscheids, Anspruch auf eine Entschädigung für ihre Aufwendungen im Rechtsmittelverfahren haben. Der Gesetzestext von Art. 436 Abs. 3 StPO verweist auf Art. 409 StPO und damit auf den Berufungsentscheid. Die Literatur spricht sich dafür aus, dass die Regelung von Art. 436 Abs. 3 StPO auch im Beschwerdeverfahren gelten soll (Art. 397 Abs. 2 StPO); auf den kassatorischen Revisionsentscheid wird indes nicht verwiesen (vgl. u.a. Griesser, a.a.O., Art. 436 N 4; Schmid, StPO Praxiskommentar, Art. 436 N 4).

Wenn man eine Ungleichbehandlung hinsichtlich der Entschädigungsfolgen vermeiden will, dann ist für das Revisionsverfahren jedoch ausschliesslich Abs. 4

von Art. 436 StPO anzuwenden: Es wäre unbillig, dem Betroffenen im Falle der Gutheissung des Revisionsgesuchs, wenn sogleich ein neuer Entscheid zu seinen Ungunsten gefällt wird, gestützt auf Art. 436 Abs. 4 StPO eine Entschädigung zu verweigern, im Falle eines gutgeheissenen Revisionsgesuches, bei welchem die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen wird, jedoch gestützt auf Art. 436 Abs. 3 StPO für das Revisionsverfahren in jedem Fall und unabhängig vom Ausgang des neuen Verfahrens eine Entschädigung zuzusprechen.

Dass Art. 436 Abs. 4 StPO bewusst geschaffen wurde und der Gesetzgeber für das Revisionsverfahren hinsichtlich der Entschädigung eine spezielle Regelung beabsichtigte, lässt auch der (Rück-)Blick auf das Zürcher Prozessrecht vermuten: Während dieses für das Rechtsmittelverfahren pauschal vorsah, dass die Zusprechung einer Entschädigung nach Obsiegen und Unterliegen erfolge (vgl. § 396a StPO/ZH), enthält die Schweizerische Strafprozessordnung in Art. 436 eine differenzierte Regelung. Dem ist Rechnung zu tragen.

Eine Mittellösung, wonach die Revisionsinstanz nach dem neuen Sachentscheid der unteren Instanz selber über die Entschädigung im Revisionsverfahren entscheidet, wäre hingegen unpraktikabel und führte lediglich zu unnötigen Verfahrensverzögerungen und zusätzlichen Kosten.

b) Demnach ist vorliegend nicht über die Zusprechung einer Entschädigung für die Aufwendungen des Gesuchstellers im Revisionsverfahren zu befinden. Dieser Entscheid obliegt der Gesuchsgegnerin nach Massgabe von Art. 436 Abs. 4 StPO.

### **Es wird beschlossen:**

1. Das Revisionsgesuch wird gutgeheissen.
2. Der Strafbefehl der Staatsanwaltschaft See / Oberland vom 5. April 2013 (C-3/2013/1217) wird aufgehoben.

3. Die Sache wird an die Staatsanwaltschaft See / Oberland zur neuen Behandlung und Beurteilung zurückgewiesen.
4. Die Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz.
5. Mit seiner Entschädigungsforderung wird der Gesuchsteller auf den Entscheid in der Sache verwiesen.
6. Schriftliche Mitteilung an
  - den erbetenen Verteidiger im Doppel für sich und zuhanden des Gesuchstellers
  - die Staatsanwaltschaft See/Oberlandsowie nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist resp. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
  - die Koordinationsstelle VOSTRA (unter Beilage von Urk. 5/7, zur Entfernung der Daten gemäss Art. 12 Abs. 1 lit. C VOSTRA-V)
7. Rechtsmittel:

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

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (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  
II. Strafkammer

Zürich, 26. September 2013

Der Präsident:

Dr. Bussmann

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. Höfliger