

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB130222-O /U/jv

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. P. Marti, Präsident, lic. iur. S. Volken und
Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos sowie die Gerichtsschreiberin
lic. iur. A. Truninger

Beschluss vom 28. Januar 2014

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

gegen

1. **B.** _____,

2. **C.** _____,

Privatkläger und Berufungsbeklagte

1 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1. _____

2 vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X2. _____

sowie

Staatsanwaltschaft See/Oberland,

vertreten durch Leitenden Staatsanwalt lic. iur. J. Vollenweider,

Anklägerin

betreffend **Ehrverletzung**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Meilen, Einzelgericht, vom
18. Oktober 2012 (GG120028)**

Erwägungen:

1. Prozessverlauf:

1.1. Mit Eingabe vom 30. November 2012, beim Bezirksgericht Meilen eingegangen am 11. Dezember 2012, meldete der Beschuldigte Berufung gegen das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 18. Oktober 2012 an (Urk. 48). Die Berufungserklärungen des Beschuldigten datieren vom 11. März 2013 (Urk. 62) und vom 4. Juni 2013 (Urk. 64). Nachdem der Beschuldigte nicht nur Berufung gegen den Entscheid der Vorinstanz vom 18. Oktober 2012 angemeldet hatte, sondern auch Beschwerde gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 28. Januar 2013, in welcher das Gesuch des Beschuldigten um neue Beurteilung abgewiesen wurde, wurde mit Beschluss der hiesigen Kammer vom 12. Juni 2013 das vorliegende Verfahren sistiert. Mit gleichem Beschluss wurde unter anderem den Parteien Frist angesetzt, um Anschlussberufung zu erheben oder um begründet ein Nichteintreten auf die Berufung des Beschuldigten einzureichen (Urk. 67). Die Staatsanwaltschaft See/Oberland verzichtete mit Eingabe vom 18. Juni 2013 auf Anschlussberufung (Urk. 73). Am 8. Juli 2013 liess der Privatkläger 2 beantragen, dass auf die vom Beschuldigten am 10. Dezember 2012 angemeldete und am 4. Juni 2013 erklärte Berufung gegen das Urteil des Einzelgerichts des Bezirkes Meilen vom 18. Oktober 2012 nicht einzutreten sei (Urk. 92). Mit Eingabe vom 19. Juli 2013 liess auch die Privatklägerin 1 beantragen, dass auf die Berufung des Beschuldigten nicht einzutreten sei (Urk. 94). Mit Präsidialverfügung vom 7. August 2013 wurde schliesslich dem Beschuldigten Frist angesetzt zur freigestellten Vernehmlassung zu Urk. 92 und Urk. 94 (Urk. 97). Der Beschuldigte beantragte mit Schreiben vom 2. September 2013, dass auf die Nichteintretensanträge nicht einzutreten sei (Urk. 101/1). Zu diesem Schreiben des Beschuldigten hat schliesslich die Privatklägerin 1 mit Eingabe vom 30. September 2013 Stellung genommen (Urk. 108).

1.2. Gemäss Art. 403 StPO entscheidet das Berufungsgericht in einem schriftliche Verfahren, ob auf die Berufung einzutreten ist, wenn, wie vorliegend, eine Partei geltend macht, die Anmeldung oder Erklärung der Berufung sei verspätet oder unzulässig (Art. 403 Abs. 1 lit. a StPO).

2. Anwendbares Recht:

2.1. Seit dem 1. Januar 2011 steht die Schweizerische Strafprozessordnung (StPO; SR 312.0) in Kraft. Ist ein Entscheid noch vor Inkrafttreten der StPO gefällt worden, so werden dagegen erhobene Rechtsmittel nach bisherigem Recht und von den bisher zuständigen Behörden beurteilt (Art. 453 Abs. 1 StPO). Für Rechtsmittel gegen erstinstanzliche Entscheide, die nach dem 31. Dezember 2010 gefällt werden, gilt neues Recht (Art. 454 Abs. 1 StPO). Ausschlaggebend für die Anwendbarkeit des alten oder neuen Prozessrechts ist deshalb das erstinstanzliche Entscheiddatum (BGE 137 IV 189 E. 1; BGE 137 IV 219 E. 1.1, je mit Hinweisen). Die Vorinstanz hat das bisherige kantonale Prozessrecht angewandt, da gemäss Art. 456 StPO Privatstrafklageverfahren, die bei Inkrafttreten der eidgenössischen Strafprozessordnung bereits bei einem erstinstanzlichen Gericht hängig sind, bis zum Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens nach bisherigem Recht fortgeführt werden (Art. 456 StPO). Nachdem das vorinstanzliche Urteil aber am 18. Oktober 2012 und somit nach dem 31. Dezember 2010 ergangen ist, gilt für das Berufungsverfahren neues Recht. Es stellt sich nun aber die Frage, bis wann das erstinstanzliche Verfahren gedauert hat und ab wann das Berufungsverfahren. Das erstinstanzliche Verfahren beginnt mit dem Eingang der Anklage beim Gericht und endet mit der Urteilseröffnung (vgl. Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 328 N 1).

2.2. Nachdem das erstinstanzliche Verfahren erst mit der Urteilseröffnung endete und die Vorinstanz das Urteil vom 18. Oktober 2012 nicht mündlich, sondern schriftlich eröffnet hat, sind für die Zustellung des unbegründeten Entscheids ebenfalls die Bestimmungen des bisherigen Rechts massgebend. Für das Berufungsverfahren (ab Ergreifung des Rechtsmittels) sind dagegen die Bestimmungen der eidgenössischen Strafprozessordnung massgebend, da das vorinstanzliche Urteil am 18. Oktober 2012 und somit nach dem 31. Dezember 2010 ergangen ist.

3. Rechtzeitigkeit der Berufungsanmeldung

3.1. Gemäss Art. 399 Abs. 1 StPO ist die Berufung dem erstinstanzlichen Gericht innert 10 Tagen seit Eröffnung des Urteils schriftlich oder mündlich zu Protokoll anzumelden. Vorliegend hat die Vorinstanz das Urteil vom 18. Oktober 2012 nicht mündlich, sondern schriftlich eröffnet, da der Beschuldigte unentschuldigt nicht zur Hauptverhandlung erschienen ist (Urk. 40). Die Vorinstanz versandte das unbegründete Urteil am 23. Oktober 2012 an den Beschuldigten. Da der Beschuldigte einen Nachsendeauftrag bei der Post an die Adresse seiner Schwester aufgegeben hatte, wurde die Sendung der Vorinstanz (enthaltend auch die Abholungseinladung) an diese Adresse weitergeleitet. Diese Sendung wurde dann wieder an die Vorinstanz retourniert mit dem Vermerk "nicht abgeholt" (Urk. 41/2). Am 12. November 2012 hat die Vorinstanz dann eine zweite Zustellung veranlasst. Aufgrund des bestehenden Nachsendeauftrags erfolgte erneut eine Nachsendung an die Adresse der Schwester des Beschuldigten. Am 29. November 2012 konnte die Sendung schliesslich am Schalter zugestellt werden (Urk. 41/3).

3.2.1. Wie vorstehend dargelegt, waren für die Zustellung des Entscheids die Bestimmungen des bisherigen Rechts massgebend. Gemäss § 187 GVG finden die Vorschriften über die Vorladung sinngemäss auf die Mitteilung der Entscheide Anwendung. Kann die Vorladung nicht zugestellt werden, wird die Zustellung wiederholt. Die Vorladung gilt als zugestellt, wenn der Adressat die Zustellung schuldhaft verhindert (§ 179 GVG). Die Privatkläger machen nun geltend, dass die Sendung als am 9. November 2012 zugestellt gelte, da der Beschuldigte die Zustellung schuldhaft verhindert habe (Urk. 94 S. 7 ff.).

3.2.2. Ist der erste Zustellversuch gescheitert, hat der Empfänger grundsätzlich Anspruch auf Wiederholung der Zustellung nach § 179 Abs. 1 GVG, dies jedoch nur für den Fall, dass der erste Zustellversuch nicht schuldhaft verweigert worden ist. Konnte eine Abholungseinladung dagegen zugestellt werden, so kann der Empfänger diese nicht einfach ignorieren und dann eine zweite Zustellung verlangen. Es besteht demnach kein Recht, die erste gelungene Zustellung einer Abholungseinladung zu ignorieren, um dann der zweiten Folge zu leisten (Hauser/Schweri, GVG-Kommentar, Zürich 2002, § 179 N 7; ZR 98 Nr. 18 E. II. 3.). Zur

Frage, wann eine Zustellung einer Abholungseinladung als gelungen anzusehen ist, hat das Bundesgericht Folgendes festgehalten: "Wird weder der Adressat noch eine andere empfangsberechtigte Person angetroffen und ist daher eine Abholungseinladung auszustellen, gilt eine – widerlegbare – Vermutung, dass der oder die Postangestellte den Avis ordnungsgemäss in den Briefkasten oder ins Postfach des Empfängers gelegt hat und das Zustelldatum im Zustellbuch korrekt eingetragen worden ist. Mit andern Worten findet bezüglich der Ausstellung der Abholungseinladung eine Umkehr der Beweislast in dem Sinne statt, als im Falle der Beweislosigkeit der Entscheid zu Ungunsten des Empfängers ausfällt, der den Erhalt der Abholungseinladung – aus welchen Gründen auch immer – bestreitet" (vgl. BGE 9C_753/2007 mit weiteren Hinweisen, vgl. auch S. Arquint in: Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Basel 2011, N 10 zu Art. 86).

3.2.3. Der Beschuldigte macht vorliegend geltend, dass ihm eine Abholungseinladung nicht zugegangen sei. Der Track & Trace Eintrag sei falsch. Selbst wenn dieser Eintrag zutreffend gewesen wäre, so bedeute das nicht, dass die Empfängerin vom Inhalt des Avis auch tatsächlich Kenntnis erhalten habe (Urk. 101/1 S. 11).

3.2.4. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass eine Partei dafür zu sorgen hat, dass die Sendungen sie über die angegebene Adresse erreichen. Die Behörden dürfen sich darauf verlassen, dass die Parteien die hierfür erforderlichen Vorkehrungen treffen, insbesondere dann, wenn sie mit einer Zustellung rechnen müssen (BGE 101 Ia 332 f.). Vorliegend musste der Beschuldigte, der selber geltend macht, zum Zeitpunkt der Urteilseröffnung mehrere Prozesse hängig gehabt zu haben (Urk. 101/1 S. 14), mit mehreren Gerichtsurkunden rechnen (vgl. Urk. 108 S. 6). Den Akten ist betreffend erster Zustellung zu entnehmen, dass nach erfolgter Nachsendung am 1. November 2012 eine Meldung zur Abholung erfolgt ist (vgl. Track & Trace Eintrag; Anhang zu Urk. 41/2). Es sind keine konkreten Anhaltspunkte ersichtlich, die dafür sprechen, dass im vorliegenden Fall der für die Aus- und Zustellung der Abholungseinladung zuständigen Person ein Fehler unterlaufen wäre. Der Beschuldigte vermag diese Vermutung auch nicht zu widerlegen. Aus seinen Vorbringen ergibt sich nichts, was darauf schliessen lassen

könnte, die Abholungseinladung mit Fristangabe sei nicht ordnungsgemäss in den Briefkasten oder das Postfach gelegt worden. Er macht lediglich geltend, es sei nicht erwiesen, dass die Empfängerin auch tatsächlich Kenntnis vom Inhalt des Avis erhalten hat. Die Wahrscheinlichkeit, dass die Abholungseinladung beispielsweise in andere Drucksachen gelangt oder sonst verloren geht, ist nicht sehr hoch (vgl. auch ZR 98 Nr. 18 E. II. 3.) und kann vom Beschuldigten auch nicht nachgewiesen werden. Der blosser Hinweis des Beschuldigten auf die generelle Möglichkeit/Wahrscheinlichkeit von Fehlern bei der Zustellung vermag daher an der erwähnten Vermutung bzw. Beweislastumkehr nichts zu ändern. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die Post die Abholungseinladung in den Briefkasten gelegt hat und das Zustelldatum korrekt festgehalten wurde. Der Beschuldigte oder seine von ihm bevollmächtigte Schwester hätten dieser Abholungseinladung Folge leisten müssen; indem sie dies nicht taten, haben sie die Zustellung verhindert. Aus dem Umstand, dass die Vorinstanz nach ihrem ersten Versuch einer Zustellung, welche der Beschuldigte faktisch verweigert hat, ohne entsprechende prozessuale Verpflichtung eine weitere Zustellung vorgenommen hat, kann der Beschuldigte nicht zu seinen Gunsten ableiten, die ihm durch seine Verweigerung der ersten Zustellung verwirkte Rechtsmittelfrist sei ihm durch die zweite Zustellung erneut angesetzt worden.

3.3. Die Zustellung gilt daher als am letzten Arbeitstag der siebentägigen Abholungsfrist erfolgt. Massgebendes Datum für den Fristenlauf der 10 Tage für die Berufungsanmeldung ist demnach der 9. November 2012. Die Berufungsanmeldung des Beschuldigten vom 30. November 2012, welche beim Bezirksgericht Meilen am 11. Dezember 2012 einging (Poststempel: 10. Dezember 2012), ist somit verspätet erfolgt. Dies führt dazu, dass auf die Berufung des Beschuldigten nicht einzutreten ist.

4. Rechtzeitigkeit der Berufungsbegründung

4.1. Nachdem das erstinstanzliche Verfahren mit der Urteilseröffnung endet und ein begründetes Urteil nur erfolgt, wenn Berufung angemeldet wurde, ist für die Zustellung des begründeten Urteils neues Recht anwendbar.

4.2.1. Jene Partei, welche Berufung angemeldet hat, hat dem Berufungsgericht innert 20 Tagen seit der Zustellung des begründeten Urteils eine schriftliche Berufungserklärung einzureichen (Art. 399 Abs. 3 StPO). Erfolgt – innert Frist – keine derartige Berufungsanmeldung oder -erklärung, tritt das Berufungsgericht auf die Berufung nicht ein (Art. 403 Abs. 1 und 3 StPO).

4.2.2. Das begründete Urteil vom 18. Oktober 2012 wurde von der Vorinstanz am 12. April 2013 versandt. Die Abholungseinladung für das begründete Urteil erfolgte am 25. April 2013. In der Folge wurde die Aufbewahrungsfrist durch den Empfänger bis zum 17. Mai 2013 verlängert und die Zustellung erfolgte am 16. Mai 2013 (vgl. Urk. 82 bzw. 60 c). Der Beschuldigte reichte einerseits am 11. März 2013 (Urk. 62) und somit bereits vor Erhalt des begründeten Urteils eine Berufungserklärung ein, andererseits dann aber auch mit Eingabe vom 4. Juni 2013 (Urk. 64).

4.3. Es stellt sich demnach zunächst die Frage, ob eine Berufungserklärung bereits vor Zustellung der Begründung des Urteils erfolgen kann. Das Bundesgericht hat wiederholt festgehalten, dass es sich bei der Einleitung der Berufung um ein zweistufiges Verfahren handelt, welches die Einhaltung von zwei Fristen erfordert. Die Berufung ist zunächst innerhalb einer Frist von 10 Tagen schriftlich oder mündlich beim urteilenden Gericht anzumelden und danach ist innert 20 Tagen seit der Zustellung des begründeten Entscheides, die Berufungserklärung beim Berufungsgericht einzureichen (BGE 138 IV 157 Erw. 2.1, Urteil des BGer 6B_458/2013 Erw. 1.3.2.; vgl. auch Eugster in: Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Basel 2011, N 2 zu Art. 403). Aus Art. 399 StPO geht deutlich hervor, dass eine Berufungserklärung 20 Tage seit der Zustellung des begründeten Entscheids zu erfolgen hat. Sinn der Berufungserklärung ist unter anderem, dass sich der Berufungskläger mit der Argumentation der Vorinstanz auseinandersetzen hat. Nachdem der Beschuldigte vorliegend weder die schriftliche Begründung der Vorinstanz gekannt, noch das Urteil mündlich erläutert erhalten hat, da er an der Hauptverhandlung nicht anwesend war, kannte er die Argumentation der Vorinstanz nicht und konnte sich auch nicht damit auseinandersetzen. Er reichte die Berufungserklärung ein, ohne die 20-tägige Frist einzuhalten. Bezeichnenderweise wies der Beschuldigte in seiner Eingabe

vom 4. Juni 2013 darauf hin, dass er nunmehr 7 Monate nach Urteilsfällung die Urteilsbegründung erhalten habe und er nochmals fristgerecht innert 20 Tagen die Berufungserklärung einreiche (Urk. 64 S. 1). Es kann vorliegend bei der Eingabe des Beschuldigten vom 11. März 2013 nicht von einer gültigen Berufungserklärung ausgegangen werden.

4.4.1. Schliesslich stellt sich die Frage, ob die Eingabe des Beschuldigten vom 4. Juni 2013 fristgerecht erfolgt ist. Gemäss Art. 85 Abs. 4 lit a StPO gilt eine eingeschriebene Postsendung, die nicht abgeholt worden ist, am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt, sofern die Person mit einer Zustellung rechnen musste. Wie bereits dargelegt, wurde das begründete Urteil vom 18. Oktober 2012 von der Vorinstanz am 12. April 2013 versandt und die diesbezügliche Abholungseinladung erfolgte am 25. April 2013. In der Folge wurde die Aufbewahrungsfrist durch den Empfänger bis zum 17. Mai 2013 verlängert und die Zustellung erfolgte schliesslich am 16. Mai 2013 (vgl. Urk. 82 bzw. 60 c).

4.4.2. Nachdem der Beschuldigte die Aufbewahrungsfrist verlängern liess, kann davon ausgegangen werden, dass der Beschuldigte von der Abholungseinladung auch Kenntnis erhalten hat. Für die Berechnung der Abholungsfrist wird der Tag des Zustellungsversuchs nicht mitgezählt, weshalb die siebentägige Frist vorliegend somit am 26. April 2013 zu laufen begann und am 2. Mai 2013 endete. Dass die Aufbewahrungsfrist durch den Beschuldigten bis zum 17. Mai 2013 verlängert wurde, vermag daran nichts zu ändern. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung wird die Frist bis zum Eintreten der Zustellfiktion auch nicht verlängert, wenn ein Abholen nach den anwendbaren Bestimmungen der Post auch noch länger möglich ist, etwa in Folge eines Zurückbehaltungsauftrags (BGE 123 III 492 E. 1 S. 493, vgl. auch S. Arquint in: Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, a.a.O., N 9 zu Art. 86). Auch andere Abmachungen mit der Post können den Eintritt der Zustellfiktion nicht hinauschieben (BGE 127 I 31 E. 2b S. 34 f.). Demnach ist vorliegend davon auszugehen, dass die Zustellung des begründeten Entscheids sieben Tage nach dem 25. April 2013 und demzufolge am 2. Mai 2013 erfolgt ist. Von diesem Datum an lief die 20-tägige Frist, um die Berufungserklärung einzureichen und endete am

22. Mai 2013. Die Eingabe des Beschuldigten datiert vom 4. Juni 2013, also nach dem 22. Mai 2013, und erfolgte somit verspätet.

5. Fazit

Nachdem innert Frist weder eine korrekte Berufungsanmeldung noch -erklärung erfolgt ist, ist auf die Berufung des Beschuldigten vom 30. November 2012 nicht einzutreten (Art. 403 Abs. 1 und 3 StPO).

6. Kosten

6.1. 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). Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens dem Beschuldigten aufzuerlegen. Die Gerichtsgebühr ist auf Fr. 1'500.-- zu veranschlagen.

6.2. Die Privatklägerschaft hat gegenüber der beschuldigten Person Anspruch auf angemessene Entschädigung für notwendige Aufwendungen, wenn sie obsiegt (Art. 433 Abs. 1 lit. a StPO). Nachdem die Vertreter der Privatkläger im vorliegend Berufungsverfahren lediglich zur Nichteintretensfrage Stellung zu nehmen hatten (vgl. Urk. 92, Urk. 94 und Urk. 108), ist die Prozessentschädigung auf je Fr. 2'000.-- festzusetzen. Der unterliegende Beschuldigte ist demnach zu verpflichten, den Privatklägern für das Berufungsverfahren je eine Prozessentschädigung von Fr. 2'000.-- zu bezahlen.

Es wird beschlossen:

1. Auf die Berufung des Beschuldigten vom 30. November 2012 wird nicht eingetreten.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'500.--.
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt.

4. Der Beschuldigte wird verpflichtet, der Privatklägerin 1 und dem Privatkläger 2 für das Berufungsverfahren je eine Prozessentschädigung von Fr. 2'000.-- zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an
 - den Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft See/Oberland
 - den Vertreter Rechtsanwalt lic. iur. X1._____, im Doppel für sich und zuhanden der Privatklägerin 1
 - die Vertreterin Rechtsanwältin lic. iur. X2._____, im Doppel für sich und zuhanden des Privatklägers 2.

sowie nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist resp. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an die Vorinstanz (unter Rücksendung der Akten).

6. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann 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
I. Strafkammer

Zürich, 28. Januar 2014

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Marti

lic. iur. A. Truninger