

Obergericht des Kantons Zürich

III. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: UE180136-O/U/PFE

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. Th. Meyer, Präsident, und lic. iur. A. Flury,
Ersatzoberrichter lic. iur. Th. Vesely und Gerichtsschreiberin lic. iur.
A. Sterchi

Beschluss vom 27. August 2018

in Sachen

1. **A.**_____,
 2. **B.**_____ **AG**,
- Beschwerdeführer

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

1. **Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland**,
 2. **C.**_____,
 3. **D.**_____, Dr. iur.
 4. **E.**_____,
- Beschwerdegegner

2 verteidigt durch Rechtsanwalt MLaw Y._____

betreffend **Nichtanhandnahme**

Beschwerde gegen die Nichtanhandnahmeverfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland vom 28. März 2018, B-1/2011/131105523

Erwägungen:

I.

Mit Schreiben vom 15. Februar 2018 ersuchten A._____ (Beschwerdeführer 1) und die B._____ AG (Beschwerdeführerin 2) die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland (Staatsanwaltschaft), die Strafuntersuchung gegen C._____ (Beschwerdegegner 2) wegen Betrugs auf D._____ (Beschwerdegegner 3) und E._____ (Beschwerdegegner 4) auszudehnen und abzuklären, ob sie der Gehilfenschaft oder Mittäterschaft bzw. der Begünstigung schuldig sind (Urk. 3/5). Mit Verfügung vom 28. März 2018 nahm die Staatsanwaltschaft die Untersuchung gegen die Beschwerdegegner 3 und 4 nicht an Hand (Urk. 5). Gegen diesen Entscheid liessen die Beschwerdeführer am 23. April 2018 rechtzeitig (vgl. Urk. 3/4) Beschwerde erheben mit dem Antrag, es sei in Aufhebung der angefochtenen Verfügung die Untersuchung gegen den Beschwerdegegner 2 unter Einbezug der Beschwerdegegner 3 und 4 weiterzuführen (Urk. 2). Mit Verfügung vom 30. April 2018 wurde den Beschwerdeführern in solidarischer Verpflichtung Frist zur Leistung einer Prozesskaution von einstweilen Fr. 5'000.-- angesetzt mit der Androhung, dass sonst auf das Rechtsmittel nicht eingetreten werde (Urk. 6). Mit Valuta vom 12. Juni 2018 wurde die Prozesskaution dem Obergerichtskonto gutgeschrieben (Urk. 8).

Mit Verfügung vom 19. Juni 2018 setzte die Verfahrensleitung der Kammer den Beschwerdeführern unter Beilage einer Kopie der Gutschriftsanzeige (Urk. 8) und der Sendungsverfolgung (Urk. 9) Frist an, um sich zur Frage der Fristwahrung bezüglich der Kautionszahlung zu äussern; dazu erwog sie, dass die Zustellfiktion nach der ratio legis von Art. 85 Abs. 4 StPO auch dann greife, wenn die eingeschriebene Sendung erst nach Ablauf der siebentägigen Frist abgeholt werde (Urk. 10). Mit Eingabe vom 3. Juli 2018 liessen die Beschwerdeführer beantragen, es sei die geleistete Prozesskaution zu berücksichtigen, wie wenn sie rechtzeitig eingegangen wäre und es sei auf die Beschwerde einzutreten; eventualiter stellten sie ein Gesuch um Wiederherstellung der Frist zur Leistung der Prozesskaution (Urk. 11).

II.

1.1. Die per Einschreiben verschickte Kautionsverfügung vom 30. April 2018 wurde gemäss Beleg der Post über den Sendungsverlauf am 3. Mai 2018 ins Postfach des Vertreters der Beschwerdeführer zur Abholung am Schalter avisiert, mit (korrekt berechneter) Frist bis 11. Mai 2018, dem Freitag nach Auffahrt (Urk. 9 bzw. Urk. 12/4). Fest steht, dass die Kautionsverfügung von der Sekretärin des Vertreters der Beschwerdeführer am 14. Mai 2018 bei der Post entgegengenommen wurde (Urk. 9 bzw. Urk. 12/4; Urk. 11 N 5). Unbestritten ist auch, dass die Kautionsverfügung am 12. Juni 2018 dem Konto des Beschwerdeführers 1 belastet und dem Konto des Obergerichts gutgeschrieben wurde (Urk. 8; Urk. 11 N 18).

1.2. Die Beschwerdeführer lassen bestreiten, dass die Abholungseinladung am 3. Mai 2018 ins Postfach ihres Vertreters gelegt worden ist. Sie machen geltend, die Sekretärin ihres Vertreters sei am 9. Mai 2018 auf der Post gewesen und habe alle eingeschriebenen Sendungen, so auch die Kautionsverfügung im Beschwerdeverfahren betreffend die Einstellung der Untersuchung gegen den Beschwerdegegner 2 (vgl. dazu Urk. 12/2), abgeholt. Der Grund, weshalb die zweite Kautionsverfügung nicht ausgehändigt worden sei, sei nicht bekannt. Einzige plausible Erklärung dafür sei, dass der Avis vorerst nicht ins richtige Postfach gelegt worden und das Schreiben von der Postangestellten bei der Herausgabe übersehen worden sei (Urk. 11 N 3 ff.).

1.3. Bei eingeschriebenen Sendungen gilt nach der Rechtsprechung eine widerlegbare Vermutung, dass der Postangestellte den Avis ordnungsgemäss in den Briefkasten oder das Postfach des Empfängers gelegt hat und das Zustelldatum korrekt registriert worden ist. Es findet in diesem Fall eine Umkehr der Beweislast in dem Sinne statt, als bei Beweislosigkeit der Entscheid zu Ungunsten des Empfängers ausfällt, der - wie im vorliegenden Fall - die Avisierung, wie sie im Sendungsverlauf festgehalten wurde, bestreitet. Die Vermutung gilt so lange, als der Empfänger nicht den Nachweis einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit von Fehlern bei der Zustellung erbringt. Verlangt wird hierfür, dass konkrete Anzeichen für einen Fehler vorhanden sind. Es genügt nicht, auf die Möglichkeit von Fehlern bei der Postzustellung hinzuweisen. Eine fehlerhafte Zustellung muss

aufgrund der Umstände plausibel erscheinen, es müssen besondere Unregelmässigkeiten, eine überwiegende Wahrscheinlichkeit eines Fehlers aufgezeigt werden; rein hypothetische diesbezügliche Überlegungen genügen nicht (BGer 6B_834/2017 vom 10.10.2017 E 4. mit Hinweisen; BGer 2C_163/2018 vom 23.2.2018 E 2.3.2. mit Hinweisen).

1.4. Solche Unregelmässigkeiten zeigt der Vertreter der Beschwerdeführer nicht auf. Der Grund, weshalb die Verfügung am 9. Mai 2018 nicht ausgehändigt wurde, ist nicht bekannt. Bei den Vorbringen der Beschwerdeführer, wonach der Fehler bei der Post liege und der Avis vorerst nicht ins richtige Postfach gelegt worden sei, handelt es sich um reine Mutmassungen; selbst der Vertreter der Beschwerdeführer spricht in diesem Zusammenhang von "spekulieren" (Urk. 11 N 9). Genauso gut möglich ist indessen auch, dass die Sekretärin des Vertreters der Beschwerdeführer die Abholungseinladung am 9. Mai 2018 im Postfach bzw. zwischen der eingegangenen Post übersehen oder vergessen hat, den Avis am Schalter vorzuweisen.

1.5. Die Beschwerdeführer vermögen damit keine überwiegende Wahrscheinlichkeit eines Fehlers bei der Zustellung aufzuzeigen, weshalb davon auszugehen ist, dass der Postangestellte den Avis am 3. Mai 2018 ordnungsgemäss ins Postfach des Vertreters der Beschwerdeführer gelegt hat.

2. Die Zustellung einer eingeschriebenen Postsendung, die nicht abgeholt worden ist, gilt am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt, sofern die Person mit einer Zustellung rechnen musste (Art. 85 Abs. 4 lit. a StPO). Mit dieser Norm wird der Zeitpunkt der Zustellung behördlicher Entscheide allgemein und verbindlich geregelt. Die Zustellfiktion betrifft alle Fälle, in denen eine Sendung innerhalb der - in den AGB der Post festgelegten - siebentägigen Abholfrist nicht abgeholt wurde. Sie wird nicht ausser Kraft gesetzt, wenn ein Abholen der Sendung auch nach sieben Tagen noch möglich war oder wenn auf der Abholungseinladung irrtümlich eine längere Frist notiert wurde (Urteil BGer 4A_704/2011 E 3.4 zur gleichlautenden Bestimmung der ZPO; BSK StPO-Arquint, Basel 2014, Art. 85 N 9).

Wie erwähnt ist davon auszugehen, dass die Kautionsverfügung dem Vertreter der Beschwerdeführer am 3. Mai 2018 zur Abholung avisiert wurde. Damit endete die siebentägige Abholfrist am 11. Mai 2018 (Freitag nach Auffahrt). Die Frist zur Zahlung der Prozesskaution begann aufgrund des oben Gesagten am 12. Mai 2018 und endete am 11. Juni 2018. Die Kautionszahlung, die am 12. Juni 2018 dem Konto des Beschwerdeführers 1 belastet und gleichentags dem Konto des Obergerichts gutgeschrieben worden ist (vgl. dazu Urk. 8; Urk. 11 N 18), ist somit aufgrund von Art. 91 Abs. 5 StPO verspätet.

3.1. Ob die Beschwerdeführer diese Verspätung anerkennen, geht aus ihrer Eingabe vom 3. Juli 2018 nicht klar hervor (vgl. Urk. 11 N 17 und N 19). Die Beschwerdeführer stellen sich auf den Standpunkt, es stehe im Ermessen der Kammer, die Kautionszahlung so zu behandeln, wie wenn sie rechtzeitig eingegangen wäre. Die allenfalls minimale Verspätung der Zahlung habe sich nicht auf den Verfahrensgang ausgewirkt, weshalb eine Interessenabwägung ein Nichteintreten auf die Beschwerde als unverhältnismässig erscheinen lasse. Die Durchsetzung des - nicht gesetzlich geregelten - angedrohten Nachteils sei nicht erforderlich. Auch werde die Wirkung behördlich angesetzter Fristen zugunsten der vollständigen Abklärung des Sachverhalts und der richtigen Anwendung des objektiven Rechts relativiert, weshalb zumindest in erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren ausschlaggebende Vorbringen zwingend zu berücksichtigen seien. Hinzu komme, dass Art. 91 Abs. 5 StPO bei Banküberweisungen zu einer um einen Tag verkürzten Frist führen könne (Urk. 11 N 21 ff.).

3.2. Die Frage der Fristwahrung von Kautionszahlungen ist in Art. 91 Abs. 5 StPO geregelt. Der Wortlaut dieser Bestimmung lässt keinen Raum für Interpretationen. Es steht - entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer - nicht im Ermessen der Kammer, eine verspätete Kautionsleistung so zu behandeln, als wäre sie rechtzeitig eingegangen. Vielmehr hat die Rechtsmittelinstanz gemäss Art. 383 Abs. 2 StPO auf das Rechtsmittel nicht einzutreten, wenn die Sicherheit nicht fristgerecht geleistet wird; dies wurde den Beschwerdeführern in Dispositiv Ziffer 1 der Verfügung vom 30. April 2018 ausdrücklich mitgeteilt (Urk. 6 S. 2). Dass die Verspätung minimal war und keine Auswirkungen auf den weiteren Verfahrens-

gang gehabt hätte, führt - entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer - nicht dazu, dass Art. 383 Abs. 2 StPO keine Anwendung findet. Weder handelt es sich bei Art. 383 Abs. 2 StPO um eine "Kann-Vorschrift", noch ist der Eintritt der Rechtsfolgen einer verspäteten Kautionszahlung an Voraussetzungen geknüpft. Die Feststellung der Beschwerdeführer, wonach die Bank faktisch Einfluss auf Länge und Einhaltung der Frist nehmen könne (Urk. 11 N 21), ist grundsätzlich zutreffend, denn gemäss Art. 91 Abs. 5 StPO ist die Zahlung mit fristwahrender Wirkung erst erfolgt, wenn das fragliche Konto tatsächlich belastet worden ist; der blosse Auftrag zur Belastung des Kontos genügt demzufolge nicht. Das prozessuale Risiko einer verspäteten Verarbeitung durch das beauftragte Bankinstitut liegt indessen beim Auftraggeber (BSK StPO-Riedo, a.a.O., Art. 91 N 64 mit Hinweisen). Dieser hat dafür zu sorgen, dass der Auftrag rechtzeitig verarbeitet wird bzw. dass bei einer Säumnis der Bank rechtzeitig reagiert werden kann.

4.1. Es bleibt zu prüfen, ob die Voraussetzungen zur Wiederherstellung der Frist erfüllt sind.

4.2. Hat eine Partei eine Frist versäumt und würde ihr daraus ein erheblicher und unersetzlicher Rechtsverlust erwachsen, so kann sie die Wiederherstellung der Frist verlangen; dabei hat sie glaubhaft zu machen, dass sie an der Säumnis kein Verschulden trifft (Art. 94 Abs. 1 StPO). Ein Grund für die Fristwiederherstellung ist nicht leichthin anzunehmen. Aus Gründen der Rechtssicherheit und der Verfahrensdisziplin rechtfertigt sich eine strenge Praxis. Nach der Rechtsprechung kann die Wiederherstellung nur bei klarer Schuldlosigkeit gewährt werden. Jedes Verschulden einer Partei, ihres Vertreters oder beigezogener Hilfspersonen, so geringfügig es sein mag, schliesst die Wiederherstellung aus. Die Anrechenbarkeit des Verhaltens des Rechtsvertreters findet bei schwerwiegenden Fehlleistungen - mithin bei grob fahrlässigem, qualifiziert unrichtigem oder mit den Regeln der Anwaltskunst gänzlich unvereinbarem Verhalten - ihre Grenzen, namentlich dort, wo der Rechtsbeistand in Fällen notwendiger oder amtlicher Verteidigung Fristen versäumt oder das Mandat mangelhaft führt. Unverschuldet ist die Säumnis nur, wenn sie durch einen Umstand eingetreten ist, der nach den Regeln vernünftiger Interessenwahrung auch von einer sorgsam Person nicht befürcht-

tet werden muss. Allgemein wird vorausgesetzt, dass es in der konkreten Situation unmöglich war, die Frist zu wahren. Für Rechtsanwälte gelten dabei strenge Sorgfaltsmassstäbe. Der Rechtsanwalt muss seinen Kanzleibetrieb so organisieren, dass er in der Lage ist, die fristgerechte Wahrnehmung der prozessualen Rechte seines Klienten sicherzustellen, wozu auch die sorgfältige Erfassung und Prüfung eingehender und mit eingeschriebener Post versandter Gerichtskorrespondenz gehört (BGer 6B_728/2017 vom 4.7.2017 E. 2; BGer 6B_530/2016 vom 26.7.2017 E. 2.1. mit Hinweisen; BGer 2C_534/2016 vom 21.3.2017 E. 3.2.; BGer 6B_722/2014 vom 17.12.2014 E. 2.1.; BSK StPO-Riedo, a.a.O., Art. 94 N 43 ff.; Brüscheiler, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 94 N 4 mit Hinweisen).

4.3. Die Beschwerdeführer machen geltend, die Voraussetzungen zur Wiederherstellung der Frist seien erfüllt. Es sei ihr Wille gewesen, die Kautions rechtzeitig zu zahlen. Es sei ihrem Vertreter beim Empfang der Sendung am 14. Mai 2018 nicht bekannt gewesen und es habe auch kein Anlass zur Annahme bestanden, dass die siebentägige Abholfrist überschritten worden war. Aufgrund ihres damaligen Wissensstandes sei die Kautions rechtzeitig bezahlt worden. Es stehe fest, dass nach menschlichem Ermessen die verspätete Aushändigung der Kautionsverfügung von der Post zu verantworten sei. Deshalb treffe sie und auch ihr Anwalt für die eingetretene Verspätung kein Verschulden (Urk. 11 N 11 ff. und N 31 ff.).

4.4. Wie erwähnt ist davon auszugehen, dass die Abholungseinladung am 3. Mai 2018 ordnungsgemäss ins Postfach des Vertreters der Beschwerdeführer gelegt und die siebentägige Abholfrist auf der Abholungseinladung korrekt vermerkt worden ist. Ebenfalls vorausgesetzt werden kann, dass die genannte Verfügung am 14. Mai 2018 gegen Vorlage der Abholungseinladung ausgehändigt worden ist. Anderes wird von den Beschwerdeführern auch nicht behauptet. Ihre Darstellung, wonach der Avis *vorerst* nicht ins richtige Postfach gelegt worden sei (Urk. 11 N 9), lässt vermuten, dass die Sekretärin ihres Vertreters den Avis am 14. Mai 2018 im Postfach vorgefunden hat.

War aber auf der Abholungseinladung die Abholfrist bis 11. Mai 2018 vermerkt, war für den Vertreter der Beschwerdeführer bzw. seine Hilfsperson klar erkennbar, dass die Sendung nach Ablauf der Abholfrist ausgehändigt worden ist und die Frist zur Zahlung der Kautions bereits am 12. Mai 2018 zu laufen begonnen hat. Dass der Vertreter der Beschwerdeführer den Beginn des Fristenlaufs irrtümlich von der tatsächlich erfolgten (nachträglichen) Aushändigung der Verfügung abhängig gemacht hat, hat er selber zu verantworten. Es gehört zu den Pflichten einer Partei bzw. ihres Vertreters, den Beginn einer Frist sorgfältig zu eruieren. Angesichts der in Art. 85 Abs. 4 StPO geregelten Zustellfiktion und der oben unter II. 2. erwähnten Bundesgerichtspraxis zu dieser Bestimmung muss ein Rechtsvertreter bzw. Anwalt, dem ein fristauslösender Entscheid ausgehändigt wird, prüfen, ob die Frist tatsächlich erst mit der Entgegennahme der Verfügung zu laufen begonnen hat. Er darf nicht darauf vertrauen, dass ihm eine Sendung nur innerhalb der siebentägigen Abholfrist ausgehändigt wird, denn Sendungen, die sich trotz Ablauf der Abholfrist noch auf der Poststelle befinden, werden aus Kulanz und zur Vermeidung unnötigen Aufwands regelmässig ausgehändigt. Ist dem Empfänger eine solche Überprüfung zu aufwändig, hat er immer noch die Möglichkeit, die fristbetroffene Handlung einige Tage vor dem mutmasslichen Ablauf der Frist vorzunehmen oder vornehmen zu lassen.

4.5. Somit ist der Vertreter der Beschwerdeführer am Verpassen der Frist zur Zahlung der Kautions nicht schuldlos. Sein Verhalten ist auf mangelnde Sorgfalt zurückzuführen und aufgrund des oben unter II. 4.2. Gesagten den Beschwerdeführern anzurechnen. Ihr Gesuch um Wiederherstellung der mit Verfügung vom 30. April 2018 angesetzten Frist zur Leistung einer Prozesskaution ist damit abzuweisen.

5. Da die Beschwerdeführer die Kautions nicht rechtzeitig im Sinne von Art. 91 Abs. 5 StPO geleistet haben, ist - androhungsgemäss - auf ihre Beschwerde nicht einzutreten (Art. 383 Abs. 2 StPO).

III.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens den Beschwerdeführern in solidarischer Verpflichtung je zur Hälfte aufzuerlegen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Gestützt auf § 17 Abs. 1 und § 2 Abs. 1 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf Fr. 800.– festzusetzen. Die Kosten sind von der vom Beschwerdeführer 1 (verspätet) geleisteten Kautionsleistung zu beziehen. Im Restbetrag ist die Kautionsleistung - vorbehaltlich allfälliger Verrechnungsansprüche des Staates - dem Beschwerdeführer 1 zurückzuerstatten.

Mangels Umtriebe ist den Beschwerdegegnern 2-4 keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Beschwerdeführer um Wiederherstellung der Frist zur Leistung der Prozesskaution wird abgewiesen.
2. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
3. Die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren wird auf Fr. 800.-- festgesetzt, den Beschwerdeführern in solidarischer Verpflichtung je zur Hälfte auferlegt und von der vom Beschwerdeführer 1 geleisteten Kautionsleistung bezogen. Im Restbetrag wird die Kautionsleistung - vorbehaltlich allfälliger Verrechnungsansprüche des Staates - dem Beschwerdeführer 1 zurückerstattet.
4. Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an:
 - Rechtsanwalt lic. iur. X._____, dreifach, für sich und die Beschwerdeführer 1 und 2 (per Gerichtsurkunde)
 - Rechtsanwalt MLaw Y._____, im Doppel, für sich und den Beschwerdegegner 2 (per Gerichtsurkunde)
 - die Beschwerdegegner 3 und 4 (per Gerichtsurkunde)
 - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland, ad B-1/2011/131105523 (gegen Empfangsbestätigung)

sowie nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. nach Erledigung allfälliger
Rechtsmittel an:

- die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland, ad B-1/2011/131105523
(gegen Empfangsbestätigung)
- die Zentrale Inkassostelle der Gerichte

6. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang 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.

Zürich, 27. August 2018

Obergericht des Kantons Zürich
III. Strafkammer

Präsident:

Gerichtsschreiberin:

lic. iur. Th. Meyer

lic. iur. A. Sterchi