

**Strafprozessordnung. Art. 52 SDÜ. Art. IIIA lit. b ZV-D/EUeR. Art. 85 Abs. 2, 3 und 4 lit. a, Art. 90 Abs. 1, Art. 354 Abs. 1 StPO. Einsprachefrist gegen einen Strafbefehl. Beschwerde gegen die Feststellung der Ungültigkeit der Einsprache infolge Verspätung. Umstritten war die Zustellung eines Strafbefehls an einen Empfänger in Deutschland. Zustellungen erfolgen durch eingeschriebene Postsendung. Sofern entsprechende internationale Abkommen – wie im konkreten Fall mit Deutschland – abgeschlossen wurden, kann die Zustellung an den Empfänger wie im Inland direkt postalisch erfolgen. Die Zustellfiktion kann auch bei Strafverfahren mit Auslandsbezug zur Anwendung kommen. Die Beweislast für die Zustellung trägt die Behörde. Bei eingeschriebenen Sendungen, welche nicht direkt übergeben werden können, gilt die widerlegbare Vermutung, dass der Postangestellte den Avis ordnungsgemäss in den Briefkasten oder in das Postfach des Empfängers gelegt hat und das Zustelldatum korrekt registriert worden ist. Die immer bestehende theoretische Möglichkeit eines Fehlers bei der Poststelle genügt nicht, um die Vermutung zu widerlegen, solange nicht konkrete Anzeichen für einen derartigen Fehler vorhanden sind. Es darf auf das Suchsystem „Track und Trace“ der Post abgestellt werden. Bei Vorhandensein des Vermerks „zur Abholung gemeldet“ darf vermutungsweise gefolgert werden, dass eine Abholungseinladung im Briefkasten deponiert wurde. Umgekehrt drängt sich bei Fehlen dieses Vermerks der Schluss auf, dass keine Abholungseinladung hinterlegt wurde. Im konkreten Fall war der Track und Trace Auszug lückenhaft und es bestanden konkrete Anzeichen, dass in der Zustellung ein Fehler bei der Post vorlag. Gutheissung der Beschwerde.**

Obergericht, 29. August 2016, OG BI 16 6

#### **Aus den Erwägungen:**

2. In der Sache strittig und zu prüfen ist, ob der Beschwerdeführer gegen den Strafbefehl vom 29. September 2015 gültig Einsprache erhoben hat. Namentlich ist umstritten, wann der fragliche Strafbefehl als zugestellt zu gelten und ab wann dementsprechend die Einsprachefrist zu laufen begonnen hat. Nur wenn eine rechtzeitige und damit gültige Einsprache vorläge, könnte das Strafverfahren gegen den Beschwerdeführer – wie von diesem verlangt – fortgesetzt werden, anderenfalls würde der Strafbefehl zum rechtskräftigen Urteil (Art. 354 Abs. 3 StPO).

a) Die Vorinstanz hat zusammengefasst erwogen, dass bei der Zustellung von Entscheiden grundsätzlich die Behörde die Beweislast trage. Bei eingeschriebenen Sendungen finde aber eine Umkehr der Beweislast statt, indem die widerlegbare Vermutung greife, dass der Avis ordnungsgemäss in den Briefkasten oder in das Postfach des Empfängers gelegt und das Zustelldatum korrekt registriert worden sei. Diese Vermutung greife auch dann, wenn die Sendung im elektronischen Suchsystem der Post (Track & Trace) erfasst sei. Die Vermutung könne der Adressat nur umstossen, indem er den Nachweis einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit von Fehlern bei der Zustellung erbringe. Aus den Akten gehe hervor, dass der Strafbefehl vom 29. September 2015 gleichentags per eingeschriebener Postsendung an den Beschwerdeführer versandt und von diesem in der Folge nicht abgeholt worden sei. Die Sendung sei am 11. November 2015 an die Beschwerdegegnerin zurückgeschickt worden, nachdem die Sendung während einer siebentägigen Frist nicht abgeholt worden sei. Da der Beschwerdeführer mit einer Zustellung habe rechnen müssen, greife die Zustellfiktion nach Art. 85 Abs. 4 lit. a StPO. Der Strafbefehl habe am 11. November 2015 als zugestellt zu gelten und die Einsprachefrist

habe somit am 12. November 2015 zu laufen begonnen und am 23. November 2015 geendet. Die Einsprache vom 24. November 2015 sei deshalb verspätet erfolgt.

b) Der Beschwerdeführer bestreitet zunächst, dass der Strafbefehl vom 29. September 2015 überhaupt von der Beschwerdegegnerin an ihn versendet wurde. Die Sendeverfolgung (Track & Trace) der Post genüge nicht, den Nachweis dafür zu erbringen. Vielmehr bedürfe es zumindest einer unterschriftlichen Bestätigung der Post. Des Weiteren macht der Beschwerdeführer geltend, die für die Zustellfiktion vorausgesetzte siebentägige Abholfrist sei überhaupt nicht abgewartet, sondern die Postsendung sei am 11. November 2015 gleich wieder zurück an die Beschwerdegegnerin retourniert worden. Es sei ihm nie eine Abholungseinladung für eine eingeschriebene Sendung der Beschwerdegegnerin zugegangen. Ausserdem sei die Zustellfiktion im innerdeutschen Verkehr überhaupt nicht gebräuchlich, weshalb die innerschweizerischen Mechanismen nicht ohne Weiteres auf deutsche Verhältnisse übertragen werden könnten.

c) Die Beschwerdegegnerin führt im Wesentlichen aus, der Track & Trace Auszug der Post bedürfe keiner unterschriftlichen Bestätigung der Post. Die Zustellfiktion gelte überdies auch für Sendungen ins Ausland.

3. Gegen einen Strafbefehl kann innerhalb von 10 Tagen bei der Staatsanwaltschaft schriftlich Einsprache erhoben werden (Art. 354 Abs. 1 StPO). Die Einsprachefrist beginnt am Tag nach der erfolgten Zustellung zu laufen (Art. 90 Abs. 1 StPO). Zustellungen durch die Strafbehörden erfolgen durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung, insbesondere durch die Polizei (Art. 85 Abs. 2 StPO). Sofern entsprechende internationale Abkommen – wie hier mit Deutschland – abgeschlossen wurden, kann die Zustellung an den Empfänger wie im Inland direkt postalisch erfolgen (BGE 6B\_541/2014 vom 23.09.2014 E. 1.3; Art. 52 Abs. 1 SDÜ, Art. IIIA lit. b ZV-D/EUeR). Die Zustellung ist erfolgt, wenn die Sendung von der Adressatin oder dem Adressaten oder von einer angestellten oder im gleichen Haushalt lebenden, mindestens 16 Jahre alten Person entgegengenommen wurde (Art. 85 Abs. 3 StPO). Sie gilt bei eingeschriebener Postsendung, die nicht abgeholt worden ist, zudem am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt, sofern die Person mit einer Zustellung rechnen musste (Art. 85 Abs. 4 lit. a StPO, sogenannte „Zustellfiktion“). Die kantonalen Strafverfolgungsbehörden wenden auf die von ihnen geführten Strafverfahren die Schweizerische Strafprozessordnung an (vergleiche Art. 1 Abs. 1 StPO). Die Zustellfiktion kann daher entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers auch bei Strafverfahren mit Auslandsbezug zur Anwendung kommen (vergleiche BGE 6B\_541/2014 a.a.O. E. 1.3). Wie es sich vorliegend mit der Zustellfiktion im Einzelnen verhält, kann mit Blick auf die nachfolgenden Erwägungen indes offen bleiben.

4. a) Das Gesetz äussert sich nicht dazu, wem die Beweislast für die Zustellung obliegt. Nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung trägt die Beweislast für die Zustellung von Entscheiden die Behörde. Entgegen dieser allgemeinen Beweislastverteilung gilt bei eingeschriebenen Sendungen, welche nicht direkt übergeben werden können, eine widerlegbare Vermutung, dass der Postangestellte den Avis ordnungsgemäss in den Briefkasten oder in das Postfach des Empfängers gelegt hat und das Zustellungsdatum korrekt registriert worden ist. Dies gilt namentlich auch dann, wenn die Sendung im elektronischen Suchsystem "Track & Trace" der Post erfasst ist, mit welchem es möglich ist, die Sendung bis zum Empfangsbereich des Empfängers zu verfolgen. Es findet in diesem Fall eine Umkehr der Beweislast in dem Sinne statt, als im Falle der Beweislosigkeit der Entscheid zuungunsten des Empfängers ausfällt, der den Erhalt der Abholungseinladung bestreitet. Diese Vermutung kann durch den Gegenbeweis umgestossen werden. Sie gilt so lange, als der Empfänger nicht den Nachweis einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit von Fehlern bei der Zustellung erbringt. Da der Nichtzugang einer Abholungseinladung eine negative Tatsache ist, kann dafür naturgemäss kaum je der volle Beweis erbracht werden. Die immer bestehende theoretische Möglichkeit eines Fehlers bei der Poststelle genügt

nicht, um die Vermutung zu widerlegen, solange nicht konkrete Anzeichen für einen derartigen Fehler vorhanden sind (zum Ganzen: BGE 6B\_940/2013 vom 31.03.2014 E. 2.1.1 mit zahlreichen Hinweisen).

b) Im vorliegenden Fall liegt ein Sendungsprotokoll („Track & Trace“) der Schweizerischen Post bei den Akten (act. 21). In Kombination mit der von der Beschwerdegegnerin eingereichten Barcodeliste lässt sich daraus ersehen, dass die Beschwerdegegnerin am 29. September 2015 den hier fraglichen Strafbefehl an den Beschwerdeführer adressiert der Post übergeben hat. Soweit der Beschwerdeführer Gegenteiliges ausführt, ist ihm nicht zu folgen. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers darf sodann auf das Sendungsprotokoll abgestellt werden und eine unterschriftliche Bestätigung der Post ist nicht erforderlich (E. 4a hievor; vergleiche auch Entscheid Bundesverwaltungsgericht vom 28.07.2015, B-4294/2014, E. 1.4.2). Aus dem Sendungsprotokoll lässt sich entnehmen, dass die Sendung am 30. September 2015 in den Machtbereich der Deutschen Post gelangte (Eintrag „Abgang Grenzstelle Aufgabeland“). Der nächste Eintrag datiert vom 11. November 2015 und ist mit „Zustellversuch“ betitelt. Am 13. November 2015 gelangte die Sendung wiederum in die Schweiz (Eintrag „Übergabe an Inlandsortierung“). Über das Schicksal der Sendung zwischen dem 30. September 2015 und dem 11. November 2015 gibt das Sendungsprotokoll keinen Aufschluss. Neben dem Sendungsprotokoll befindet sich in den Akten das Sendecouvert des Strafbefehls (act. 16). Darauf ist ein Aufkleber der DHL Deutschen Post mit dem Titel „Benachrichtigungslabel“ angebracht. Auf dem Aufkleber ist das Datum „05.10.“ vermerkt. Daraus könnte sich schliessen lassen, dass am 5. Oktober 2015 womöglich versucht wurde, die Sendung dem Beschwerdeführer zuzustellen, er aber (wohl) nicht angetroffen werden konnte. Zusätzlich befindet sich auf dem Sendecouvert ein weiterer Aufkleber der Deutschen Post mit dem Titel „Zurück/Retour“. Darauf ist das Feld „nicht abgeholt“ angekreuzt und handschriftlich „15/10“ notiert, was darauf schliessen lassen könnte, dass die Postsendung am 15. Oktober 2015 in die Schweiz zurückgesendet wurde oder dass eine allfällige Abholungsfrist an diesem Datum unbenutzt abgelaufen war. Hingegen lässt sich, wie dargelegt, dem Sendungsprotokoll der Schweizerischen Post weder ein Zustellversuch am 5. Oktober 2015 noch eine Retournierung in die Schweiz am 15. Oktober 2015 noch ein sonstiger Eintrag zwischen dem 30. September 2015 und dem 11. November 2015 entnehmen. Vielmehr erfolgte gemäss Sendungsprotokoll erst am 11. November 2015 ein Zustellversuch und in unmittelbarem Anschluss dazu die Retournierung in die Schweiz.

c) Vorliegendem Fall liegt eine eingeschriebene Postsendung zugrunde und es wird unter anderem bestritten, dass von der Deutschen Post eine Abholungseinladung im Briefkasten des Beschwerdeführers deponiert wurde. Für die Frage, ob eine Abholungseinladung deponiert wurde, darf grundsätzlich auf die Vermerke in der Sendungsverfolgung abgestellt werden (E. 4a f. hievor). Bei Vorhandensein des Vermerks „zur Abholung gemeldet“ darf vermutungsweise gefolgert werden, dass eine Abholungseinladung im Briefkasten deponiert wurde. Umgekehrt drängt sich bei Fehlen dieses Vermerks der Schluss auf, dass keine Abholungseinladung hinterlegt wurde (BGE 2C\_780/2010 vom 21.03.2011 E. 2.7; Entscheid Bundesverwaltungsgericht a.a.O., E. 1.4.2). Denn wenn die Post für die Zustellung von eingeschriebenen Sendungen schon über ein solches Nachweissystem verfügt und im konkreten Fall auch angewendet hat, darf grundsätzlich auf diese Vermerke abgestellt werden (BGE 2C\_780/2010 a.a.O. E. 2.7).

d) Wenn die Vorinstanz erwägt, die Sendung sei am 11. November 2015 an die Beschwerdegegnerin retourniert worden, nachdem die Sendung während einer siebentägigen Frist nicht abgeholt worden sei, nimmt sie implizit an, es habe vor dem 11. November 2015 einen Zustellversuch gegeben und der Beschwerdeführer sei mittels Avis zur Abholung eingeladen worden. Aus dem Sendungsprotokoll ist Derartiges aber gerade nicht ersichtlich. Das Fehlen des Vermerks „zur Abholung gemeldet“ und überhaupt jeglichen Vermerks zwischen dem 30. September 2015 und dem 11. November 2015 legt umgekehrt nahe, dass für die eingeschriebene Sendung keine Abholungseinladung in den Briefkasten

gelegt wurde (E. 4c hievor). Damit erscheint zweifelhaft, ob vor dem 11. November 2015 tatsächlich ein Zustellversuch stattgefunden hat, der den Anforderungen der StPO genügt. Mit den Aufklebern auf dem Sendecouvert lässt sich ein Zustellversuch vor dem 11. November 2015 ebenfalls nicht rechtsgenügend nachweisen. Die Angaben auf den Aufklebern weisen erhebliche Unklarheiten auf. Zwar ist auf dem Aufkleber der Deutschen Post auf dem Sendungscouvert das Feld „nicht abgeholt“ angekreuzt. Doch ist nirgends ersichtlich, ob und allenfalls wann eine Abholungseinladung im Briefkasten deponiert wurde. Die Angaben lassen unterschiedliche Schlüsse zu (E. 4b hievor). Ausserdem datiert sowohl der Vermerk auf dem Aufkleber der Deutschen Post wie auf dem Aufkleber von DHL (15.10.2015 beziehungsweise 05.10.2015) vor dem Zustellversuch, welcher aus der Sendeverfolgung der Schweizerischen Post ersichtlich ist (11.11.2015). Der (impliziten) Auffassung der Vorinstanz kann aus diesen Gründen nicht gefolgt werden. Ob und wann eine korrekte Zustellung (inklusive Abholungseinladung) an den Beschwerdeführer im Zeitraum 30. September 2015 bis 11. November 2015 versucht wurde, lässt sich den Akten nicht rechtsgenügend entnehmen. Es ist damit schon fraglich, ob vorliegend überhaupt eine Umkehr der Beweislast erfolgt oder ob nicht vielmehr die Beschwerdegegnerin die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat (E. 4a hievor). Auf jeden Fall bestehen hinsichtlich des genauen Datums des Zustellversuches durch die Deutsche Post beziehungsweise DHL sowie bezüglich des Deponierens einer Abholungseinladung im Briefkasten des Beschwerdeführers insgesamt aber ohnehin Unregelmässigkeiten und Unklarheiten. Es sprechen konkrete Anzeichen dafür, dass tatsächlich keine Abholungseinladung im Briefkasten des Beschwerdeführers hinterlegt wurde und insofern ein Fehler in der Zustellung erfolgte, zumal das Vorgehen der Post offenbar nicht dem Üblichen entsprach (vergleiche E. 4f hernach). Ob eine korrekte Zustellung (inklusive Abholungseinladung) an den Beschwerdeführer im Zeitraum 30. September 2015 bis 11. November 2015 versucht wurde, könnte somit, selbst wenn eine Umkehr der Beweislast zu erfolgen hätte, mit Fug bezweifelt werden. In Anbetracht des herabgesetzten Beweismasses der überwiegenden Wahrscheinlichkeit müsste vorliegend die Vermutung der erfolgten Zustellung als widerlegt gelten (E. 4a hievor).

e) Ob schliesslich am 11. November 2015 tatsächlich, wie im Sendungsprotokoll vermerkt, ein Zustellversuch an den Beschwerdeführer stattgefunden hat, kann ebenfalls bezweifelt, letztlich aber offen gelassen werden, da die Einsprache so oder anders als rechtzeitig betrachtet werden muss. Würde nämlich, dem Sendungsprotokoll folgend, davon ausgegangen, dass am 11. November 2015 ein Zustellversuch an den Beschwerdeführer erfolgte, so würde die zehntägige Einsprachefrist erst am siebten Tag nach diesem Datum zu laufen beginnen (Art. 85 Abs. 4 lit. a StPO). Die Einsprache vom 24. November 2015 wäre diesfalls rechtzeitig erfolgt. Würde davon ausgegangen, dass am 11. November 2015 kein Zustellversuch an den Beschwerdeführer, sondern vielmehr nur eine Retournierung in die Schweiz stattfand, so müsste für den Fristenlauf auf den vom Beschwerdeführer geltend gemachten Zeitpunkt des Erhalts des Strafbefehls abgestellt werden (BGE 124 V 402 E. 2a). Die Einsprache wäre auch dann und erst recht als rechtzeitig zu werten.

f) Am dargelegten Ergebnis ändert auch die von der Beschwerdegegnerin zu Recht erfolgte Abklärung nichts (act. 22). Die Abklärung ergab, dass bezüglich Zustellversuchs und Deponierens einer Abholungseinladung von der Deutschen Post keine weiteren Informationen erhältlich sind. Gemäss Auskunft der Deutschen Post wurde die Sendung am 11. November 2015 in die Schweiz retourniert. Was mit der Sendung zwischen dem 30. September 2015 und 11. November 2015 geschah, konnte nicht rekonstruiert werden. Die Auskunft, dass nach einem Zustellversuch eine Frist von sieben Tagen abgewartet werde, ist allgemeiner Natur und belegt nicht, dass im konkreten Fall ein korrekter Zustellversuch (inklusive Abholungseinladung) erfolgt ist. Zudem ist es offenbar unüblich, dass DHL für die Verteilung von Briefen eingesetzt wird. Wie der Aufkleber von DHL auf das Sendecouvert gelangte, konnte die Deutsche Post jedenfalls nicht erklären, da gemäss ihren Angaben DHL eigentlich nur für den Paket- nicht aber für den Briefversand eingesetzt werde.

5. Die Beschwerde ist begründet. Die Einsprache vom 24. November 2015 erfolgte nach dem Gesagten rechtzeitig. Da das Strafverfahren der Vorinstanz überwiesen wurde, wird diese über den weiteren Gang des Verfahrens zu entscheiden haben (Art. 328 Abs. 2 StPO). Die Sache ist in Aufhebung der angefochtenen Verfügung entsprechend an die Vorinstanz zur weiteren Behandlung zurückzuweisen.