

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: SB180181-O/U/cwo

Mitwirkend: Die Oberrichter lic. iur. M. Langmeier, Präsident, lic. iur. B. Gut und  
Ersatzoberrichter Dr. iur. E. Pahud sowie die Gerichtsschreiberin  
lic. iur. S. Maurer

## **Beschluss vom 17. Oktober 2018**

in Sachen

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

Beschuldigte und Berufungsklägerin

amtlich verteidigt durch Rechtsanwältin X. \_\_\_\_\_,

gegen

**Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl,**

vertreten durch Leitenden Staatsanwalt lic. iur. D. Kloiber

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Widerhandlung gegen das Ausländergesetz und Widerruf**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich,**

**3. Abteilung - Einzelgericht, vom 29. Januar 2018 (GB170063)**

## **Erwägungen:**

### **I. Verfahrensgang**

1. Zum Verfahrensgang bis zum vorinstanzlichen Urteil kann auf die Erwägungen der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 32 S. 3; Art. 82 Abs. 4 StPO).
2. Mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht, vom 29. Januar 2018 wurde die Beschuldigte des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG sowie der Missachtung der Ein- oder Ausgrenzung im Sinne von Art. 119 Abs. 1 AuG schuldig gesprochen und mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 80 Tagen bestraft, wovon 1 Tag durch Haft erstanden war. Gleichzeitig wurde der bedingte Vollzug einer mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis vom 6. Februar 2016 ausgesprochenen Geldstrafe von 100 Tagessätzen zu je Fr. 30.00 widerrufen (Urk. 32 S. 19). Das Urteil wurde mündlich eröffnet und im Dispositiv übergeben (Prot. I S. 12).
3. Die Beschuldigte liess mit Eingabe vom 6. Februar 2018 gegen das Urteil innert Frist Berufung anmelden (Urk. 28; Art. 399 Abs. 1 StPO), worauf ihr am 20. April 2018 das begründete Urteil zugestellt wurde (Urk. 31/2). Am 14. Mai 2018 ging die vom 10. Mai 2018 datierende Berufungserklärung ein (Urk. 35). Auf einem unter dem Datum vom 12. Mai 2018 verfassten Begleitzettel hielt die Verteidigerin der Beschuldigten fest, "[a]ufgrund eines administrativen Missgeschicks [sei] gestern die Berufungserklärung ohne den Schriftsatz geschickt" worden (Urk. 34 m.H.a. "Einschr. Nr. 1"). Mit Präsidialverfügung vom 16. Mai 2018 wurde festgehalten, dass die Frist zur Einreichung der Berufungserklärung am 11. Mai 2018 abgelaufen, die Berufungserklärung aber erst am 13. Mai 2018 der Schweizerischen Post übergeben worden sei (Urk. 38; Urk. 40). Die Schilderung auf dem Begleitzettel erscheine zwar grundsätzlich plausibel und möglich, das Einschreiben Nr. 1 sei gemäss Sendungsverfolgung allerdings ebenfalls erst am 13. Mai 2018 der Post übergeben worden (Urk. 39). Entsprechend wurde den Parteien

Frist angesetzt, um sich zur Frage des Eintretens auf die Berufung zu äussern (Urk. 40). Die Staatsanwaltschaft erklärte, auf Vernehmlassung zu verzichten (Urk. 42). Die Verteidigerin reichte ihre Stellungnahme vom 6. Juni 2018 innert erstreckter Frist ein (Urk. 43; Urk. 45). Mit Präsidialverfügung vom 19. Juni 2018 wurden der Staatsanwaltschaft die Berufungserklärung und die Eingabe der Verteidigerin vom 6. Juni 2018 samt Beilage zugestellt, und es wurde ihr Frist angesetzt, um zu erklären, ob Anschlussberufung erhoben wird, oder um begründet ein Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen (Urk. 48). Mit Eingabe vom 22. Juni 2018 erklärte die Staatsanwaltschaft, auf Anschlussberufung zu verzichten, und beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 50). In der Folge wurde auf den 11. Oktober 2018 zur Berufungsverhandlung vorgeladen (Urk. 51). Am 13. September 2018 wurde den Parteien die Ladung abgenommen (Urk. 53).

## **II. Rechtzeitigkeit der Berufungserklärung**

1. Die Berufungserklärung ist innert 20 Tagen seit Zustellung des begründeten Urteils einzureichen (Art. 399 Abs. 3 StPO). Das begründete Urteil wurde der Beschuldigten am 20. April 2018 zugestellt (Urk. 31/2), so dass die Berufungsfrist am Freitag, 11. Mai 2018, endete (Art. 90 StPO). An diesem 11. Mai 2018 hätte die Berufungserklärung spätestens der Schweizerischen Post übergeben werden müssen (Art. 91 Abs. 2 StPO). Die Sendung Nr. 2, welche die bei den Akten liegende Berufungserklärung vom 10. Mai 2018 (Urk. 35) enthielt, wurde erst am 13. Mai 2018 – und damit verspätet – der Post übergeben (Urk. 38; Urk. 45).

2. Die Verteidigerin der Beschuldigten macht geltend, in der vorliegenden Sache bereits am 11. Mai 2018 eine Sendung an das Obergericht (mit der Nr. 1) der Post übergeben zu haben. Dabei sei aber aufgrund eines administrativen Missgeschicks die „Berufungserklärung ohne den Schriftsatz“ verschickt worden (Urk. 34). Bei der Ordnung ihrer Akten am Sonntag sei der Schriftsatz noch auf dem Pult gelegen und sie habe realisiert, dass die Berufungserklärung nicht in dem Umschlag des ersten Einschreibens gewesen sei (Urk. 45 Rz. 5). Dieses erste

Einschreiben mit der Nr. 1 sei nicht (wie das zweite Einschreiben mit der Nr. 2) am 13. Mai 2018 der Post übergeben worden. Vielmehr sei es – als Einschreiben mit Barcode-Versandetikette, welches nicht bei einer Poststelle abgestempelt werden müsse, sondern in jeden beliebigen Posteinwurf geworfen werden könne – fristgerecht am Freitag, 11. Mai 2018, vor der Leerungszeit (17.30 Uhr) in den Postkasten am Bahnhof B.\_\_\_\_\_ eingeworfen worden. Aufgrund der Tatsache, dass am Samstag keine Einschreiben zugestellt würden, sei es von der Post erst mit der Leerung am Sonntag registriert worden (Urk. 43; Urk. 45). Zum Beweis für die fristgerechte Übergabe an die Post reichte die Verteidigerin eine schriftliche Bestätigung einer Bekannten ein (Urk. 47). Diese hielt fest, sie sei persönlich anwesend gewesen, als die Verteidigerin am Freitag, 11. Mai 2018, vor 17.30 Uhr ein an das Obergericht des Kantons Zürich adressiertes Kuvert in den Postkasten am Bahnhof B.\_\_\_\_\_ eingeworfen habe. Die Verteidigerin habe ihr gegenüber vorher die Frist bzw. die Dringlichkeit der rechtzeitigen Absendung erwähnt sowie in groben Zügen geschildert, dass es sich bei dem Verfahren um jenes betreffend einer abgewiesenen Asylsuchenden gehandelt habe (Urk. 47).

3. Geht man in tatsächlicher Hinsicht von dieser Schilderung aus, stellt sich in rechtlicher Hinsicht zunächst die Frage, ob die (rechtzeitig aufgebene) Sendung Nr. 1 geeignet ist, die Rechtsmittelfrist von Art. 399 Abs. 3 StPO zu wahren. Dies ist zu verneinen. Ein blosses mit der Anschrift des Obergerichts versehenes Kuvert kann nicht als schriftliche Eingabe im Sinne von Art. 109 f. StPO bzw. als (mangelhafte) schriftliche Berufungserklärung im Sinne von Art. 399 Abs. 3 StPO qualifiziert werden. Um überhaupt als Eingabe zu gelten, müsste die Sendung einem Geschäft zuordenbar sein und eine irgendwie geartete Verfahrenshandlung – also einen Antrag, eine Erklärung oder eine Aussage – zum Gegenstand haben (vgl. BSK StPO-HAFNER/FISCHER, Art. 109 N 7 ff.). Bei Mängeln müsste sie so dann einer Verbesserung zugänglich sein. So können etwa unleserliche, unverständliche, ungebührliche oder weitschweifige Eingaben „überarbeitet“ und zu diesem Zweck zurückgewiesen werden (Art. 110 Abs. 4 StPO), und unklare Berufungserklärungen können "verdeutlicht" werden (Art. 400 Abs. 1 StPO; s.a. Art. 385 Abs. 2 StPO). Bei einer Sendung „ohne Schriftsatz“ ist dies nicht der Fall. Auf

sie kann für die Frage der Fristwahrung nicht abgestellt werden. Es bleibt damit dabei, dass die Berufungserklärung nicht fristgerecht eingereicht wurde (Art. 93 StPO).

4. Zu prüfen ist, ob die Voraussetzungen einer Fristwiederherstellung gegeben sind.

4.1 Gestützt auf Art. 94 Abs. 1 StPO kann eine säumige Partei die Wiederherstellung der Frist verlangen, wenn ihr aus der Säumnis ein erheblicher und unersetzlicher Rechtsverlust erwachsen würde und sie glaubhaft macht, dass sie an der Säumnis kein Verschulden trifft. Das Gesuch ist innert 30 Tagen nach Wegfall des Säumnisgrundes schriftlich und begründet zu stellen. Die versäumte Verfahrenshandlung ist innert der gleichen Frist nachzuholen (Art. 94 Abs. 2 StPO).

4.2 Die Verteidigerin der Beschuldigten hat nicht ausdrücklich Wiederherstellung der Frist verlangt. Da sie mit ihrer verspätet eingereichten Berufungserklärung auf einem Begleitzettel aber auf ein administratives Missgeschick hinweist und um Verständnis bittet (Urk. 34) sowie alsdann die Verspätung begründet (Urk. 43; Urk. 45), ist von einem sinngemäss gestellten Gesuch um Wiederherstellung auszugehen (vgl. BSK StPO-RIEDO, Art. 94 N 9).

4.3 Erfüllt ist bei der vorliegend versäumten Rechtsmittelfrist die Voraussetzung, wonach der säumigen Partei aus der Säumnis ein erheblicher und unersetzlicher Rechtsverlust drohen muss (vgl. BSK StPO-RIEDO, Art. 94 N 29).

4.4 In Frage steht das Erfordernis des fehlenden Verschuldens. Jedes Verschulden – und sei es auch noch so geringfügig – schliesst die Wiederherstellung aus. Unverschuldet ist die Säumnis nur, wenn sie durch einen Umstand eingetreten ist, der nach den Regeln vernünftiger Interessenwahrung auch von einer sorgsam Person nicht befürchtet werden muss oder dessen Abwendung übermässige Anforderungen gestellt hätte. Es wird vorausgesetzt, dass es in der konkreten Situation unmöglich war, die Frist zu wahren (BGer 6B\_562/2017 vom 2. Oktober 2017, E. 4 m.H.). Dabei hat sich die Partei das Verhalten, und damit

auch die Fehlleistungen, ihres Vertreters oder beigezogener Hilfspersonen grundsätzlich anrechnen zu lassen. Hat der Vertreter die Säumnis verschuldet, ist die Wiederherstellung ausgeschlossen (BGer 6B\_1108/2017 vom 20. April 2018, E. 1.2 m.H.; 6B\_294/2016 vom 5. Mai 2017, E. 2.1 f.). Das Bundesgericht hat wiederholt festgehalten, dass diese Strenge, also die strikte Anwendung der Regeln über die Rechtsmittelfristen, im Interesse einer gut funktionierenden Justiz und der Rechtssicherheit gerechtfertigt ist (BGer 6B\_1187/2016 vom 6. Juli 2017, E. 3 m.H.). Eine Ausnahme ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung in Fällen notwendiger Verteidigung anzunehmen, wenn es sich um eine grobe Nachlässigkeit wie ein krasses Fristversäumnis handelt und dem Beschuldigten kein eigener Vorwurf gemacht werden kann (BGE 143 I 284 E. 1.3; BGer 6B\_354/2017 vom 25. Oktober 2017, E. 1.3; BGer 6B\_294/2016 vom 5. Mai 2017, E. 2.2.3). Bei notwendiger Verteidigung könne das Recht der beschuldigten Person auf eine konkrete und wirksame Verteidigung ausnahmsweise der Zurechnung des Fehlers der Verteidigung entgegenstehen (BGE 143 I 284; s.a. BSK StPO-Riedo, Art. 94 N 57). Anders verhält es sich – wie das Bundesgericht jüngst klar stellte – im Rahmen der freiwilligen Verteidigung, bei welcher die beschuldigte Person selber darüber entscheidet, ob sie sich vertreten lassen will oder nicht. Hier ist der Fehler der Verteidigung grundsätzlich dem Mandanten zuzurechnen (BGer 6B\_1111/2017 vom 7. August 2018, E. 2).

Vorliegend hat sich die Verteidigerin mit dem Verpassen der Rechtsmittelfrist eine grobe Nachlässigkeit zu Schulden kommen lassen (vgl. BGer 6B\_354/2017 vom 25. Oktober 2017, E. 1.4). Dies gilt insbesondere auch, wenn es sich tatsächlich so zugetragen hat, dass sie einen Briefumschlag ohne die fünfseitige Berufungserklärung (vgl. Urk. 35) sowie Beilagen von 14 Seiten (vgl. Urk. 37/1-2) verschickt – und dies nicht bemerkt – hat. Wer im Bewusstsein, eine fristwahrende Handlung vornehmen zu müssen, und in Gegenwart einer auf diese Umstände aufmerksam gemachten Zeugin ein leeres Kuvert anstatt eine 19 Seiten starke Eingabe in den Briefkasten wirft, der muss sich eine erhebliche Sorgfaltspflichtverletzung vorwerfen lassen. Nicht ersichtlich ist, dass der Beschuldigten selbst ein Vorwurf betreffend des Fristversäumnisses zu machen wäre. Allerdings liegt kein Fall not-

wendiger Verteidigung im Sinne von Art. 130 StPO vor, bei dem ausnahmsweise von einer Zurechnung des Fehlers der Verteidigerin abgesehen werden könnte. Eine Fristwiederherstellung kommt nicht in Frage.

5. Nach dem Ausgeführten wurde die Berufungserklärung verspätet eingereicht. Auf die Berufung ist nicht einzutreten.

### **III. Kosten**

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 mit einer Gerichtsgebühr von praxisgemäss Fr. 600.– der Beschuldigten aufzuerlegen. Davon ausgenommen sind die Kosten der amtlichen Verteidigung (Urk. 56, Urk. 57). Diese sind unter Vorbehalt der Rückzahlungspflicht gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 426 Abs. 1 StPO).

### **Es wird beschlossen:**

1. Auf die Berufung der Beschuldigten vom 6. Februar 2018 wird nicht eingetreten.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:  
Fr. 600.– ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 914.25 amtliche Verteidigung
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden der Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht bleibt gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten.

4. Schriftliche Mitteilung an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden der Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl

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

5. 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, 17. Oktober 2018

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. M. Langmeier

lic. iur. S. Maurer