

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT BES.2019.49 vom 18. Oktober 2019**

BS Appellationsgericht, 2019-10-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_BES.2019.49](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_BES.2019.49)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT BES.2019.49 du 18 octobre 2019

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT BES.2019.49 del 18 ottobre 2019

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die angefochtene Verfügung des Einzelgerichts in Strafsachen vom 21. Februar 2019 ist ein Nichteintretensentscheid, mit dem nicht materiell über Straffragen befunden wird. Es kommt daher gemäss Art. 393 Abs. 1 lit. b in Verbindung mit Art. 80 Abs. 1 der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO, SR312.0) das Beschwerdeverfahren zur Anwendung. Zuständiges Beschwerdegericht ist das Appellationsgericht als Einzelgericht (§ 88 Abs. 1 in Verbindung mit § 93 Abs. 1 Ziff. 1 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG, SG 154.100]). Der Beschwerdeführer hat ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Entscheids und ist somit zur Beschwerde legitimiert (Art. 382 Abs. 1 StPO).

Die angefochtene Verfügung wurde dem Beschwerdeführer am 25. Februar 2019 zugestellt, weshalb auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde vom 7. März 2019 einzutreten ist.

### **E. 2**

Das Einzelgericht in Strafsachen begründet sein Nichteintreten auf die Einsprache mit deren verspäteten Eingabe. Der Beschwerdeführer habe in der Einvernahme zur Person am 21. Oktober 2017 aufgrund seiner unklaren Wohnverhältnisse ausdrücklich eine spezielle Zustelladresse an der B\_\_\_\_\_ in [...] angegeben, wohin der Strafbefehl vom 3. Mai 2018 hingeschickt worden sei. Aufgrund des bestehenden Prozessverhältnisses habe der Beschwerdeführer mit der Zustellung rechnen müssen und sei verpflichtet gewesen, allfällige Adressänderungen oder Abwesenheiten den Strafbehörden zu melden. Nachdem der Strafbefehl nicht zugestellt werden können und er auch innert der siebentägigen Frist nicht bei der Post abgeholt worden sei, habe er am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als zugestellt gegolten. Damit sei die Einsprache vom 7. Februar 2019 gegen den Strafbefehl vom 3. Mai 2018 verspätet erfolgt und es könne auf sie nicht eingetreten werden.

Der Beschwerdeführer macht geltend, er habe erst aufgrund der zweiten Mahnung der Staatsanwaltschaft vom 30. Januar 2019 Kenntnis vom fraglichen Strafbefehl erhalten, da diese an seine Wohnsitzadresse in [...] versendet worden sei. Es sei unbestritten, dass er anlässlich der von der Staatsanwaltschaft erwähnten Einvernahme neben der Adresse an der B\_\_\_\_\_ in [...] die Adresse des Anwaltsbüros von Advokat [...] in Basel-Stadt als Zustelladresse angegeben habe. Die Staatsanwaltschaft habe daher davon ausgehen müssen, dass er von diesem verteidigt werde und sei verpflichtet gewesen, den Strafbefehl dem Verteidiger zuzustellen. Für die Bestellung eines Rechtsbeistandes reiche es aus, den Namen des Verteidigers den Strafverfolgungsbehörden mitzuteilen. Nachdem der

Beschwerdeführer der Staatsanwaltschaft mündlich mitgeteilt habe, dass er von Advokat [...] verteidigt werde, sei sie verpflichtet gewesen abzuklären, ob diese Angaben stimmen und habe nicht eigenständig den gegenteiligen Schluss ziehen dürfen. Abgesehen davon habe eine rechtsgültige Zustellung ohnehin nur an den Verteidiger erfolgen können.

Die Staatsanwaltschaft hält mit ihrer Beschwerdeantwort daran fest, dass die Ausübung einer Wahlverteidigung eine Vollmacht oder eine protokollierte Erklärung der beschuldigten Person voraussetze. Eine Vollmacht liege jedoch erst seit dem 6. Februar 2019 vor und die Adresse von Advokat [...] habe der Beschwerdeführer nur als alternatives Zustelldomizil angegeben, wobei er angegeben habe, dass dieser ihn im ■Abschiebeverfahren■ vertrete. Dass er ihn für das vorliegende Strafverfahren mandatiert habe, habe er nie erwähnt. Aber auch selbst wenn eine entsprechende Erklärung abgegeben worden wäre, so habe diese nicht in Anwesenheit von Advokat [...] stattgefunden, was Voraussetzung für eine mündliche Bestellung sei, da eine Mandatierung stets die Zustimmung des Anwalts bedürfe. Diese Ansicht schein auch der Beschwerdeführer geteilt zu haben, habe er doch in seinem Schreiben vom 7. Februar 2019 noch moniert, dass der Strafbefehl nicht an seine neue Wohnadresse gesandt worden sei.

Replicando führt der Beschwerdeführer aus, die von der Staatsanwaltschaft vertretene Meinung, wonach eine mündliche Bestellung nur in Anwesenheit des Verteidigers erfolgen könne, sei ausschliesslich zum Schutz der Anwaltschaft vor aufgedrängten Mandatsverhältnissen und vorliegend nicht anwendbar. Ausserdem sei zwischen der Angabe der Zustelladresse und dem ersten Zustellversuch über ein halbes Jahr verstrichen und der Beschwerdeführer im fraglichen Strafbefehl zur Bezahlung einer erheblichen Geldsumme verurteilt worden. Aufgrund all dieser Umstände wäre die Staatsanwaltschaft verpflichtet gewesen, den Strafbefehl auch seinem Verteidiger zuzustellen.

### **E. 3**

3.1 Gemäss Art. 354 Abs. 1 StPO beträgt die Frist zur Erhebung einer Einsprache gegen einen Strafbefehl zehn Tage. Die Frist beginnt am Tag nach der Eröffnung resp. Zustellung zu laufen (Art. 90 Abs. 1 StPO) und ist eingehalten, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist bei der zuständigen Behörde abgegeben oder zu deren Händen der Schweizerischen Post übergeben wird (Art. 91 Abs. 2 StPO).

### **E. 3.2**

3.2.1 Strafbehörden haben ihre Mitteilungen durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung zuzustellen (Art. 85 Abs. 2 StPO). Die Zustellung ist nach Art. 85 Abs. 3 StPO erfolgt, wenn die Sendung von der angeschriebenen Person oder einer angestellten oder im gleichen Haushalt lebenden, mindestens 16 Jahre alten Person entgegen genommen wurde. Kann eine eingeschriebene Sendung nicht dem Adressaten oder einer der genannten Personen gegen Unterschrift ausgehändigt werden, so wird der Adressat mit einer Abholungseinladung über den Zustellversuch informiert und aufgefordert, die Sendung innert einer Frist von sieben Tagen bei der Poststelle abzuholen. Unterbleibt die Abholung, so gilt gemäss der in Art. 85 Abs. 4 lit. a StPO geregelten Zustellfiktion die Zustellung als am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch erfolgt. Vorausgesetzt ist allerdings, dass der Empfänger mit einer Zustellung rechnen musste. Damit übernimmt die Strafprozessordnung die bisherige bundesgerichtliche Rechtsprechung (vgl. BGer 6B\_553/2008 vom 27. August 2008 E. 3, BGE 130 III 396 E. 1.2.3 S. 399).

3.2.2 Die Zustellfiktion rechtfertigt sich dadurch, dass für die an einem Verfahren Beteiligten nach dem Grundsatz von Treu und Glauben die Pflicht besteht, dafür zu sorgen, dass ihnen behördliche Akten zugestellt werden können. Dies gilt während eines hängigen Verfahrens und wenn die Verfahrensbeteiligten mit der Zustellung eines behördlichen oder gerichtlichen Entscheids oder einer Verfügung mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit rechnen müssen. Unter diesen Voraussetzungen kann von einem Verfahrensbeteiligten etwa verlangt werden, dass er seine Post regelmässig kontrolliert, Adressänderungen ohne Verzug meldet und allenfalls längere Ortsabwesenheiten der Behörde mitteilt oder einen Stellvertreter ernennt (AGE BES.2012.103 vom 8. November 2012 E. 3 mit weiteren Hinweisen). Da bei Anwendung der gesetzlichen Zustellfiktion der Strafbefehl unabhängig von der tatsächlichen Kenntnisnahme des Adressaten bzw. der Adressatin als zugestellt gilt und dadurch namentlich dessen bzw. deren Anspruch auf rechtliches Gehör verkürzt wird, sind die Voraussetzungen der Zustellfiktion nicht leichthin zu bejahen. Die Strafbehörden treffen vielmehr weitreichende Abklärungspflichten (BGer 6B\_70/2018 vom 6. Dezember 2018 E. 1.4.5).

#### **E. 4**

4.1 Unbestritten ist, dass der fragliche Strafbefehl, der von der Staatsanwaltschaft an die Adresse B\_\_\_\_\_ in [...] versendet wurde, dem Beschwerdeführer weder zugestellt werden konnte noch von diesem innert der Abholfrist abgeholt und schliesslich am 22. Mai 2018 der Staatsanwaltschaft zurückgesendet wurde. Unter Anwendung der Zustellfiktion nach Art. 85 Abs. 4 lit. a StPO ist die Einsprache vom 7. Februar 2019 damit grundsätzlich verspätet erfolgt. Umstritten und fraglich ist indes, ob im vorliegenden Fall die oben dargestellte Zustellfiktion zum Tragen kommt oder ob der Strafbefehl (auch) an Advokat [...] hätte zugestellt werden müssen.

4.2 Art. 129 StPO hält fest, dass eine beschuldigte Person in jedem Strafverfahren und auf jeder Verfahrensstufe eine Verteidigung beauftragen oder sich selbst verteidigen kann. Die Bestimmung regelt hingegen nicht, ab wann eine Verteidigung für die beschuldigte Person tätig werden darf. So ist es denn auch möglich, dass ein Vertretungsverhältnis bzw. eine Verteidigung bereits besteht, bevor klar ist oder mit Sicherheit gesagt werden kann, ob und dass ein Strafverfahren gegen die betroffene Person geführt wird (Ruckstuhl, in: Basler Kommentar, 2. Auflage 2014, Art. 129 StPO N 1 f.). Gerade in Konstellationen wie der vorliegenden, dürfte es der beschuldigten Person in aller Regel nicht möglich sein, der einvernehmenden Behörde eine schriftliche Vollmacht vorzulegen. Dementsprechend stellt deren Vorliegen auch bloss eine Ordnungsvorschrift dar (Ruckstuhl, a.a.O., Art. 129 StPO N 6 mit weiteren Hinweisen). Eine solche kann vielmehr auch nachgebracht werden (Schmid/Jositsch, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. Auflage, Zürich 2017, N 729 Fn. 204). In diesem Sinne ist auch Abs. 2 von Art. 129 StPO sowie die von der Staatsanwaltschaft wohl zitierte Lehrmeinung zu verstehen, wonach es für die Ausübung der Wahlverteidigung eine protokollierte Erklärung der beschuldigten Person in Anwesenheit des Anwalts benötigt (vgl. Ruckstuhl, a.a.O., Art. 129 StPO N 6). Eine protokollierte Erklärung in Anwesenheit des Anwalts kann lediglich dann gefordert werden, wenn es um eine (neue) Mandatierung der Verteidigung geht, da es für eine solche Beauftragung übereinstimmende Willenserklärungen der Vertragsparteien bedarf (Ruckstuhl, a.a.O., Art. 129 StPO N 7). Besteht hingegen bereits ein Vertretungsverhältnis, ist eine solche Erklärung nicht erforderlich.

Aus den Akten wird ersichtlich, dass der Beschwerdeführer anlässlich der Einvernahme zur Person vom 21. Oktober 2017 neben der Adresse an der B\_\_\_\_\_ in [...] alternativ und gleichwertig das Anwaltsbüro von Advokat [...] angegeben hat (act. 5). Zudem wird aus dem Protokoll der Einvernahme zur Sache von gleichem Datum ersichtlich, dass der Beschwerdeführer auf die Belehrung der Staatsanwaltschaft hin, er könne eine Verteidigung nach freier Wahl beiziehen, Advokat [...] als seinen Anwalt im Abschiebeverfahren erwähnte (act. 78) und am Ende der Einvernahme auf die Frage, wie er (für allfällige weitere Einvernahmen) erreichbar sei, seine Mobiltelefonnummer und alternativ seinen Anwalt, [...], angab (act. 88). Im Weiteren war der Staatsanwaltschaft offensichtlich bekannt, dass das Vertretungsverhältnis im Ausweisungsverfahren noch im März 2018, und damit kurz vor Erlass des fraglichen Strafbefehls, fortbestand (act. 26 ff.). Ob Advokat [...] bereits für das Strafverfahren mandatiert worden war und der Strafbefehl daher nur an diesen rechtsgültig hätte zugestellt werden können, wie dies der Beschwerdeführer unter Verweis auf Art. 87 Abs. 3 StPO behauptet, kann vorliegend offenbleiben. Aufgrund seiner mehrfachen Nennung sowie Angabe seiner Büroadresse als alternative Zustelladresse wäre die Staatsanwaltschaft aufgrund ihrer Abklärungspflicht (vgl. E. 3.2.2 oben) zumindest gehalten gewesen, nachdem die Zustellung an die erste Adresse als nicht abgeholt gemeldet worden war, weitere Abklärungen zu treffen und den fraglichen Strafbefehl erneut an die zweite Zustelladresse zu schicken.

## **E. 5**

Aus den vorangehenden Ausführungen folgt, dass die Zustellfiktion aus Art. 85 Abs. 4 lit. a StPO im vorliegenden Fall nicht greift und die Beschwerde somit gutzuheissen ist. Dementsprechend ist die Verfügung des Strafgerichts vom 21. Februar 2019 aufzuheben und das Verfahren zur materiellen Beurteilung zurückzuweisen.

## **E. 6**

6.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Gerichtskosten zu erheben (Art. 428 Abs. 1 StPO).

6.2 Der Beschwerdeführer stellt den Antrag einer Verlegung sowohl der ordentlichen als auch der ausserordentlichen Kosten zu Lasten des Strafgerichts sowie den Eventualantrag auf unentgeltliche Verbeiständung für das vorliegende Beschwerdeverfahren. Er macht geltend, er verfüge nicht über ausreichend finanzielle Mittel, um für die Rechtsvertretung selbst aufzukommen und das Verfahren stelle ihn vor rechtliche Fragen, denen er als Laie nicht gewachsen sei (Beschwerde Ziff. 17).

Im Rahmen der Strafprozessordnung wird für die mittellose beschuldigte Person eine unentgeltliche Verteidigung im Sinne einer amtlichen Verteidigung nach Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO sichergestellt (Ruckstuhl, a.a.O., Art. 132 StPO N 2 und N 9 f.). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung handelt es sich dabei, anders als bei der privaten Verteidigung, um ein öffentlich-rechtliches Verhältnis zwischen Kanton und der amtlichen Verteidigung. Dementsprechend ist die amtliche Verteidigung bei einem vollständigen Obsiegen nicht zu entschädigen, weil die verteidigte Person zu Unrecht angeklagt worden ist, sondern weil er eines Verteidigers bedurfte. Im gegenteiligen Fall des Unterliegens ist sie nämlich ebenfalls zu entschädigen, obwohl ihr Mandant zu Recht angeklagt worden ist (BGer 6B\_183/2007 vom 5. September 2007 E. 3.2). Mit einem Freispruch oder einer Verfahrenseinstellung wandelt sich das öffentlich-rechtliche Verhältnis zwischen Staat und amtlicher Verteidigung nicht in ein Privatrechtsverhältnis zwischen Verteidigung und

Mandanten um. Ihre Entschädigung richtet sich allein nach Art. 135 StPO (BGE 139 IV 261 E. 2.2.2 S. 263). Dem entsprechend kann auch nicht mittels eines Eventualantrags lediglich für den Fall des Unterliegens auf eine amtliche Verteidigung gewechselt werden. Denn entweder liegen bei Gesuchstellung die Voraussetzungen für die Gewährung einer amtlichen Verteidigung vor und eine solche ist, unabhängig vom Verfahrensausgang, durch die Verfahrensleitung anzuordnen (vgl. Art. 132 Abs. 1 StPO), oder die betroffene Person hat sich durch eine Wahlverteidigung auf eigene Kosten verteidigen zu lassen. Da der Beschwerdeführer die unentgeltliche Verteidigung bzw. Anordnung einer amtlichen Verteidigung beantragt hat, richtet sich die Entschädigung der Verteidigung nach Art. 135 StPO. Die amtliche Verteidigung ist praxismässig zu einem Stundenansatz von CHF 200.■, einschliesslich Auslagen, zuzüglich 7,7 % MWST, zu entschädigen. Mangels Einreichung einer Honorarnote ist der diesbezügliche Aufwand der Verteidigung zu schätzen, wobei sechs Stunden für die Beschwerdeschrift als angemessen erscheinen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.