

Strafprozessordnung

Letzte Änderung: 27.02.2026

PDF erstellt am: 05.10.2026



ONLINEKOMMENTAR
DER FREI ZUGÄNLICHE
RECHTSKOMMENTAR

INHALTSVERZEICHNIS

Art. 68 StPO.....	5
Art. 91 StPO	39
Art. 366 StPO.....	59
Art. 367 StPO	81
Art. 368 StPO	89
Art. 369 StPO	99
Art. 370 StPO.....	107
Art. 371 StPO.....	111
Vorb. zu Art. 376-378 StPO	115
Art. 376 StPO	123
Art. 377 StPO	149
Art. 378 StPO	163

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 68 StPO

Eine Kommentierung von Flavia Bianchi / Caroline Schär

ZITIERVORSCHLAG

Flavia Bianchi/Caroline Schär, Kommentierung zu Art. 68 StPO, in: Sonja Koch (Hrsg.), Onlinekommentar zur Strafprozessordnung

Kurzzitat: OK-Bianchi/Schär, Art. 68 StPO N. XXX.

Art. 68 Übersetzungen

¹ Versteht eine am Verfahren beteiligte Person die Verfahrenssprache nicht oder kann sie sich darin nicht genügend ausdrücken, so zieht die Verfahrensleitung eine Übersetzerin oder einen Übersetzer bei. Sie kann in einfachen oder dringenden Fällen mit dem Einverständnis der betroffenen Person davon absehen, wenn sie und die protokollführende Person die fremde Sprache genügend beherrschen.

² Der beschuldigten Person wird, auch wenn sie verteidigt wird, in einer ihr verständlichen Sprache mindestens der wesentliche Inhalt der wichtigsten Verfahrenshandlungen mündlich oder schriftlich zur Kenntnis gebracht. Ein Anspruch auf vollständige Übersetzung aller Verfahrenshandlungen sowie der Akten besteht nicht.

³ Akten, die nicht Eingaben von Parteien sind, werden soweit erforderlich schriftlich oder zuhänden des Protokolls mündlich übersetzt.

⁴ Für die Übersetzung der Befragung des Opfers einer Straftat gegen die sexuelle Integrität ist eine Person gleichen Geschlechts beizuziehen, wenn das Opfer dies verlangt und wenn dies ohne ungebührliche Verzögerung des Verfahrens möglich ist.

⁵ Für Übersetzerinnen und Übersetzer gelten die Bestimmungen über Sachverständige (Art. 73, 105, 182–191) sinngemäss.

GLIEDERUNG

I. Systematik, Entstehungsgeschichte, Kodifizierung	8
II. Terminologie und Anwendungsfelder	10
III. Übersetzungsanspruch der am Verfahren beteiligten Personen (Abs. 1).....	11
A. Persönlicher und sachlicher Geltungsbereich	11
B. Zielsprache	11
C. Mandatierung und Prüfung des Übersetzungsbedarfs	12
D. Verzicht auf den Beizug einer Übersetzerin oder eines Übersetzers	14
1. Einfachheit und Dringlichkeit	14
2. Einverständnis.....	15
3. Sprachkenntnisse der Verfahrensleitung.....	15
4. Einschränkungen.....	16
IV. Übersetzungsanspruch der beschuldigten Person (Abs. 2).....	17
A. Umfang des Anspruchs	17
B. Übersetzungsanspruch im Strafbefehlsverfahren	18
V. Übersetzung der Akten (Abs. 3).....	20
A. Anwendungsbereich	20
B. Pflichten der Behörden	21
C. Pflichten der Parteien	21
VI. Anspruch des Opfers auf Übersetzung durch eine Person des gleichen Geschlechts (Abs. 4).....	23
A. Umfang der Schutzmassnahme	23
B. Antrag des Opfers.....	23
VII. Vorgaben betreffend Übersetzerinnen und Übersetzer (Abs. 5)	24
A. Rechte und Pflichten der Übersetzerinnen und Übersetzer	24
B. Anforderungen.....	25
C. Übersetzung durch Angehörige der Polizei	26
D. Anonymität der Übersetzerin oder des Übersetzers	26
VIII. Übersetzungskosten.....	27
IX. Rechtsmittel.....	29
X. Abgrenzungen	30
XI. Kasuistik	31
XII. Ausblick: Technische Hilfsmittel	33
Weiterführende Literatur	35
Literaturverzeichnis	35
Materialienverzeichnis.....	37

I. SYSTEMATIK, ENTSTEHUNGSGESCHICHTE, KODIFIZIERUNG

- 1 Der Anspruch auf Übersetzung im Strafverfahren ist untrennbar mit dem Prinzip der **Verfahrensfairness** verbunden.¹ Nur wenn die in ein Strafverfahren involvierte Person Kenntnis von den strafrechtlichen Vorwürfen sowie den Vorgängen im Strafverfahren hat, kann sie sich effektiv verteidigen² und eine aktive Rolle im Strafverfahren einnehmen. Dies setzt voraus, dass die beschuldigte Person in verständlicher Weise über die gegen sie erhobenen strafrechtlichen Vorwürfe sowie über den Inhalt und die Bedeutung von Verfahrenshandlungen informiert wird.
- 2 Der Anspruch auf Übersetzung ergibt sich zunächst aus dem **Konventions- und Verfassungsrecht**,³ wobei es sich hierbei um Minimalgarantien handelt.⁴ So garantiert Art. 5 Ziff. 2 EMRK,⁵ dass festgenommene Personen innert möglichst kurzer Frist in einer ihnen verständlichen Sprache über die Gründe für die Festnahme und die Beschuldigungen informiert werden. Weiter ergibt sich für die beschuldigte Person aus Art. 6 Ziff. 3 lit. a EMRK der Anspruch, innerhalb möglichst kurzer Frist in einer ihr verständlichen Sprache in allen Einzelheiten über die Art und den Grund der gegen sie erhobenen Beschuldigung unterrichtet zu werden. Art. 6 Ziff. 3 lit. e EMRK sichert zudem einen Anspruch der beschuldigten Person auf unentgeltliche Unterstützung durch einen Dolmetscher zu. Dieselben Vorgaben finden sich auch in Art. 14 Ziff. 3 lit. a und lit. f des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (IPBPR⁶). Ein Anspruch auf Übersetzung ergibt sich ferner aus Art. 32 Abs. 2 BV.⁷
- 3 Bereits die früheren kantonalen Strafprozessordnungen sahen einen Anspruch auf Übersetzung vor. Dieser Anspruch war in seinem Detaillierungsgrad unterschiedlich ausgestaltet; so enthielt die Strafprozessordnung des Kantons Zürich auch eine spezifische Regelung

1. Vgl. Botschaft, S. 1151.

2. Vgl. EMRK-Komm.-Meyer, Art. 6 EMRK N. 191.

3. Vgl. Botschaft, S. 1151; BGE 143 IV 117 E. 3.1.

4. Capus, S. 417.

5. SR 0.101.

6. SR 0.103.2; SK-Brüscheiler/Nadig/Schneebeli, Art. 68 StPO N. 4.

7. SGK-Vest, Art. 32 BV N. 28.

betreffend Zeuginnen und Zeugen sowie Taubstumme, während andere Strafprozessordnungen lediglich eine explizite Regelung in Bezug auf die beschuldigte Person enthielten.⁸ Seit dem Inkrafttreten der **Eidgenössischen Strafprozessordnung (StPO)** ist der Anspruch auf Übersetzung in Art. 68 im 8. Kapitel unter «Allgemeine Verfahrensregeln» verankert. Im selben Abschnitt finden sich auch Vorgaben zur Mündlichkeit des Verfahrens und zur Verfahrenssprache.

Der durch die StPO garantierte Anspruch geht über denjenigen des Konventions- und Verfassungsrechts hinaus. Er bezieht sich nicht nur auf die beschuldigte respektive die inhaftierte Person. Gestützt auf die Bestimmungen der StPO haben auch **weitere Verfahrensbeteiligte** wie etwa Zeuginnen und Zeugen sowie Auskunftspersonen⁹ einen Anspruch auf Übersetzung (unten III.A.).

Während sich Art. 68 StPO auf das kantonale und das durch die Strafbehörden des Bundes geführte Verfahren bezieht, richtet sich der Anspruch auf Übersetzung im **bundesgerichtlichen Verfahren** nach Art. 54 BGG.

Weitere Vorschriften betreffend Übersetzungen – insbesondere im Rahmen von internationalen Zustellungen – finden sich in **internationalen Übereinkommen** wie etwa in Art. 52 Ziff. 2 des Schengener Durchführungsübereinkommens vom 19. Juni 1990 (SDÜ), in Art. 28 Ziff. 2 des Abkommens vom 26. Oktober 2004 über die Zusammenarbeit zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits zur Bekämpfung von

8. § 139 der Strafprozessordnung des Kantons Zürich vom 4. Mai 1919 (StPO/ZH; LS 321 [ausser Kraft]): *Ist ein Zeuge der deutschen Sprache nicht kundig, so wird nötigenfalls ein Dolmetscher zugezogen, der die Richtigkeit des Protokolls unterschriftlich zu bestätigen hat.* (Abs. 1); *Die Einvernahme stummer oder tauber Personen geschieht schriftlich oder durch Vermittlung eines Sachverständigen.* (Abs. 3); *Ist der Angeschuldigte der deutschen Sprache nicht kundig oder ist er taub oder stumm, so wird nach § 139 verfahren* (§ 158); § 62 Abs. 1 lit. c des Gesetzes des Kantons Aargau vom 11. November 1958 über die Strafrechtspflege (StPO/AG; SAR 251.100 [ausser Kraft]); *Der Beschuldigte ist vor der ersten Einvernahme darauf hinzuweisen, dass er berechtigt ist, einen Verteidiger zu bestellen und wenn nötig einen amtlichen Verteidiger sowie einen Übersetzer verlangen kann*, Art. 87 Abs. 4 des Gesetzes des Kantons Graubünden vom 8. Juni 1958 über die Strafrechtspflege (StPO/GR; BR 350.000 [ausser Kraft]).

9. Vgl. Art. 105 Abs. 1 StPO.

Betrug und sonstigen rechtswidrigen Handlungen, die ihre finanziellen Interessen beeinträchtigen¹⁰ und in Art. 15 des Zweiten Zusatzprotokolls vom 8. November 2001 zum Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen (ZPII EUeR¹¹).

II. TERMINOLOGIE UND ANWENDUNGSFELDER

- 7 In Art. 68 StPO wird jeweils nur der Begriff **Übersetzung** verwendet. Unter Übersetzung wird im Allgemeinen das schriftliche Übersetzen verstanden.¹² Von Art. 68 StPO sind aber nicht nur schriftliche Übersetzungen umfasst, sondern auch die Verdolmetschung (mündliche Übersetzungen).¹³ In der vorliegenden Kommentierung wird der Begriff Übersetzung synonym für die schriftliche Übersetzung sowie die mündliche Verdolmetschung verwendet.
- 8 Ebenfalls von der Bestimmung umfasst ist die **Sprachmittlung** bei der Kommunikationsüberwachung.¹⁴ Gemeint ist damit, dass transkribierte Telefonanrufe und Textnachrichten oder durch andere (geheime) Überwachungsmassnahmen gewonnene Informationen und Gesprächsinhalte in die Verfahrenssprache übersetzt werden. In diesem Zusammenhang ist insbesondere Abs. 5 von Art. 68 StPO von Bedeutung, der grundsätzlich auch dann zu beachten ist, wenn Angehörige der Polizei die Übersetzung vornehmen (unten VII.C.).¹⁵
- 9 Übersetzungsbedarf im weiteren Sinne besteht auch bei **sprech- und hörbehinderten Personen** (vgl. hierzu auch Art. 143 Abs. 7 StPO, wonach sprech- und hörbehinderte Personen schriftlich oder unter Beizug einer geeigneten Person einvernommen werden).¹⁶ Bei entsprechenden Bedürfnissen ist eine Person beizuziehen, die die Gebärdensprache beherrscht.
- 10 Analoges gilt bei **Analphabetismus**. Dabei steht das Übersetzen respektive das Zur-Kennntnis-Bringen von Schriftstücken im Vordergrund, wobei bei

10. SR 0.351.926.81.

11. SR 0.351.12.

12. SHK-Traub, Art. 68 StPO N. 2.

13. Botschaft, S. 1152 Fn. 213; SHK-Traub, Art. 68 StPO N. 2.

14. SHK-Traub, Art. 68 StPO N. 2; vgl. hierzu auch BGE 131 I 272 E. 3.2.3.2; 129 I 85 E. 4.1; BGer 7B_792/2023 vom 16.12.2024 E. 3.2; 6B_682/2023 vom 18.10.2023 E. 1.1.

15. Capus, S. 411 f.; Perrier Depeursinge, S. 100.

16. Jositsch/Schmid, Praxiskommentar, Art. 68 StPO N. 6; SHK-Traub, Art. 68 StPO N. 9.

anwaltlich vertretenen Parteien zu erwarten ist, dass die Rechtsvertretung diese Aufgabe übernimmt. Ist die betroffene Person jedoch nicht anwaltlich vertreten, kann sich auch die Anordnung einer amtlichen Verteidigung aufdrängen.

III. ÜBERSETZUNGSANSPRUCH DER AM VERFAHREN BETEILIGTEN PERSONEN (ABS. 1)

A. Persönlicher und sachlicher Geltungsbereich

Der Anspruch auf Übersetzung steht nach dem Wortlaut des Gesetzes (Abs. 1) **11**
sämtlichen Verfahrensbeteiligten zu, nebst der beschuldigten Person somit auch Auskunftspersonen sowie Zeuginnen und Zeugen¹⁷ sowie den weiteren Verfahrensbeteiligten im Sinne von Art. 105 Abs. 1 StPO.

Keinen Anspruch auf Übersetzung haben **Rechtsbeistände** für sich selbst.¹⁸ **12**
Von den Anwältinnen und Anwälten wird nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ferner erwartet, dass sie die Amtssprachen Deutsch, Französisch und Italienisch verstehen.¹⁹

Bei Abs. 1 stehen **mündliche Verfahrenshandlungen**, d. h. Einvernahmen **13**
im Vordergrund.²⁰ Bei schriftlichen Eingaben fremdsprachiger Personen ist gegebenenfalls der Beizug eines amtlichen Verteidigers oder unentgeltlichen Rechtsvertreters zu prüfen.²¹

B. Zielsprache

Soweit möglich soll in die **Muttersprache** der betroffenen Person übersetzt **14**
werden, die der Verfahrenssprache nicht mächtig ist.²² Ein absoluter

17. SK-Brüscheiler/Nadig/Schneebeli, Art. 68 StPO N. 1.

18. Jositsch/Schmid, Praxiskommentar, Art. 68 StPO N. 4.

19. BGer 2C_736/2022 vom 19.12.2022 E. 3; 4A_27/2020 vom 25.7.2020 E. 10 mit Hinweisen; BSK-Urwyler/Stupf, Art. 68 StPO N. 8.

20. BGer 6B_1229/2021 vom 17.1.2022 E. 6.3.3; Jositsch/Schmid, Praxiskommentar, Art. 68 StPO N. 1.

21. Vgl. BGer 6B_207/2021 vom 31.5.2021 E. 5: «Allfälligen Defiziten/Schwierigkeiten eines Privatkäglers im Umgang mit der Verfahrenssprache im schriftlichen Verfahren kann, nach der Rechtsprechung, gegebenenfalls mit dem Beizug eines unentgeltlichen Rechtsbeistands nach Art. 136 StPO abgeholfen werden.»; dazu ausführlich Oberholzer, N. 666.

22. CR-Mahon/Jeaner, Art. 68 StPO N. 11.

Anspruch auf Übersetzung in die Muttersprache besteht allerdings nicht.²³ Art. 68 StPO garantiert lediglich einen Anspruch auf Übersetzung in eine für die betroffene Person verständliche Sprache (vgl. Wortlaut von Abs. 2). Dies bedeutet, dass auch eine Übersetzung in eine Drittsprache, die die betroffene Person versteht, möglich ist. Ob eine Übersetzung in eine Drittsprache genügt, dürfte im konkreten Fall u. a. davon abhängig sein, ob eine zeitliche Dringlichkeit besteht und letztlich, wie rasch eine geeignete Person für die Übersetzung aufgeboten werden kann.²⁴ Kann innert nützlicher Frist keine Übersetzung in die Muttersprache der betroffenen Person sichergestellt werden, wird in der Praxis in eine gängige Drittsprache wie das Englische oder das Französische übersetzt, selbst wenn die betroffene Person diese Sprache nicht perfekt beherrscht.²⁵ Dies ist nach der hier vertretenen Auffassung zulässig, sofern eine effektive Verständigung gewährleistet bleibt.

C. Mandatierung und Prüfung des Übersetzungsbedarfs

- 15 Der Anspruch auf Übersetzung besteht ab der ersten polizeilichen Einvernahme.²⁶ Zuständig für den Beizug einer Übersetzerin oder eines Übersetzers ist die jeweilige **Verfahrensleitung**, was sich direkt aus dem Gesetzeswortlaut ergibt. Somit ist im Vorverfahren grundsätzlich die Staatsanwaltschaft zuständig und anschliessend die gerichtliche Verfahrensleitung im Sinne von Art. 61 StPO.²⁷ Auch die Polizei ist im polizeilichen Ermittlungsverfahren befugt und verpflichtet, bei Bedarf eine Übersetzerin oder einen Übersetzer beizuziehen.²⁸ Der Verfahrensleitung obliegt es überdies, die beschuldigte Person zu Beginn des Verfahrens auf das Recht auf Übersetzung hinzuweisen (vgl. Art. 158 Abs. 1 lit. d StPO).
- 16 **Übersetzungsbedarf** besteht, wenn die am Verfahren beteiligte Person die Verfahrenssprache (vgl. Art. 67 StPO) nicht versteht oder sich darin nicht ausdrücken kann (Mangel an aktiven oder passiven Sprachkenntnissen).²⁹ Der

23. BSK-Urwyler/Stupf, Art. 68 StPO N. 8; Jositsch/Schmid, Praxiskommentar, Art. 68 StPO N. 2.

24. Vgl. hierzu CR-Mahon/Jeanerret, Art. 68 StPO N. 11.

25. Rhyner, VSKC-Handbuch, S. 95.

26. SK-Brüschweiler/Nadig/Schneebeli, Art. 68 StPO N. 4.

27. Vgl. CR-Mahon/Jeanerret, Art. 68 StPO N. 9.

28. Jositsch/Schmid, Praxiskommentar, Art. 68 StPO N. 3; CR-Mahon/Jeanerret, Art. 68 StPO N. 9; Rhyner, VSKC-Handbuch, S. 93 f.; Capus, S. 407; Boll, S. 261; vgl. BGE 1B_159/2022 vom 13.4.2022 E. 4.4.3.

29. Capus, S. 407.

Übersetzungsanspruch einer fremdsprachigen beschuldigten Person ist aufgrund ihrer effektiven Bedürfnisse und der konkreten Umstände zu bestimmen.³⁰ Als Kriterien können herangezogen werden: der Verfahrensgegenstand, die Komplexität des Verfahrens sowie die Art der Verfahrenshandlung.³¹ Beispielsweise wird ein fremdsprachiger Zeuge, der ausschliesslich eine Person zu identifizieren hat, trotz bescheidener Sprachkenntnisse auch ohne den Beizug einer Übersetzerin oder eines Übersetzers eine Aussage machen können.³² Die Verfahrensleitung prüft den Übersetzungsbedarf und zieht eine Übersetzerin oder einen Übersetzer von Amtes wegen bei. Der Beizug kann auch auf Antrag der betroffenen Person hin erfolgen.³³ Zudem trifft die am Verfahren beteiligte Person, die eine Übersetzung benötigt, respektive deren Rechtsvertretung, die Pflicht, frühzeitig einen bestehenden Übersetzungsbedarf zu signalisieren.³⁴ Am Verfahren beteiligte Personen sind gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zudem gehalten, sich aktiv über den Inhalt einer Verfügung zu erkundigen oder sich bei den Behörden zu melden, falls sie diese nicht verstehen, ansonsten sie treuwidrig handeln.³⁵

Es stellt sich die Frage, auf welche Weise die Verfahrensleitung die **Sprachkompetenzen** einer am Verfahren beteiligten Person zu prüfen hat. 17 In aller Regel dürfte bereits aufgrund der Antworten, die die einzuvernehmende Person gibt, ohne Weiteres erkennbar sein, ob diese über hinreichende Sprachkenntnisse verfügt. Dabei ist der Verfahrensleitung ein Ermessen zuzugestehen, welches sie pflichtgemäss auszuüben hat. Hinreichende Sprachkenntnisse dürfen allerdings nicht leichthin angenommen werden. Zwar kann sich ein Sachverhalt in tatsächlicher Hinsicht als wenig komplex präsentieren. Im Zweifelsfall soll jedoch eine Übersetzerin oder ein Übersetzer hinzugezogen werden, zumal in der

30. BGE 145 IV 197 E. 1.3.3; 143 IV 117 E. 3.1; BGer 7B_256/2024 vom 17.2.2024 E. 4.3.1.

31. Jositsch/Schmid, Praxiskommentar, Art. 68 StPO N. 5; vgl. Staffler, S. 37 zu den vom EGMR eingeführten Beurteilungskriterien des «complexity test» und der persönlichen Umstände.

32. BSK-Urwyler/Stupf, Art. 68 StPO N. 3.

33. SK-Brüschweiler/Nadig/Schneebeli, Art. 68 StPO N. 1; vgl. Capus, S. 408.

34. BGE 145 IV 197 E. 1.3.3; Perrier Depeursinge, S. 98 f.; vgl. CR-Mahon/Jeannerat, Art. 68 StPO N. 17; BSK-Urwyler/Stupf, Art. 68 StPO N. 8.

35. BGE 145 IV 197 E. 1.3.3; BGer 6B_824/2022 vom 8.6.2023 E. 2.5, bei dem die beschuldigte Person nach Erhalt eines Strafbefehls passiv blieb, was sie sich entgegenhalten lassen musste. Gegenbeispiel: BGer 6B_667/2017; 6B_668/2017 vom 15.12.2017 E. 5.4; vgl. auch Perrier Depeursinge, S. 98 f.

Urteilsfindung jedes Wort entscheidend ist und begriffliche Abgrenzungen in der Jurisprudenz im Allgemeinen von zentraler Bedeutung sind. Liegt eine Selbsteinschätzung der betroffenen Person vor, ist diese mit einer gewissen Zurückhaltung zu berücksichtigen.³⁶ Es gilt dabei zu bedenken, dass ein Strafverfahren für die Beteiligten mit erheblichem Stress verbunden ist³⁷ und allfällige Angaben zur Sprachkompetenz durch weitere Überlegungen im Zusammenhang mit der Stellung im Verfahren geprägt sein können.³⁸ So wird beispielsweise bei der Prüfung der sprachlichen Integration im Hinblick auf eine allfällige Landesverweisung unter Umständen auf Angaben der beschuldigten Person zu ihrem Bedarf an einer Übersetzung abgestellt.

D. Verzicht auf den Beizug einer Übersetzerin oder eines Übersetzers

- 18 Gemäss Abs. 1 kann ausnahmsweise auf den Beizug einer Übersetzerin oder eines Übersetzers verzichtet werden. Vorausgesetzt ist **kumulativ**, dass es sich um einen einfachen oder dringenden Fall handelt, das Einverständnis der betroffenen Person vorliegt und sowohl die Verfahrensleitung als auch die protokollführende Person die fremde Sprache ausreichend beherrschen.³⁹

1. Einfachheit und Dringlichkeit

- 19 Wann ein **einfacher Fall** vorliegt, beurteilt sich nach den Umständen des Einzelfalls. In der Botschaft wird die Befragung eines fremdsprachigen Zeugen in einem Übertretungsstrafverfahren genannt.⁴⁰ Die Deliktsart ist aber nicht (allein) ausschlaggebend.⁴¹ Zu berücksichtigen sind auch hier die Komplexität des Falles sowie der Verfahrenshandlung in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht.⁴² Ein einfacher Fall liegt in der Regel vor, wenn das Strafbefehlsverfahren zur Anwendung gelangt und der Sachverhalt, beispielsweise aufgrund eines Geständnisses, liquid ist.⁴³

36. Vgl. Capus, S. 410.

37. BSK-Urwyler/Stupf, Art. 68 StPO N. 3.

38. Vgl. Capus, S. 410 (Fn. 38).

39. SK-Brüschweiler/Nadig/Schneebeli, Art. 68 StPO N. 3.

40. Botschaft, S. 1151.

41. CR-Mahon/Jeannerat, Art. 68 StPO N. 13.

42. CR-Mahon/Jeannerat, Art. 68 StPO N. 13.

43. Rhyner, VSKC-Handbuch, S. 94 f.

Dringlichkeit wird angenommen, wenn das Verfahren durch den Beizug 20 einer Übersetzerin oder eines Übersetzers derart verzögert würde, dass dessen Durchführung an sich gefährdet wäre.⁴⁴ Denkbar ist etwa, dass ein Zeuge einzuvernehmen ist, dessen unmittelbare Ausreise oder Ausschaffung ins Ausland bevorsteht und die Zeit für den Beizug einer Übersetzerin oder eines Übersetzers nicht mehr ausreicht.⁴⁵ Am häufigsten zur Anwendung gelangen dürfte die Ausnahmeregelung in der Praxis bei vorläufigen Festnahmen.⁴⁶

2. Einverständnis

Das **Einverständnis** in Bezug auf den Verzicht auf eine Übersetzung muss bei 21 der Person eingeholt werden, die nach Abs. 1 Satz 1 Anspruch auf eine Übersetzung⁴⁷ bzw. die zwingend an der Verfahrenshandlung teilzunehmen hat. Gemeint sind somit nicht weitere Personen, die an der Verfahrenshandlung beispielsweise gestützt auf Art. 147 StPO teilnehmen.⁴⁸

Der Verzicht auf den Beizug einer Übersetzerin oder eines Übersetzers kann 22 nur dann gültig erfolgen, wenn die betroffene Person vorgängig über die wesentlichen Punkte des Verfahrens, mithin über den strafrechtlichen Vorwurf, im Strafbefehlsverfahren über die Folgen einer unterbliebenen Anfechtung des Strafbefehls, sowie über das Recht auf den Beizug einer unabhängigen Übersetzerin oder eines Übersetzers **aufgeklärt** wurde.⁴⁹

3. Sprachkenntnisse der Verfahrensleitung

Die dritte Voraussetzung verlangt, dass sowohl die Verfahrensleitung als auch 23 die protokollführende Person die **Fremdsprache beherrschen**. Wörtlich genommen bedeutet dies, dass beim Verzicht auf den Beizug einer Übersetzerin oder eines Übersetzers nebst der Verfahrensleitung stets auch eine protokollführende Person anwesend sein muss.⁵⁰ Nach der hier

44. CR-Mahon/Jeannerat, Art. 68 StPO N. 13; Rhyner, VSKC-Handbuch, S. 95; BGer 1B_564/2022 vom 14.2.2023 E. 3.2.

45. Jositsch/Schmid, Praxiskommentar, Art. 68 StPO N. 7.

46. SK-Weder, Art. 219 StPO; BGer 1B_159/2022 vom 13.4.2022 E. 4.4.3.

47. Jositsch/Schmid, Praxiskommentar, Art. 68 StPO N. 8.

48. Jositsch/Schmid, Praxiskommentar, Art. 68 StPO N. 8.

49. Vgl. BSK-Urwyler/Stupf, Art. 68 StPO N. 7; BGer 6B_657/2022 vom 20.9.2023 E. 1.5, wobei in diesem Fall nicht von einem gültigen Verzicht der beschuldigten Person ausgegangen werden durfte.

vertretenen Ansicht genügt es in Fällen, in denen die Verfahrensleitung das Protokoll selbst verfasst, dass diese die Fremdsprache beherrscht.⁵¹ Das Protokoll selbst ist grundsätzlich in der Verfahrenssprache zu verfassen.⁵² Wesentliche Aussagen sind jedoch wörtlich und somit in der Sprache, in der die einzuvernehmende Person ausgesagt hat, zu protokollieren (vgl. Art. 78 Abs. 2 StPO).⁵³

4. Einschränkungen

- 24 Von der Ausnahmeregelung ist mit **Zurückhaltung** Gebrauch zu machen.⁵⁴ Sie ist auf einzelne Verfahrensschritte bzw. Verfahrenshandlungen zu beschränken. Im Zweifelsfall ist eine Übersetzung sicherzustellen.⁵⁵
- 25 Problematisch ist der Verzicht auf den Beizug einer Übersetzerin oder eines Übersetzers in Fällen, in denen **Angehörige des Gerichts** die Übersetzung vornehmen. In diesen Fällen kommt der übersetzenden Person eine Doppelrolle zu, was mit Blick darauf, dass bei Übersetzerinnen und Übersetzern die Ausstandsregelung von Art. 56 lit. b StPO zu beachten ist, zu problematischen Konstellationen führen kann.⁵⁶ In der Rechtsprechung wurde diese Thematik bisher kaum erörtert. Dies dürfte darauf zurückzuführen sein, dass sich die Frage in der Praxis kaum gestellt hat. Lediglich das Kantonsgericht St. Gallen hat in einem Entscheid vom 24. August 2017 darauf hingewiesen, dass die Doppelrolle Richter/Übersetzer problematisch sein könne (vgl. dazu auch VII.C.).⁵⁷

50. Capus, S. 410.

51. Vgl. auch Capus, S. 410.

52. Capus, S. 410.

53. Oberholzer, N. 664.

54. Botschaft, S. 1151; BGer 6B_657/2022 vom 20.9.23 E. 1.3.4.

55. SK-Brüschweiler/Nadig/Schneebeli, Art. 68 StPO N. 3.

56. Capus, S. 411 f.; keine Problematik sehen darin Jositsch/Schmid, Praxiskommentar, Art. 68 StPO N. 14.

57. Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen ST.2016.33 vom 24. August 2017 E. 4e.

IV. ÜBERSETZUNGSANSPRUCH DER BESCHULDIGTEN PERSON (ABS. 2)

A. Umfang des Anspruchs

Der Anspruch auf Übersetzung der **beschuldigten Person** ist weitergehend 26 als derjenige der übrigen Verfahrensbeteiligten. Abs. 2 enthält deshalb konkretere Vorgaben zugunsten der beschuldigten Person. Sie hat zunächst Anspruch darauf, dass ihr umgehend in einer ihr verständlichen Sprache mindestens der wesentliche Inhalt der wichtigsten Verfahrenshandlungen mündlich oder schriftlich zur Kenntnis gebracht wird. Im Kern zielt die Bestimmung darauf ab, dass die beschuldigte Person über die erhobenen Deliktswürfe informiert wird.⁵⁸ Dazu gehört auch, dass eine einfache und "nichttechnische" Information erfolgt.⁵⁹ Die beschuldigte Person ist zu Beginn der ersten Einvernahme in einer ihr verständlichen Sprache darauf hinzuweisen, dass sie eine Übersetzerin oder einen Übersetzer verlangen kann (Art. 158 Abs. 1 lit. d StPO), ansonsten die Unverwertbarkeit der Einvernahme droht (Art. 158 Abs. 2 StPO).

Zu übersetzen sind gemäss Abs. 2 die **wichtigsten Verfahrenshandlungen**. 27 Der Anspruch bezieht sich, anders als derjenige nach Abs. 1, nicht primär auf mündliche Verfahrenshandlungen. Es besteht aber dennoch kein Anspruch auf Übersetzung sämtlicher Verfahrenshandlungen und der gesamten Akten.⁶⁰ Gemäss Botschaft dient als Richtschnur zur Beurteilung des Übersetzungsanspruchs der Grundsatz der Verfahrensfairness.⁶¹ Zu übersetzen sind diejenigen Verfahrensvorgänge, auf deren Verständnis die beschuldigte Person angewiesen ist, um ein faires Verfahren⁶² und eine wirksame Verteidigung zu gewährleisten. Hierzu zählen die entscheidenden Zeugenaussagen, der wesentliche Inhalt von Gutachten und anderen erheblichen Beweismitteln, die Anklage, die Parteivorträge mit den Hauptanträgen sowie der Wortlaut des Entscheid-Dispositivs und wesentliche Teile einer Entscheidungsbegründung.⁶³ Es besteht ausserdem ein Anspruch auf

58. Botschaft, S. 1151.

59. EMRK-Komm.-Elberling, Art. 5 EMRK N. 97; EGMR *H.B. gegen die Schweiz*, Nr. 26899/95, 5.7.2001, N. 47.

60. Botschaft, S. 1151.

61. Botschaft, S. 1151.

62. Botschaft, S. 1151.

Übersetzung der Instruktionsgespräche mit der Verteidigung,⁶⁴ zumal eine wirksame Verteidigung ohne Instruktionsgespräche zwischen der Partei und ihrer Rechtsvertretung kaum denkbar ist.⁶⁵

- 28 Bei der Bestimmung des Umfangs des Übersetzungsanspruchs kann auch eine Rolle spielen, ob die beschuldigte Person anwaltlich vertreten ist oder nicht.⁶⁶ Allfällige **Fremdsprachenkenntnisse der Verteidigung** vermögen eine fehlende Übersetzung im Grundsatz zwar nicht zu ersetzen.⁶⁷ Allerdings kann der Umfang der Übersetzung in solchen Fällen geringer sein.⁶⁸ So wurde in der Botschaft festgehalten, dass die anwaltlich vertretene beschuldigte Person keinen Anspruch auf Übersetzung des gesamten Urteils hat.⁶⁹

B. Übersetzungsanspruch im Strafbefehlsverfahren

- 29 Besonderes Gewicht kommt dem Anspruch auf Übersetzung im **Strafbefehlsverfahren** zu. Damit die beschuldigte Person entscheiden kann, ob sie den Strafbefehl und die damit einhergehenden, teilweise weitreichenden Konsequenzen akzeptieren will, ist es unabdingbar, dass sie den Inhalt des Strafbefehls versteht.⁷⁰ Im Strafbefehlsverfahren besteht deshalb gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ein Anspruch auf Übersetzung des Entscheid-Dispositivs sowie der Rechtsmittelbelehrung.⁷¹ Allerdings scheint es fraglich, ob dem Anspruch auf Übersetzung Genüge getan ist, wenn lediglich das Dispositiv und die Rechtsmittelbelehrung übersetzt werden. Nach der hier vertretenen Auffassung erstreckt sich der Übersetzungsanspruch auch auf weitere Elemente des Strafbefehls wie etwa

63. Botschaft, S. 1151.

64. Jositsch/Schmid, Praxiskommentar, Art. 68 StPO N. 4; CR-Mahon/Jeannerat, Art. 68 StPO N. 14; beide betreffend amtliche Verteidigung und unentgeltlicher Rechtsvertretung; Siehe dazu VIII. (Übersetzungskosten).

65. SK-Brüschweiler/Nadig/Schneebeli, Art. 68 StPO N. 6; vgl. auch Oberholzer, N. 673.

66. Jositsch/Schmid, Praxiskommentar, Art. 68 StPO N. 10; Knüsel, Rz. 22; BGer 7B_256/2024 vom 17.2.2024 E. 4.7.1; 1B_173/2022 vom 19.5.2022 E. 2.3; 1B_334/2021 vom 7.4.2022 E. 2.6.

67. CR-Mahon/Jeannerat, Art. 68 StPO N. 17.

68. Jositsch/Schmid, Praxiskommentar, Art. 68 StPO N. 10.

69. Botschaft, S. 1151.

70. BSK-Urwyler/Stupf, Art. 68 StPO N. 7; BSK-Daphinoff, Art. 353 StPO N. 62; vgl. Donatsch, Strafbefehl, S. 326 ff.

71. BGE 145 IV 197 E. 1.3.3.

die Kernelemente des Sachverhalts.⁷² Zudem sind auch die wesentlichen Elemente der Entscheidungsbegründung zu übersetzen (vgl. oben IV.A.).

In der **Praxis** kann eine Übersetzung entweder in schriftlicher Form 30
zugestellt werden oder die betroffene Person kann zur mündlichen Eröffnung
vorgeladen werden.⁷³ Hingegen wird dem Anspruch von Art. 68 Abs. 2 StPO
nicht Genüge getan, wenn der beschuldigten Person lediglich ein
Informationsblatt mit allgemeinen Informationen zum Straf(befehls)verfahren
ausgehändigt wird, das einen Hinweis auf eine Übersetzungshilfe enthält.⁷⁴
Hinsichtlich der mündlichen Übersetzung hat das Bundesgericht ausserdem
konkretisiert, dass eine mündliche Übersetzung bei der Aushändigung des
Strafbefehls unter dem gleichzeitigen Hinwirken auf einen
Einspracheverzicht gegen den Grundsatz der Verfahrensfairness verstosse.⁷⁵
Der beschuldigten Person werde damit die Möglichkeit genommen, von der
zehntägigen Bedenkfrist Gebrauch zu machen, die Konsequenzen des
Strafbefehls nach dessen Eröffnung in Ruhe zu analysieren, allenfalls einen
Anwalt beizuziehen und aus freien Stücken auf eine Einsprache zu verzichten.
⁷⁶ Die Beweislast für die ordnungsgemässe Eröffnung und Übersetzung tragen
die Strafverfolgungsbehörden.⁷⁷ Die fehlende Übersetzung eines Strafbefehls
stellt keinen Nichtigkeitsgrund dar.⁷⁸

Wurde die Rechtsmittelbelehrung **zu Unrecht nicht übersetzt**, gelangt 31
dieselbe Rechtsprechung zur Anwendung wie bei mangelhaft eröffneten
Entscheiden.⁷⁹ Den Parteien dürfen keine Nachteile aus der fehlenden
Übersetzung erwachsen.⁸⁰ Die Rechtsmittelfrist darf mithin nicht verkürzt
werden.⁸¹ Die genannte Rechtsprechung muss ebenso bei einer
unterbliebenen Übersetzung des Entscheid-Dispositivs gelten.⁸² Vorausgesetzt

72. Hierzu auch BSK-Daphinoff, Art. 353 StPO N. 63.

73. Vgl. Thommen/Eschle/Kuratle/Walser/Zimmermann, S. 460.

74. BGer 6B_611/2020 vom 19.4.2021 E. 1.5; 6B_1294/2019 vom 8.5.2020 E. 1.3.1.

75. BGer 6B_657/2022 vom 20.9.2023 E. 1.4.

76. BGer 6B_657/2022 vom 20.9.2023 E. 1.4.

77. BGer 6B_657/2022 vom 20.9.2023 E. 1.5.

78. BGE 145 IV 197 E. 1.3.3; BGer 6B_667/2017, 6B_668/2017 vom 15.12.2017 E. 3.

79. BGer 6B_1294/2019 vom 8.5.2020 E. 1.3.

80. BGer 6B_1294/2019 vom 8.5.2020 E. 1.3.

81. BGer 6B_964/2013 vom 6.2.2015 E. 3.3.2.

82. Vgl. BGer 6B_1294/2019 vom 8.5.2020 E. 1.3.

ist allerdings, dass sich die betroffene Person auf den Vertrauensschutz berufen kann und sich keine prozessuale Unsorgfalt vorwerfen lassen muss.⁸³

V. ÜBERSETZUNG DER AKTEN (ABS. 3)

A. Anwendungsbereich

- 32 Art. 68 Abs. 3 StPO regelt den Anspruch auf Übersetzung der Akten. Art. 68 Abs. 3 StPO übernimmt die Unterteilung nach Art. 100 Abs. 1 lit. a–c StPO betreffend den Inhalt des Aktendossiers. Der Begriff der Akten nach Art. 68 Abs. 3 StPO nimmt Bezug auf die **Verfahrens- und Einvernahmeprotokolle sowie die von der Strafbehörde zusammengetragenen Akten** (vgl. Art. 100 Abs. 1 lit. a und b StPO), wovon die von den Parteien eingereichten Akten (vgl. Art. 100 Abs. 1 lit. c StPO) abzugrenzen sind. Als zu übersetzende Akten fallen zudem Auskünfte ausländischer Behörden⁸⁴ oder weiterer Behörden⁸⁵ in Betracht.
- 33 Hinsichtlich des in Art. 68 Abs. 3 StPO verwendeten **Parteibegriffs** ist grundsätzlich auf Art. 104 Abs. 1 lit. a–c StPO abzustellen. Demnach sind die beschuldigte Person, die Privatklägerschaft und im Haupt- und Rechtsmittelverfahren die Staatsanwaltschaft vom Parteibegriff erfasst. E contrario lässt sich daraus ableiten, dass Akten, die Eingaben anderer Verfahrensbeteiligter sind – d. h. der geschädigten Person, Zeugen, Auskunftspersonen, Anzeigerstatter oder anderen durch Verfahrenshandlungen betroffene Personen⁸⁶ – nach Massgabe von Art. 68 Abs. 2 und 3 StPO, soweit erforderlich, zu übersetzen sind.
- 34 Der Anspruch auf Übersetzung der Akten gilt bereits im **Ermittlungsverfahren**, in dem der beschuldigten Person diejenigen Schriftstücke zu übersetzen sind, auf deren Verständnis sie angewiesen ist.⁸⁷ Dies betrifft insbesondere Akten und Aussagen, die der beschuldigten Person bei einer Einvernahme vorgelegt werden sowie Schriftstücke, die die

83. BGer 6B_1294/2019 vom 8.5.2020 E. 1.3.

84. SK-Brüschweiler/Nadig/Schneebeli, Art. 68 StPO N. 7.

85. CR-Mahon/Jeannerat, Art. 68 StPO N. 19.

86. Vgl. Art. 105 Abs. 1 StPO.

87. Rhyner, VSKC-Handbuch, S. 95.

betroffene Person zu unterzeichnen hat, wie z. B. Hausdurchsuchungs- und Sicherstellungsprotokolle.⁸⁸

B. Pflichten der Behörden

Die Pflicht zur Übersetzung der Akten wird durch den in Art. 68 Abs. 2 StPO 35 statuierten Grundsatz, wonach **kein Anspruch auf vollständige Übersetzung aller Verfahrenshandlungen und Akten** besteht, begrenzt. Dieser Einschränkung wird mit der in Art. 68 Abs. 3 StPO verwendeten Formulierung "soweit erforderlich" Rechnung getragen. Die Grenzen liegen, wie bereits dargelegt, im Grundsatz der Verfahrensfairness (oben, I.).

Eine Übersetzung ist insbesondere dann **nicht erforderlich**, wenn ein 36 Aktenstück in einer Sprache verfasst ist, die sowohl von den Parteien als auch von der Verfahrensleitung verstanden wird.⁸⁹

Fraglich ist, inwiefern die beschuldigte Person die **Übersetzung von 37 Schriftstücken** beantragen kann, die in einer Sprache vorliegen, die sie, nicht aber das Gericht versteht. Das Bundesgericht hat sich dazu nicht abschliessend dazu geäussert. In einem Fall, in dem der Beschwerdeführer beanstandete, die in seiner Muttersprache vorliegenden Akten seien nicht in die Verfahrenssprache (Französisch) übersetzt worden, wies es darauf hin, dass kein Anspruch auf vollständige Übersetzung aller Verfahrenshandlungen und Akten bestehe.⁹⁰ Ein entsprechender Antrag ist auf die im Sinne von Art. 68 Abs. 3 StPO erforderlichen Schriftstücke zu beschränken. Unter Umständen kann sich eine entsprechende Übersetzung nach Massgabe des Untersuchungsgrundsatzes aufdrängen.

C. Pflichten der Parteien

Aus Art. 68 Abs. 3 StPO ergibt sich e contrario, dass es grundsätzlich **Aufgabe 38 der Parteien** ist, die von ihnen eingereichten Akten in die Verfahrenssprache zu übersetzen.⁹¹ Im Vorentwurf zur Schweizerischen Strafprozessordnung

88. Rhyner, VSKC-Handbuch, S. 95 f.

89. SK-Brüscheweiler/Nadig/Schneebeli, Art. 68 StPO N. 7; BSK-Urwyler/Stupf, Art. 68 StPO N. 8; Jositsch/Schmid, Praxiskommentar, Art. 68 StPO Rz. 12; CR-Mahon/Jeanerath, Art. 67 StPO N. 23 (Fn. 45).

90. Vgl. BGer 6B_688/2014 vom 22.12.2017 E. 6.1.2.

91. Jositsch/Schmid, Handbuch, N. 554; Jositsch/Schmid, Praxiskommentar, Art. 68 StPO N. 12.

vom Juni 2001 (VE-StPO) war eine entsprechende Regelung noch ausdrücklich vorgesehen (vgl. Art. 73 Abs. 2 VE-StPO).

- 39 Erfolgt eine Eingabe von einer Partei in einer Fremdsprache, obliegt es grundsätzlich nicht der Behörde, die Übersetzung selbst vorzunehmen und es genügt eine **Fristansetzung zur Übersetzung**.⁹² Um überspitzten Formalismus zu verhindern, muss die Strafbehörde bei einer innert Frist eingereichten Eingabe, die nicht in der Verfahrenssprache verfasst ist, eine zusätzliche Frist für die Übersetzung gewähren, soweit sie sich mit dem Dokument nicht begnügt oder dieses selbst übersetzen lässt.⁹³ Im Falle einer Rückweisung zur Nachbesserung bzw. Übersetzung ergeben sich die Anforderungen aus Art. 110 Abs. 4 StPO. Nach dieser Bestimmung ist die betroffene Partei insbesondere darauf hinzuweisen, dass die Eingabe unbeachtet bleibt, sofern diese nicht innert der angesetzten Frist überarbeitet wird.⁹⁴
- 40 Die **Grenzen** der den Parteien obliegenden Pflicht zur Übersetzung können sich aus dem Untersuchungsgrundsatz sowie dem Recht auf eine wirksame Verteidigung ergeben. Wie bereits ausgeführt, hat die Behörde die Übersetzung grundsätzlich nicht selbst vorzunehmen.⁹⁵ Eine entsprechende Pflicht der Behörden kann sich jedoch aus dem Recht auf eine wirksame Verteidigung ergeben, wie das Bundesgericht in Bezug auf eine Beschwerdeschrift im kantonalen Verfahren eines der Verfahrenssprache nicht mächtigen Beschwerdeführers, der nicht über die erforderlichen Mittel für die Übersetzung seiner Beschwerdeschrift verfügte, festgehalten hat.⁹⁶ Ferner kann es der Untersuchungsgrundsatz gebieten, von den Parteien nicht übersetzte Beweismittel zu berücksichtigen, sofern diese für den Ausgang des Verfahrens relevant erscheinen.⁹⁷

92. Vgl. BGE 106 Ia 299 E. 2b/cc; BGer 1B_425/2012 vom 4.10.2012 E. 5.4; CR-Mahon/Jeannerat, Art. 67 StPO N. 23.

93. BGE 143 IV 117 E. 2; 106 Ia 299 E. 2b/cc; 102 Ia 35 E. 1.

94. SK-Brüschweiler/Nadig/Schneebeli Art. 67 StPO N. 2; BSK-Urwyler/Stupf, Art. 67 StPO N. 12.

95. Vgl. BGE 106 Ia 299 E. 2b/cc; BGer 1B_425/2012 vom 4.10.2012 E. 5.4; CR-Mahon/Jeannerat, Art. 67 StPO N. 23.

96. BGer 6B_587/2013 vom 22.12.2014 E. 5.2.

97. CR-Mahon/Jeannerat, Art. 67 StPO N. 23 (Fn. 45); vgl. BGer 6B_814/2019 vom 18.9.2019 E. 1.2, wobei sich eine abschliessende Beurteilung erübrigte.

VI. ANSPRUCH DES OPFERS AUF ÜBERSETZUNG DURCH EINE PERSON DES GLEICHEN GESCHLECHTS (ABS. 4)

A. Umfang der Schutzmassnahme

Art. 68 Abs. 4 StPO gehört zu den vorgesehenen Schutzmassnahmen für 41 Opfer von Straftaten gegen die sexuelle Integrität (für weitere entsprechende Schutzmassnahmen siehe Art. 153 [Besondere Massnahmen zum Schutz von Opfern], Art. 169 Abs. 4 [Zeugnisverweigerungsrecht zum eigenen Schutz oder zum Schutz nahe stehender Personen] und Art. 335 Abs. 4 StPO [Zusammensetzung des Gerichts]). Der Anspruch auf Beizug einer Person des gleichen Geschlechts gilt nach dem Wortlaut von Art. 68 Abs. 4 StPO nicht absolut, sondern steht, anders als beispielsweise Art. 153 StPO, unter dem **Vorbehalt der ungebührlichen Verfahrensverzögerung**. Eine solche Ausnahme soll nur mit Zurückhaltung angenommen werden.⁹⁸ Von einer ungebührlichen Verfahrensverzögerung ist insbesondere auszugehen, wenn die Opferbefragung sachlich wichtig und zeitlich dringlich ist und die Übersetzung durch eine gleichgeschlechtliche Person nicht innert vernünftiger Frist erfolgen kann. In der Lehre wird unter Berufung auf Art. 144 StPO vorgeschlagen, je nach Umständen sei eine Übersetzerin bzw. ein Übersetzer via Videokonferenz zuzuschalten, um den Anspruch zu gewährleisten.⁹⁹

B. Antrag des Opfers

In prozessualer Hinsicht ist zu beachten, dass der Wortlaut der Bestimmung 42 den Anspruch von einem **Antrag des Opfers** abhängig macht. Dies setzt voraus, dass das Opfer Kenntnis davon hat, dass es einen entsprechenden Antrag stellen kann. Hinsichtlich der Informationsrechte des Opfers sieht Art. 305 Abs. 1 StPO vor, dass die Polizei und die Staatsanwaltschaft das Opfer bei der jeweils ersten Einvernahme umfassend über seine Rechte und Pflichten im Strafverfahren informieren. Aus organisatorischen Gründen erscheint in Bezug auf den Anspruch des Opfers auf Übersetzung durch eine Person des gleichen Geschlechts eine vorgängige Information als angezeigt, wenn die

98. CR-Mahon/Jeannerat, Art. 68 StPO N. 22.

99. SK-Brüschweiler/Nadig/Schneebeli, Art. 68 StPO N. 8; CR-Mahon/Jeannerat, Art. 68 StPO N. 22.

Verfahrensleitung nicht von sich aus eine Person des gleichen Geschlechts zur Übersetzung beizieht. Empfohlen wird, dass die Verfahrensleitung bei der Opferbefragung von sich aus eine Person gleichen Geschlechts zur Übersetzung beizieht, wenn diese zur Verfügung steht.¹⁰⁰

- 43 Hinsichtlich der **Frist**, innert der ein Antrag gestellt werden muss, gelten in den Kantonen unterschiedliche Praxen¹⁰¹, wobei eine Verwirkung des Anspruchs lediglich unter dem Vorbehalt einer rechtsmissbräuchlichen Vorgehensweise bzw. einer ungebührlichen Verfahrensverzögerung stehen dürfte.

VII. VORGABEN BETREFFEND ÜBERSETZERINNEN UND ÜBERSETZER (ABS. 5)

A. Rechte und Pflichten der Übersetzerinnen und Übersetzer

- 44 Als Verfahrensbeteiligte kommen den Übersetzerinnen und Übersetzern die in Art. 105 ff. StPO genannten Rechte zu und sie unterstehen denselben Verantwortlichkeits- und Strafbestimmungen wie **Sachverständige**.¹⁰² Durch den Verweis auf die Bestimmungen über Sachverständige werden den Übersetzerinnen und Übersetzern die entsprechenden Geheimhaltungspflichten (Art. 73 StPO) auferlegt.
- 45 Insbesondere ist die übersetzende Person auf die Straffolgen für falsche Übersetzung (Art. 184 Abs. 2 lit. f StPO i.V.m. Art. 307 StGB) und die Geheimhaltungspflicht (Art. 184 Abs. 2 lit. e StPO i.V.m. Art. 320 StGB) hinzuweisen.¹⁰³ Wenn den Straftaten nicht zu entnehmen ist, wer übersetzte Abhörprotokolle aus Telefonüberwachungen wie produziert hat und ob die übersetzenden Personen auf die Straffolgen von Art. 307 StGB hingewiesen wurden, dürfen sie nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht zu Lasten der beschuldigten Person verwertet werden.¹⁰⁴ **Instruktion und Arbeitsteilung** müssen nachvollziehbar sein.¹⁰⁵ Genügt das übersetzte

100. Vgl. SHK-Traub, Art. 68 OHG N. 7.

101. Vgl. Merkblatt für Opfer von Straftaten, Kantonspolizei, des Kantons Thurgau, wonach der Antrag so früh wie möglich zu stellen sei; Merkblatt für Opfer von Straftaten der Staatsanwaltschaft des Kantons Freiburg, wonach der Antrag fünf Tage vor Einvernahmetermin zu stellen sei.

102. SK-Brüschweiler/Nadig/Schneebeli, Art. 68 StPO N. 9.

103. Capus, S. 416.

Abhörprotokoll diesen Anforderungen nicht, kann es vom Gericht neu erhoben werden, bspw. indem die massgebenden Gespräche an der Gerichtsverhandlung angehört und unmittelbar übersetzt werden.¹⁰⁶

B. Anforderungen

Hinsichtlich der Anforderungen, die an die Übersetzerinnen und Übersetzer zu stellen sind, regelt die StPO in allgemeiner Weise in Art. 183 StPO, dass diese die **erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten** besitzen müssen. 46

Grundsätzlich sind keine Abschlüsse, Diplome oder andere Bestätigungen betreffend das Fachwissen erforderlich, um Übersetzerin oder Übersetzer in Frage zu kommen.¹⁰⁷ Es werden aber nicht nur **sehr gute Kenntnisse der Ausgangs- und Zielsprache** verlangt, sondern auch Sozial- und insbesondere Kulturkompetenzen, welche die Interpretation der Aussage der einvernommenen Person und damit die Protokollierung beeinflussen.¹⁰⁸ Die Übersetzerin oder der Übersetzer muss fähig sein, die Aussagen mit inhaltlicher Genauigkeit zu übersetzen sowie Redewendungen und Anspielungen im kulturellen Kontext zu verstehen, um den Sinngehalt der Aussagen getreu wiederzugeben. 47

Es ist den Kantonen im Rahmen ihrer Zuständigkeit zur Gerichtsorganisation überlassen, die an die Übersetzerinnen und Übersetzer zu stellenden Anforderungen zu konkretisieren. Die **kantonalen Regelungen** sind sehr unterschiedlich ausgestaltet.¹⁰⁹ In einigen Kantonen gibt es Dolmetscherverzeichnisse für Polizei, Staatsanwaltschaft und Justiz, die eine Qualitätskontrolle zulassen¹¹⁰ und es werden Kurse angeboten, die im Rahmen eines Zulassungsverfahrens absolviert werden können.¹¹¹ Eine ausführliche Regelung zur Erbringung von Sprachdienstleistungen im Auftrag 48

104. BGE 129 I 85 E. 4.1 ff.; BGer 7B_792/2023 vom 16.12.2024 E. 3.2; 6B_149/2022 vom 25.8.2022 E. 5.4.3; 6B_403/2018 vom 14.1.2019 E. 3.3 mit Hinweisen.

105. BGer 6B_403/2018 vom 14.1.2019 E. 3.7.

106. BGE 129 I 85 E. 4.1–4.3; BGer 6B_376/2018 vom 25.9.2018 E. 5.2; 6B_1368/2017 vom 14.6.2018 E. 2.3.

107. SK-Donatsch, Art. 183 StPO N. 3; zum Anforderungsprofil bei der Übersetzung der Kommunikationsüberwachung Huber/Schibli/Hsu-Gürber, Rz. 21–28.

108. BSK-Urwyler/Stupf, Art. 68 StPO N. 10; Bernard, S. 36.

109. Ausführlich Huber/Schibli/Hsu-Gürber, Rz. 31 f.

110. Capus, S. 415.

111. Ausführlich Huber/Schibli/Hsu-Gürber, Rz. 35–38.

von kantonalen Gerichts- und Verwaltungsbehörden, insbesondere ein Akkreditierungsverfahren zur Qualitätssicherung, sieht der Kanton Zürich vor.¹¹²

- 49 Für Übersetzerinnen und Übersetzer gelten die **Ausstandsgründe** nach Art. 56 StPO.¹¹³ Übersetzerinnen und Übersetzer müssen ausserdem über die erforderliche Unabhängigkeit verfügen und neutral sein.¹¹⁴

C. Übersetzung durch Angehörige der Polizei

- 50 Das Bundesgericht hat sich mehrfach mit der Frage befasst, ob Angehörige der Polizei als Übersetzerinnen oder Übersetzer tätig sein können. Ein Beizug von Angehörigen der Polizei, die nicht selbst mit dem Fall befasst sind, als Übersetzerinnen oder Übersetzer von Abhörprotokollen, ist nicht grundsätzlich untersagt, soweit die **erforderliche Unabhängigkeit** gewahrt ist.¹¹⁵ Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann das einvernehmende Polizeipersonal (ebenso wie die einvernehmende Staatsanwaltschaft), nicht gleichzeitig als Übersetzerin bzw. Übersetzer tätig sein, wenn es am Verfahren bereits in anderer Funktion beteiligt gewesen ist. Eine Abweichung davon ist nur unter den Voraussetzungen von Art. 68 Abs. 1 Satz 2 StPO zulässig.¹¹⁶ Hinsichtlich der Belehrung hat das Bundesgericht festgehalten, dass beim Beizug von Polizeipersonal zu Übersetzungszwecken aufgrund von dessen Ausbildung und Tätigkeit, insbesondere infolge der Zusammenarbeit mit Gerichtsdolmetschenden, davon ausgegangen werden kann, dass es über die Straffolgen nach Art. 307 StGB informiert ist.¹¹⁷

D. Anonymität der Übersetzerin oder des Übersetzers

- 51 Besteht Grund zur Annahme, dass die Übersetzungsperson durch ihre Mitwirkung im Verfahren sich selbst oder eine ihr nahestehende Person einer

112. Sprachdienstleistungsverordnung des Kantons Zürich vom 19. Dezember 2018 / 7. Januar 2019 [SDV/ZH; LS 211.17]; Richtlinien zur Konkretisierung des Akkreditierungsverfahrens für den Bereich Dolmetschen des Obergerichts des Kantons Zürich vom 23. November 2022.

113. Art. 68 Abs. 5 i.V.m. Art. 183 Abs. 3 StPO.

114. Jositsch/Schmid, Praxiskommentar, Art. 68 StPO N. 14; CR-Moreillon/Parein-Reymond, Art. 68 StPO N. 10; BGer 6B_657/2022 vom 20.9.2023 E. 1.3.4.

115. Vgl. BGer 6B_657/2022 vom 20.9.2023 E. 1.3.4; 6B_403/2018 vom 14.1.2019 E. 3.6; 6B_376/2018 vom 25.9.2018 E. 5.5.

116. BGer 6B_657/2022 vom 20.9.2023 E. 1.3.4.

117. BGer 6B_403/2018 vom 14.1.2019 E. 3.6; 6B_376/2018, 6B_680/2018 vom 25.9.2018 E. 5.5.

erheblichen Gefahr für Leib und Leben oder einem anderen schweren Nachteil aussetzen könnte, trifft die Verfahrensleitung gemäss Art. 149 Abs. 1 StPO geeignete Schutzmassnahmen. Als solche ist in Art. 149 Abs. 2 lit. a StPO insbesondere die **Zusicherung der Anonymität** vorgesehen.¹¹⁸

Die Zusicherung der Anonymität ist durch das **Zwangsmassnahmengericht** zu genehmigen.¹¹⁹ 52

Den Anforderungen von Art. 149 Abs. 1 StPO nicht zu genügen vermag ein pauschaler Verweis auf den Kulturkreis und das Umfeld der organisierten Kriminalität, um ernst zu nehmende Anzeichen einer konkreten Gefährdung der Übersetzerin oder des Übersetzers nachzuweisen.¹²⁰ Erforderlich sind Anhaltspunkte, aus denen sich **konkrete Hinweise auf eine entsprechende Gefährdung** ergeben.¹²¹ 53

Das Bundesgericht hat festgehalten, dass die Anonymität des ursprünglichen Übersetzers es nicht rechtfertigen würde, die Transkriptionen aus der Verfahrensakte zu entfernen, da die aufgezeichneten Gespräche in einer **kontradiktorischen Verhandlung** in Anwesenheit der Parteien erneut übersetzt wurden.¹²² 54

VIII. ÜBERSETZUNGSKOSTEN

Die Übersetzungskosten sind Teil der **Verfahrenskosten** (Art. 422 Abs. 2 lit. b StPO). Verfahrenskosten, die aufgrund der Fremdsprachigkeit der beschuldigten Person selbst entstanden sind, können dieser nicht auferlegt werden (Art. 426 Abs. 3 lit. b StPO). Dieser Anspruch ergibt sich bereits aus Art. 6 Ziff. 3 lit. e EMRK.¹²³ Der beschuldigten Person dürfen somit auch bei einem Schuldspruch und selbst wenn sie in sehr guten finanziellen Verhältnissen lebt, keine Übersetzungskosten auferlegt werden.¹²⁴ Den übrigen Verfahrensparteien können die Übersetzungskosten demgegenüber grundsätzlich auferlegt werden.¹²⁵ Die Privatklägerschaft kann die 55

118. Vgl. Perrier Depeursinge, S. 99.

119. Art. 150 Abs. 2 StPO; vgl. BGE 138 IV 178 E. 3.1; 6B_71/2016 vom 5. April 2017 E. 2.3; 6B_946/2015 vom 13.9.2016 E. 1.4.

120. BGer 7B_792/2023 vom 16. Dezember 2024 E. 3.5.6.2 f.

121. BGer 7B_792/2023 vom 16. Dezember 2024 E. 3.5.6.2 f.

122. BGer 6B_946/2015 vom 13.9.2016 E. 1.6.

123. Botschaft, S. 1327.

124. BSK-Domeisen, Art. 426 StPO N. 16 f.; Capus, S. 418.

unentgeltliche Rechtspflege beantragen, die auch die Befreiung von den Verfahrenskosten und somit von den Übersetzungskosten beinhaltet (Art. 136 Abs. 2 lit. b StPO i.V.m. Art. 422 Abs. 2 lit. b StPO).

- 56 Das Bundesgericht hat festgehalten, dass in Bezug auf Schriftstücke, die nicht wegen der beschuldigten Person übersetzt werden, sondern weil Strafverfolgungsbehörde und Gericht auf eine Übersetzung angewiesen sind, nicht die **konventionsrechtliche Garantie** (Art. 6 Ziff. 3 lit. e EMRK) betroffen ist.¹²⁶ Die Übersetzungskosten sind in diesem Fall grundsätzlich von der verurteilten Person zu tragen.¹²⁷ Die dargelegte bundesgerichtliche Rechtsprechung wurde mit den Bestimmungen von Art. 422 Abs. 2 lit. b und Art. 426 Abs. 3 lit. b StPO kodifiziert.
- 57 Im Zusammenhang mit dem Anspruch auf Übersetzung der **Instruktionsgespräche** mit der Verteidigung¹²⁸ stellt sich die Frage nach der Kostentragung. Die Verteidigung hat für Instruktionsgespräche selbst eine Übersetzerin oder einen Übersetzer beizuziehen und ein Gesuch um Kostengutsprache zu stellen.¹²⁹ Die Kostengutsprache wird von den konkreten Umständen abhängig sein, insbesondere der Schwere und Komplexität der Sache, der Möglichkeit des Beizugs einer die Fremdsprache beherrschenden Verteidigung und der Frage, ob die Verfahrensfairness ohne Beizug einer Übersetzerin oder eines Übersetzers gewährleistet ist. ¹³⁰ Zieht die (frei gewählte) Verteidigung selbst eine Übersetzerin oder einen Übersetzer für Klientengespräche bei, geht sie grundsätzlich ein Kostenrisiko ein. ¹³¹

125. Botschaft, S. 1327.

126. BGE 133 IV 324 E. 5.1.

127. BGE 133 IV 324 E. 5.2.

128. Jositsch/Schmid, Praxiskommentar, Art. 68 StPO N. 4; CR-Mahon/Jeannerat, Art. 68 StPO N. 14; SK-Brüscheiler/Nadig/Schneebeli, Art. 68 StPO N. 6; vgl. auch Oberholzer, N. 673; oben, IV.A.

129. BSK-Urwylter/Stupf, Art. 68 StPO N. 8; Jositsch/Schmid, Praxiskommentar, Art. 68 StPO N. 4 betreffend amtliche Verteidigung und unentgeltliche Rechtsvertretung.

130. CR-Mahon/Jeannerat, Art. 68 StPO N. 14, die diesbezüglich zwischen amtlicher Verteidigung oder unentgeltlicher Rechtsvertretung und Wahlverteidigung unterscheiden.

131. Vgl. Capus, S. 418 f.; vgl. zu dieser Problematik auch Boll, S. 265 ff.; vgl. BGer 6B_1201/2023 vom 19.5.2025 E. 2.3.3; kritisch hinsichtlich der Frage, wer die Mandatierung vornehmen soll und darf: Capus, S. 414.

Die Übersetzerin oder der Übersetzer hat Anspruch auf eine **angemessene** 58
Entschädigung, wobei diesbezüglich auf Art. 190 StPO verwiesen werden
 kann.¹³²

IX. RECHTSMITTEL

Lehnt die Verfahrensleitung die von einer am Verfahren beteiligten Person 59
 beantragte Übersetzung ab, stellt dies eine verfahrensleitende Verfügung im
 Sinne von Art. 65 StPO dar.¹³³ Die Ablehnung eines Antrags auf Übersetzung
 ist mittels strafprozessualer **Beschwerde** (Art. 393 Abs. 1 lit. a StPO)
 anfechtbar.¹³⁴ Wird der Entscheid von einem Gericht gefällt, kann er als
 verfahrensleitende Anordnung i.S.v. Art. 65 StPO grundsätzlich erst mit dem
 Sachentscheid angefochten werden, ausser der betroffenen Person erwächst
 daraus ein nicht wieder gutzumachender Nachteil.¹³⁵ Mit Beschwerde
 anfechtbar ist ferner die Ablehnung des Antrags auf Beizug einer Übersetzung
 durch eine Person des gleichen Geschlechts bei Opfern von Straftaten gegen
 die sexuelle Integrität.¹³⁶ Die strafprozessuale Beschwerde steht zudem der
 Übersetzerin oder dem Übersetzer offen, um sich gegen die Kürzung der
 Entschädigung zur Wehr setzen.¹³⁷ Gegen den Entscheid der
 Beschwerdeinstanz steht die Beschwerde in Strafsachen (Art. 78 ff. BGG) an
 das Bundesgericht offen, wobei dieses bei der Anfechtung von
 Zwischenentscheiden die Geltendmachung eines nicht wieder
 gutzumachenden Nachteils verlangt (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG).

Die Verweigerung einer Übersetzung stellt eine **formelle** 60
Rechtsverweigerung dar, was zur Folge hat, dass beispielsweise die
 Privatklägerschaft trotz fehlender Zivilansprüche in diesem Punkt zur
 Beschwerde in Strafsachen vor Bundesgericht legitimiert ist (Star-Praxis).¹³⁸
 Im Verfahren vor Bundesgericht ist ferner zu beachten, dass es sich bei der
 Feststellung, über welches Sprachniveau eine Person verfügt, um eine

132. SK-Brüschweiler/Nadig/Schneebeli, Art. 68 StPO N. 10.

133. SK-Brüschweiler/Nadig/Schneebeli, Art. 68 StPO N. 2.

134. Capus, S. 407; SK-Brüschweiler/Nadig/Schneebeli, Art. 68 StPO N. 2.

135. SK-Brüschweiler/Nadig/Schneebeli, Art. 68 StPO N. 2.

136. Art. 393 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 StPO; SHK-Traub, Art. 68 StPO N. 12.

137. ZR 111/2012, S. 120 f.

138. Vgl. BGer 6B_207/2021 vom 31.5.2021 E. 5.

Tatfrage handelt, die das Bundesgericht lediglich mit eingeschränkter Kognition überprüft (Art. 97 Abs. 1 BGG).¹³⁹

X. ABGRENZUNGEN

- 61 Der Anspruch auf Übersetzung ist von jenem auf **unentgeltliche Vertretung und notwendige bzw. amtliche Verteidigung** abzugrenzen. Die genannten Ansprüche sind nicht identisch, können sich jedoch überschneiden.
- 62 Gemäss Art. 130 lit. c StPO muss die beschuldigte Person verteidigt werden, wenn sie wegen ihres körperlichen oder geistigen Zustands oder aus anderen Gründen ihre Verfahrensinteressen nicht ausreichend wahren kann und die gesetzliche Vertretung dazu nicht in der Lage ist (**notwendige Verteidigung**). In Kombination mit weiteren Gründen können gemäss Bundesgericht auch fehlende Sprachkenntnisse einen Anspruch auf notwendige Verteidigung begründen.¹⁴⁰ Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann für die Privatklägerschaft bei sprachlichen Schwierigkeiten in schriftlichen Verfahren ein unentgeltlicher Rechtsbeistand im Sinne von Art. 136 StPO bestellt werden, jedenfalls, sofern die Zivilklage und bei Opfern die Strafklage nicht aussichtslos ist.¹⁴¹
- 63 Nachdem der Übersetzungsbedarf auch davon abhängen kann, ob eine Person anwaltlich vertreten ist (oben, IV.A.),¹⁴² zeigt sich, dass eine klare **Trennung zwischen Übersetzungsarbeit und Rechtsvertretung**, wie sie teilweise verlangt wird,¹⁴³ nicht in jedem Fall möglich, aber auch nicht erforderlich ist. Auch hier gilt, dass die Bedürfnisse der betroffenen Personen sehr individuell und einzelfallabhängig sind und die Frage, ob eine Übersetzung oder eine unentgeltliche Vertretung anzuordnen ist, mit dem nötigen Augenmass und unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verfahrensfairness entschieden werden muss.

139. BGer 6B_611/2020 vom 19.4.2021 E. 1.4.2 (Willkür bejaht); 6B_390/2020 vom 23.7.2020 E. 1.4.

140. BGE 145 IV 197 E. 1.3.4.

141. Art. 136 Abs. 1 StPO; BGer 6B_207/2021 vom 31.5.2021 E. 5.

142. Jositsch/Schmid, Praxiskommentar, Art. 68 StPO N. 10; Knüsel, Rz. 22; BGer 7B_256/2024 vom 17.2.2024 E. 4.7.1; 1B_173/2022 vom 19.5.2022 E. 2.3; 1B_334/2021 vom 7.4.2022 E. 2.6.

143. Vgl. Capus, S. 419.

XI. KASUISTIK

Kein Anspruch auf personelle Identität der Übersetzerin bzw. des Übersetzers: 64

Das Bundesgericht stellte im Urteil 1B_404/2012 vom 4. Dezember 2012 klar, dass "gewichtige sachliche Gründe" dagegensprechen würden, dieselbe Übersetzerin bzw. denselben Übersetzer für die vertraulichen Instruktionsgespräche zwischen der Verteidigung und der beschuldigten Person sowie für förmliche Einvernahmen einzusetzen. Unter den gewichtigen Gründen sind das Verteidigergeheimnis, das Gebot der prozessualen Wahrheitsfindung und die Vermeidung von Interessenkollisionen zu verstehen. Es besteht somit kein Anspruch auf personelle Identität zwischen dem amtlichen Übersetzer und der Übersetzerin von Instruktionsgesprächen.¹⁴⁴ Aus dem genannten Entscheid geht auch hervor, dass es an der Verteidigung liegt, für die Verständigung mit der Klientschaft bei Instruktionsgesprächen eine Übersetzerin oder einen Übersetzer aufzubieten, wobei sie vom Gericht eine Liste geeigneter Übersetzerinnen und Übersetzer erhältlich machen kann.¹⁴⁵

Übersetzungsanspruch bei einer Hausdurchsuchung: 65

Mit Urteil 1B_564/2022 und 1B_569/2022 vom 14. Februar 2023 (E. 3.3) hatte das Bundesgericht – in einem Verfahren, dessen Verfahrenssprache Französisch war – zu beurteilen, ob die Bundesanwaltschaft bei einer Hausdurchsuchung in den Räumlichkeiten einer Gesellschaft, die sie in Anwesenheit eines französischsprachigen Verwaltungsrats sowie des englischsprachigen Geschäftsführers durchführte, eine Übersetzerin oder einen Übersetzer hätte beiziehen müssen. Das Bundesgericht berücksichtigte, dass der französischsprachige Verwaltungsrat während der Hausdurchsuchung anwesend war, vom Hausdurchsuchungsbefehl und insbesondere der Belehrung Kenntnis genommen und diese dem Geschäftsführer übersetzt sowie erklärt hatte. Es verwies ferner darauf, dass keine Übersetzung verlangt worden sei und kam zum Schluss, dass sich der fremdsprachige Geschäftsführer unter diesen Umständen nicht darauf berufen könne, dass eine Übersetzerin oder ein Übersetzer hätte beigezogen werden müssen.

144. Jositsch/Schmid, Praxiskommentar, Art. 68 StPO N. 4; BSK-Urwyler/Stupf, Art. 68 StPO N. 8.

145. Kritisch hinsichtlich der Frage, wer die Mandatierung vornehmen soll und darf: Capus, S. 414.

66 Zeitpunkt der Übersetzung von Einvernahmen:

Im Urteil 6B_1079/2022 vom 8. Februar 2023 wurde der Anspruch auf Übersetzung als nicht verletzt erachtet, obwohl bei der Befragung von Verfahrensbeteiligten dem Beschuldigten keine unmittelbare Übersetzung gewährt wurde. Erst im Nachhinein wurden die Einvernahmen übersetzt und der Beschuldigte konnte mithilfe eines Übersetzers Ergänzungsfragen stellen. Dieses Vorgehen könne gegenüber einer Simultanübersetzung mit unmittelbar an die Befragung der Verfahrensleitung anschliessendem Fragerecht der Partei auch für die beschuldigte Person mit Vorteilen verbunden sein, da sie sich auf die protokollierten, relevanten Aussagen konzentrieren könne, mehr Zeit für die Vorbereitung und Besprechung ihrer Ergänzungsfragen mit ihrer Verteidigung erhalte und eine Simultanübersetzung während der Befragung der einvernommenen Person durch die Verfahrensleitung mit Verständigungsproblemen verbunden sein könne.

67 Übersetzung durch Angehörige bei Begutachtungen:

Eine Übersetzung kann namentlich auch für die Durchführung einer psychiatrischen Begutachtung erforderlich sein. In diesem Zusammenhang hat sich das Bundesgericht – allerdings betreffend eine IV-Begutachtung – mit der Frage auseinandergesetzt, ob auch Angehörige der zu begutachtenden Person für die Übersetzung beigezogen werden können. Es hat dies zu Recht verneint und darauf hingewiesen, dass die Übersetzung durch Angehörige aufgrund von Parteinahme und fehlender Distanz problematisch sei.¹⁴⁶ So würden Angehörige nicht Gewähr für eine neutrale, vollständige und wahrheitsgemässe Übersetzung bieten. Sodann würden Angehörige auch nicht die für die Begutachtung erforderliche sprachliche Übersetzungsqualität gewährleisten. Diese Überlegungen müssen auch im Strafverfahren gelten. Eine Übersetzung durch Angehörige ist daher bei einer psychiatrischen Begutachtung, aber auch bei anderen Verfahrenshandlungen, nicht zulässig.

68 Anspruch auf Übersetzung der Anklageschrift:

Die Anklage ist der beschuldigten Person nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in der Regel schriftlich zu übersetzen¹⁴⁷, wobei sich der

146. BGE 140 V 260; vgl. hierzu auch Oberholzer, N. 665.

147. BGE 118 Ia 462 E. 2a; BGer 7B_256/2024 vom 17.2.2024 E. 4.3.2; 6B_936/2019 vom 20.5.2020 E. 8.4.1; 6B_722/2011 vom 12.11.2012 E. 2.4.

Anspruch nur auf jene Anklagepunkte erstreckt, in denen Vorwürfe gegen die fremdsprachige beschuldigte Person erhoben werden.¹⁴⁸ Das Bundesgericht hat eine Verletzung des Übersetzungs- und Gehörsanspruchs in einem auf Deutsch geführten Verfahren bei einem französischsprachigen Beschuldigten verneint, dem die (weitgehend) deckungsgleichen Anklageentwürfe übersetzt worden waren und der aufgrund der konkreten Umstände (insbesondere der ausführlichen Schlusseinvernahmen, seiner persönlichen Umstände, seiner beiden deutschsprachigen Verteidiger sowie der ausführlichen Rechtsschriften und Plädoyers vor dem erstinstanzlichen Gericht) in der Lage gewesen sei, den wesentlichen Inhalt der Anklageschrift zu verstehen und sich gegen die strafrechtlichen Vorwürfe wirksam zu verteidigen.¹⁴⁹

Zeitpunkt der Übersetzung eines mündlich eröffneten Urteils:

69

Dem Urteil 6B_719/2011 vom 12. November 2012 lag ein Fall zugrunde, bei dem eine Person verurteilt und das Urteil mündlich eröffnet, aber nicht sogleich (mündlich) übersetzt wurde. Die verurteilte Person wurde im Anschluss an die Verhandlung durch die Polizei abgeführt, bevor sie sich mit ihrer Verteidigung nochmals besprechen konnte. Die verurteilte Person erhielt erst vom Inhalt des Urteils Kenntnis, als sie sich bereits wieder in der Strafanstalt befand. Das Bundesgericht erachtete in diesem Fall den Anspruch auf Übersetzung als verletzt. Es wurde jedoch als genügend beurteilt, die Verletzung des Anspruchs auf Übersetzung in den schriftlichen Erwägungen des Urteils festzuhalten. Daraus ist abzuleiten, dass die beschuldigte Person im Grundsatz einen Anspruch auf mündliche Übersetzung des Urteils-Dispositivs sowie einer Kurzbegründung anlässlich der mündlichen Eröffnung hat.¹⁵⁰

XII. AUSBLICK: TECHNISCHE HILFSMITTEL

Die Justiz und Strafverfolgung müssen sich angesichts des technischen 70 Fortschritts mit der Frage auseinandersetzen, ob Übersetzungsdienstleistungen künftig mittels **technischer Hilfsmittel sowie künstlicher Intelligenz bzw. KI-basierten Anwendungen** erbracht werden können. Denkbar ist ein Einsatz solcher Systeme sowohl bei

148. BGer 7B_256/2024 vom 17.2.2024 E. 4.5.2.

149. BGer 7B_256/2024 vom 17.2.2024 E. 4.9.

150. Bei schriftlicher Eröffnung des Entscheids, siehe IV.A.

Einvernahmen und mündlichen Verfahrenshandlungen wie auch bei der Übersetzung von Schriftstücken.

- 71 Nicht von der Hand zu weisen ist, dass sich die Kosten mit den zunehmenden Angeboten an KI-basierten Anwendungen reduzieren und insgesamt die **Effizienz des Verfahrens** gesteigert werden dürfte.¹⁵¹ Hingegen besteht das Risiko, dass andere positive Aspekte einer Übersetzung durch eine Übersetzerin oder einen Übersetzer zumindest teilweise verloren gehen. Eine Übersetzerin oder ein Übersetzer kann bei Missverständnissen und Unklarheiten unmittelbar auf solche hinweisen und nachfragen. Wesentlich ist zudem, dass Übersetzerinnen und Übersetzer auch "kulturelle Vermittler" sind, die sprachliche Nuancen im kulturellen Kontext erfassen und vermitteln können.¹⁵² Es ist unklar, inwieweit die künstliche Intelligenz bereits in der Lage ist, Dialekte, Akzente oder den besonderen Sprachgebrauch korrekt zu übersetzen. Angesichts der rasanten Entwicklung ist jedoch davon auszugehen, dass die technische Machbarkeit künftig kein Hindernis mehr darstellen wird. Schliesslich bestehen aber auch datenschutzrechtliche Bedenken sowie Fragen zur Wahrung des Amtsgeheimnisses, das bei KI-Anwendungen zu gewährleisten ist.
- 72 Der Einsatz KI-basierter Systeme bei mündlichen Übersetzungen ist mit weiteren Unsicherheiten verbunden. Insbesondere stellt sich die Frage nach der Vorgehensweise, d. h. ob eine vorgängige Transkription in der Fremdsprache oder eine unmittelbare Direktübersetzung vorgenommen wird und wie sich dies auf die Überprüfbarkeit auswirkt. Bei der Übersetzung von Schriftstücken durch KI-basierte Systeme dürften regionale und kulturelle Besonderheiten in der Regel weniger eine Rolle spielen und bestehende Übersetzungsprogramme können diese Aufgabe bereits gut bewältigen. Um den Anforderungen an ein faires Verfahren zu genügen, ist es in jedem Fall unerlässlich, dass die Kontrolle einer KI-generierten Übersetzung durch eine Übersetzerin oder einen Übersetzer vorgenommen wird (**Prinzip des Human-in-the-Loop [HITL]**). Die genannten Anwendungen dürfen höchstens unterstützend eingesetzt werden, etwa zur Vorübersetzung von Schriftstücken. Schliesslich ist der Beizug KI-basierter Systeme von einer Übersetzerin oder einem Übersetzer stets offenzulegen.

151. Staffler, S. 46.

152. BGE 140 V 260 E. 3.2.4; Bernard, S. 36.

WEITERFÜHRENDE LITERATUR

Capus Nadja/Bally Elodie, Interceptor avec des interprètes, *Revue pénale Suisse*, RPS 138/2020, S. 345-365.

Guisan Alexandre, La renonciation écrite du prévenu à faire opposition à l'ordonnance pénale, Arrêt TF 6B_657/2022 du 20 septembre 2023, Crimen.ch, 22.11.2023.

LITERATURVERZEICHNIS

Bernard Stephan, Übersetzung als Fehlerquelle im Strafverfahren, *Anwaltsrevue* 2014, S. 35–39.

Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (ZR) 111/2012, Nr. 42, S. 120–126 (zit. ZR 111/2012).

Boll Damian, "Verteidigung der ersten Stunde" gemäss schweizerischer StPO, Der Anspruch auf Verteidigerbeistand bei der ersten Beschuldigteneinvernahme, Zürich 2020, S. 162–285.

Brüscheiler Daniela/Nadig Reto/Schneebeli Rebecca, Kommentierung zu Art. 68 StPO, in: Donatsch Andreas/Lieber Viktor/Summers Sarah/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO*, 3. Aufl., Zürich 2020 (zit. SK-Brüscheiler/Nadig/Schneebeli, Art. 68 StPO).

Capus Nadja, Das Recht auf Verdolmetschung in der Strafjustiz, *ZStrR* 133/2015, S. 399–419.

Daphinoff Michael, Kommentierung zu Art. 353 StPO, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), *Basler Kommentar zur Strafprozessordnung*, 3. Aufl., Basel 2023 (zit. BSK-Daphinoff, Art. 353 StPO).

Domeisen Thomas, Kommentierung zu Art. 426 StPO, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), *Basler Kommentar zur Strafprozessordnung*, 3. Aufl., Basel 2023 (zit. BSK-Domeisen, Art. 426 StPO).

Donatsch Andreas, Kommentierung zu Art. 183 StPO, in: Donatsch Andreas/Lieber Viktor/Summers Sarah/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO*, 3. Aufl., Zürich 2020 (zit. SK-Donatsch, Art. 183 StPO).

Donatsch Andreas, Der Strafbefehl sowie ähnliche Verfahrenserledigungen mit Einsprachemöglichkeit insbesondere aus dem Gesichtswinkel von Art. 6 EMRK, ZStrR 112/1994, S. 317–349 (zit. Donatsch, Strafbefehl).

Elberling Björn, Kommentierung zu Art. 5 EMRK, in: Karpenstein Ulrich/Mayer Franz (Hrsg.), EMRK, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Kommentar, 3. Aufl., München 2022 (zit. EMRK-Komm.-Elberling).

Huber Tanja/Schibli Robert/Hsu-Gürber Annina, Sprachdienstleistungen in juristischen Verfahren, Zwischen Dolmetschen, Übersetzen und Sprachmittlung bei Kommunikationsüberwachung – Differenzierung zwischen den Bereichen «Dolmetschen», «Übersetzen» und «Sprachmittlung bei Kommunikationsüberwachung» in juristischen Verfahren und deren Auswirkungen auf Anforderungen, Ausbildung und Akkreditierung von Sprachdienstleistenden, Richterzeitung 2023/1.

Jositsch Daniel/Schmid Niklaus, Praxiskommentar zur schweizerischen Strafprozessordnung, 4. Aufl. Zürich 2023 (zit. Jositsch/Schmid, Praxiskommentar).

Jositsch Daniel/Schmid Niklaus, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 4. Aufl. 2023 (zit. Jositsch/Schmid, Handbuch).

Knüsel Martin, Dolmetschen vor Gericht, Richterzeitung 2011/1.

Mahon Pascal/Jeannerat Eloi, Kommentierung zu Art. 68 StPO, in: Yvan Jeanneret/Kuhn André/rhyne Depeursinge Camille (Hrsg.), Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, 2. Aufl., Basel 2019 (zit. CR-Mahon/Jeannerat).

Meyer Frank, Kommentierung zu Art. 6 EMRK, in: Karpenstein Ulrich/Mayer Franz (Hrsg.), EMRK, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Kommentar, 3. Aufl., München 2022 (zit. EMRK-Komm.-Meyer).

Moreillon/Parein-Reymond, Kommentierung zu Art. 68. StPO, in: Yvan Jeanneret/Kuhn André/Perrier Depeursinge Camille (Hrsg.), Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, 2. Aufl., Basel 2019 (zit. CR-Moreillon/Parein-Reymond).

Oberholzer Niklaus, Grundzüge des Strafprozessrechts, 4. Aufl., Bern 2020.

Perrier Depeursinge Camille, CPP annoté, 2. Aufl., Basel 2020.

Rhyner Beat, in: Albertini Gianfranco/Fehr Bruno/Voser Beat, Polizeiliche Ermittlung, Ein Handbuch der Vereinigung der Schweizerischen Kriminalpolizeichefs zum polizeilichen Ermittlungsverfahren gemäss der Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2008 (zit. VSKC-Handbuch).

Staffler Lukas, Das Recht auf Sprachunterstützung im Strafverfahren nach Art. 6 Abs. 3 lit e EMRK, ZStrR 138/2020 S. 21–48.

Thommen Marc/Eschle David/Kuratle Selma/Walser Simone/Zimmermann Fabienne, Übersetzung von Strafbefehlen – "Wo chiemte mer hi?", sui generis 2020, S. 453–461.

Traub Andreas, Kommentierung zu Art. 68 StPO, in: Gomm Peter/Zehntner Dominik (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Opferhilferecht, 4. Aufl., Bern 2020 (zit. SHK-Traub, Art. 68 StPO).

Urwyler Adrian/Stupf Martin, Kommentierung zu Art. 68 StPO, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar zur Strafprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2023 (zit. BSK-Urwyler/Stupf).

Vest Hans, Kommentierung zu Art. 32 BV in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen/Genf 2023 (zit.: SGK-Vest, Art. 32 BV).

Weder Ulrich, Kommentierung zu Art. 219 StPO, in: Donatsch Andreas/Lieber Viktor/Summers Sarah/Wohlens Wolfgang (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO, 3. Aufl., Zürich 2020 (zit. SK-Weder, Art. 219 StPO).

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21.12.2005, BBl 2006 1085 ff.

Bundesamt für Justiz, Vorentwurf zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung, Juni 2001, <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/75309.pdf>, besucht am 15.12.2025 (VE-StPO).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 91 StPO

Eine Kommentierung von Simon Betschmann / Florian
Niessner / Simone Steiner

ZITIERVORSCHLAG

Simon Betschmann/Florian Niessner/Simone Steiner, Kommentierung zu Art. 91 StPO, in: Sonja Koch (Hrsg.), Onlinekommentar zur Strafprozessordnung

Kurzzitat: OK-Betschmann/Niessner/Steiner, N. XXX zu Art. 91 StPO.

Art. 91 Einhaltung von Fristen

¹ Die Frist ist eingehalten, wenn die Verfahrenshandlung spätestens am letzten Tag bei der zuständigen Behörde vorgenommen wird.

² Eingaben müssen spätestens am letzten Tag der Frist bei der Strafbehörde abgegeben oder zu deren Händen der Schweizerischen Post, einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung oder, im Falle von inhaftierten Personen, der Anstaltsleitung übergeben werden.

³ Bei elektronischer Einreichung ist für die Wahrung einer Frist der Zeitpunkt massgebend, in dem die Quittung ausgestellt wird, die bestätigt, dass alle Schritte abgeschlossen sind, die auf der Seite der Partei für die Übermittlung notwendig sind.

⁴ Die Frist gilt auch dann als gewahrt, wenn die Eingabe spätestens am letzten Tag der Frist bei einer nicht zuständigen schweizerischen Behörde eingeht. Diese leitet die Eingabe unverzüglich an die zuständige Strafbehörde weiter.

⁵ Die Frist für eine Zahlung an eine Strafbehörde ist gewahrt, wenn der Betrag spätestens am letzten Tag der Frist zugunsten der Strafbehörde

der Schweizerischen Post übergeben oder einem Post- oder Bankkonto in der Schweiz belastet worden ist.

GLIEDERUNG

I. Allgemeines.....	42
II. Verfahrenshandlungen (Abs. 1).....	42
III. Schriftliche Eingaben (Abs. 2)	43
A. Allgemeines.....	43
B. Strafbehörden	44
C. (Schweizerische) Post und Kurierdienste	44
D. Schweizerische diplomatische oder konsularische Vertretung	46
E. Anstaltsleitung.....	46
IV. Elektronische Eingaben (Abs. 3).....	48
A. Form der Übermittlung	48
B. Zeitpunkt der Übermittlung	51
V. Eingaben an nicht zuständige Behörde (Abs. 4).....	52
VI. Zahlungen (Abs. 5)	53
A. Allgemeines.....	53
B. Einhaltung der Frist	53
C. Einzelfragen	55
Literaturverzeichnis	56
Materialienverzeichnis.....	58

I. ALLGEMEINES

- 1 Analoge Bestimmungen zu Art. 91 StPO finden sich faktisch in allen Verfahrensgesetzen (vgl. Art. 143 ZPO, Art. 21 VwVG, Art. 39 ATSG, Art. 48 BGG). Insbesondere ist Art. 91 StPO eng an Art. 48 BGG angelehnt. Art. 91 StPO gilt für die Parteien und Verfahrensbeteiligten. Die Bestimmung gilt auch gegenüber Behörden, wenn diese selbst als Parteien oder andere Verfahrensbeteiligte auftreten, beispielsweise die Staatsanwaltschaft im Beschwerdeverfahren.¹⁵³
- 2 Mit der Bestimmung zur «Einhaltung von Fristen» wird die Fristwahrung bei Verfahrenshandlungen (Abs. 1), bei einer klassischen Eingabe auf Papier (Abs. 2), bei der elektronischen Eingabe (Abs. 3) und bei der Leistung von Zahlungen (Abs. 5) geregelt. Ebenso enthält die Bestimmung eine Regelung bezüglich der Fristwahrung bei der Eingabe an eine nicht zuständige schweizerische Behörde (Abs. 4).
- 3 Art. 91 StPO spricht zwar von «Strafbehörden» bzw. «Behörden», kommt aber auch bei Eingaben an die Gerichte zur Anwendung.¹⁵⁴ Als angesprochene Strafbehörden¹⁵⁵ haben die Polizei, die Staatsanwaltschaften und die Übertretungsstraßbehörden, beispielsweise die Statthalterämter im Kanton Zürich, zu gelten (vgl. Art. 12 StPO).
- 4 Mit der anstehenden StPO-Revision, welche per 1. Januar 2024 in Kraft treten wird, werden keine Änderungen an Art. 91 StPO vorgenommen.

II. VERFAHRENSHANDLUNGEN (ABS. 1)

- 5 Parteien und Verfahrensbeteiligte können Fristen wahren, wenn die verlangte Verfahrenshandlung am letzten Tag der Frist bei der zuständigen Behörde vorgenommen wird.
- 6 Als «**Verfahrenshandlung**» im Sinne von Art. 91 Abs. 1 StPO gilt jedes Tun, mit Ausnahme des Einreichens einer Eingabe (postalisch oder elektronisch, vgl. Abs. 2 und Abs. 3) oder das Tätigen einer Zahlung (vgl. Abs. 5). Absatz 1

153. BSK-Riedo, Art. 91 StPO N. 3.

154. BGer 6B_256/2022 vom 21.3.2022 E. 2.4.

155. Für den Begriff der Behörde vgl. N. 28.

kommt damit namentlich bei mündlichen Eingaben, die fristwährend erfolgen sollen bzw. müssen, zur Anwendung.¹⁵⁶ Zu denken ist beispielsweise an die mündliche Anmeldung einer Berufung beim erstinstanzlichen Gericht (vgl. Art. 399 Abs. 1 StPO).

Die Vornahme der Verfahrenshandlungen kann grundsätzlich bis zum Ende 7 des letzten Tages der Frist erfolgen.¹⁵⁷ Diese sind aber, wenn sie bei der zuständigen Behörde vorgenommen werden müssen, durch deren Öffnungszeiten beschränkt.¹⁵⁸

III. SCHRIFTLICHE EINGABEN (ABS. 2)

A. Allgemeines

Absatz 2 bezieht sich auf schriftliche Eingaben in **Papierform**, nicht auf 8 elektronische (vgl. Abs. 3) oder mündliche Eingaben (vgl. Abs. 1).¹⁵⁹ Der Wortlaut von Art. 91 Abs. 2 StPO ist identisch zu Art. 48 Abs. 1 BGG; entsprechend ist die Rechtsprechung zu Art. 48 Abs. 1 BGG analog anwendbar.¹⁶⁰

Wie bei Verfahrenshandlungen ist die Ab- bzw. Übergabe einer Eingabe bis 9 Ende des letzten Tages der Frist möglich.¹⁶¹

Die Frist kann durch die Übergabe der Eingabe an die Strafbehörde, zu 10 Händen der Schweizerischen Post, einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung – oder im Ausnahmefall der Inhaftierung – der Anstaltsleitung gewahrt werden. Relevant für die Fristwahrung ist nicht der Eingang der Eingabe bei der Strafbehörde, sondern der Versand bzw. die Übergabe derselben innert Frist über einen der vorgesehenen Wege.¹⁶²

156. BSK-Riedo, Art. 91 StPO N. 6.

157. Vgl. N. 25.

158. BSK-Riedo, Art. 91 StPO N. 7; ZK-Brüscheiler/Grünig, Art. 91 StPO N. 1.

159. BSK-Riedo, Art. 91 StPO N. 10 f.

160. BGE 147 IV 526 E. 3.1 m.w.H.

161. BGE 147 IV 526 E. 3.1 m.w.H.; BGer 6B_11/2021 vom 17.6.2021; ZK-Brüscheiler/Grünig, Art. 91 StPO N. 1; BSK-Riedo, Art. 91 StPO N. 4; CR-Stoll, Art. 91 StPO N. 9.

162. CR-Stoll, Art. 91 StPO, N. 9.

B. Strafbehörden

- 11 Es kommt den Parteien bzw. Verfahrensbeteiligten kein absolutes Recht zu, während der gesamten Fristdauer die Eingabe persönlich bei den Strafbehörden abgeben zu können. Die Abgabe gegen eine beweisichernde Empfangsbestätigung hat während den **Geschäftszeiten** zu erfolgen.¹⁶³ Sofern die Eingabe direkt in den Briefkasten der Strafbehörde bzw. der Gerichte eingeworfen wird, besteht die (umstossbare) Vermutung, dass die Eingabe an dem Tag eingereicht wurde, der dem Eingangsstempel entspricht (vgl. nachfolgend N. 13).

C. (Schweizerische) Post und Kurierdienste

- 12 Die Frist gilt als gewahrt, wenn spätestens am letzten Tag derselben die Eingabe der **Schweizerischen Post** übergeben wird. Der Poststempel verkündet den Zeitpunkt der Postaufgabe und begründet eine Vermutung für den Übergabezeitpunkt.¹⁶⁴ Die Datierung mittels einer Frankiermaschine stellt hingegen lediglich eine Parteibehauptung dar, da die Frankierung bereits im Voraus erfolgt sein kann.¹⁶⁵
- 13 Die Partei bzw. Verfahrensbeteiligte, die aus ihrer Eingabe Rechte ableiten will, trägt die **Beweislast** für deren Rechtzeitigkeit.¹⁶⁶ Die Absenderin hat das Recht, die sich aus dem Poststempel ergebende Vermutung mit allen tauglichen Beweismitteln zu widerlegen.¹⁶⁷ Als mögliche taugliche Beweismittel zählen beispielsweise Zeugen oder Videos.¹⁶⁸ Die **Beweisofferte** muss unaufgefordert und vor Ablauf der Frist erfolgen, beispielsweise mittels eines Vermerks auf dem Briefumschlag.¹⁶⁹ Bei Zeugen

163. BSK-Riedo, Art. 91 StPO N. 17; ZK-Brüscheiler/Grünig, Art. 91 StPO N. 3.

164. BSK-Riedo, Art. 91 StPO N. 25; BGE 142 V 389 E. 2.2.

165. ZK-Brüscheiler/Grünig, Art. 91 StPO N. 5; BSK-Riedo, Art. 91 StPO N. 25 m.w.H.

166. BGer 6B_256/2022 vom 21.3.2022 E. 2.1 m.w.H.

167. Beispielsweise beim Einwurf der Eingabe in einen Briefkasten der Schweizerischen Post am letzten Tag der Frist, aber nach dessen Leerung von Relevanz. Vgl. BGE 142 V 389 E. 2.2. BGer 6B_11/2021 vom 17.6.2021 E. 2.1 m.w.H.

168. vgl. BGE 147 IV 526 E. 3.4 m.w.H.; BGE 115 Ia 12; BGer 6B_11/2021 vom 17.6.2021; BGer 6B_1247/2020 vom 7.10.2021 E. 3.4 f.; OGer ZH SB190050-O vom 15.10.2019 E. 1. Bezüglich des Videobeweises hat das Bundesgericht die Frage aufgeworfen, ob mit einem solchen der Inhalt einer Sendung belegt wird und wie zuverlässig ein solcher im Hinblick auf mögliche Manipulationen sein kann (vgl. die Rechtsprechungsübersicht in BGE 147 IV 526 E. 3.4 m.w.H.).

ist die Nähe zur Partei bzw. Verfahrensbeteiligten eine Frage der Beweiswürdigung. Die Glaubhaftigkeit der Zeugenaussage ist im Licht der gesamten Umstände zu prüfen.¹⁷⁰ Gelingt der Gegenbeweis nicht, so trägt die Betroffene das Beweisrisiko für die effektive Postaufgabe.¹⁷¹ Lediglich wenn eine Partei bzw. Verfahrensbeteiligte aus Gründen, welche die Strafbehörde zu verantworten hat, die Rechtzeitigkeit der Eingabe nicht beweisen kann, kann von der Beweislastverteilung abgewichen werden.¹⁷² Dies ist beispielsweise der Fall, wenn die Behörde den Briefumschlag mit dem massgeblichen Poststempel nicht zu den Akten nimmt.

Die Übergabe der Sendung an eine **ausländische Postgesellschaft** hat keine 14
fristwahrende Wirkung; mit Ausnahme der Aufgabe bei der Liechtensteinischen Post AG.¹⁷³ Relevant ist für die Aufgabe bei einer ausländischen Postgesellschaft nicht das Aufgabedatum, sondern der Zeitpunkt der Übergabe der Sendung an die Schweizerische Post zur Weiterbeförderung.¹⁷⁴ Die entsprechende Zeitdauer ist somit mitzuberücksichtigen.¹⁷⁵ Art. 91 Abs. 2 StPO kann einer im Ausland wohnhaften Partei bzw. Verfahrensbeteiligten aber nur entgegengehalten werden, wenn sie explizit darüber belehrt wurde, dass erst die Übergabe der Sendung an die Schweizerische Post fristwährend ist.¹⁷⁶ Dieses Belehrungserfordernis entfällt bei einer (ausländischen) anwaltlichen Vertretung. Diese muss sich die Kenntnis des schweizerischen Rechts entgegenhalten lassen, wenn sie ein solches Mandat übernimmt.¹⁷⁷

Kurierdienste sind als Hilfspersonen ihres Auftraggebers anzusehen: Deren 15
Verschulden wird somit der eingebenden Person wie ihr eigenes angerechnet.¹⁷⁸ Die Übergabe der Eingabe durch die Partei bzw. die Verfahrensbeteiligte an einen Kurierdienst wirkt nicht fristwährend. Die Frist ist nur gewahrt, wenn

169. BGE 147 IV 526 E. 3.1 m.w.H., wobei das Bundesgericht explizit von einem Anwalt («avocat») spricht, welcher den Brief am letzten Tag der Frist in einen Briefkasten wirft.

170. BGer 6B_11/2021 vom 17.6.2021; BGer 9C_118/2016 vom 19.4.2016 E. 2.1.

171. Vgl. OGer ZH UH130120-O vom 26.8.2013 m.w.H.

172. ZK-Brüscheiler/Grünig, Art. 91 StPO N. 5; BGE 124 V 375 E. 3 m.w.H.

173. BGer 2C_754/2008 vom 23.12.2008 E. 2.3; ZK-Brüscheiler/Grünig, Art. 91 StPO N. 6; a.M. GVP 2011 Nr. 69.

174. BGer 6B_256/2022 vom 21.3.2022 E. 2.1 m.w.H.

175. BGer 6B_256/2022 vom 21.3.2022 E. 2.4.

176. BGE 145 IV 259 E. 1.4; ZK-Brüscheiler/Grünig, Art. 91 StPO N. 7.

177. SOG 2012 Nr. 13; GVP 2014 Nr. 70; vgl. BGE 142 IV 299.

178. BGer 6B_848/2011 vom 6.7.2012 E. 1.2; vgl. BGE 114 Ib 67.

der Kurier die Eingabe vor Fristablauf der Adressatin zustellt oder der Schweizerischen Post zur Weiterbeförderung übergibt.^{179, 180} Im Gegensatz dazu ist die Frist aber gewahrt, wenn die Eingabe der Schweizerischen Post vor Fristablauf übergeben wurde, diese aber zur Bearbeitung des Auftrages Dritte beizieht, diese mithin im Auftrag der Schweizerischen Post (und nicht des Absenders) handeln.¹⁸¹

D. Schweizerische diplomatische oder konsularische Vertretung

- 16 Die Übergabe an eine **schweizerische diplomatische oder konsularische Vertretung** ist derjenigen bei der Strafbehörde oder der Schweizerischen Post gleichgestellt. Diese Regelung stammt ursprünglich aus dem IPRG und soll zu einer Gleichbehandlung der Parteien und Verfahrensbeteiligten im Ausland mit denjenigen im Inland führen.¹⁸² Auch hier ist, analog zur Übergabe an die Strafbehörden, die persönliche Übergabe wie auch der Einwurf im Briefkasten als fristwährend anzusehen, wobei die Partei bzw. Verfahrensbeteiligte bei einem Einwurf in den Briefkasten das Risiko hat, dass der Eingangsstempel möglicherweise erst das Datum des Folgetages trägt.¹⁸³ Die Übergabe muss an eine offizielle schweizerische Vertretung¹⁸⁴ erfolgen. Die Einreichung bei Honorarkonsulaten, welche über keine konsularischen Amtsbefugnisse verfügen, ist mangels einer solchen als nicht fristwährend anzusehen.¹⁸⁵

E. Anstaltsleitung

- 17 **Inhaftierte** können – da sie in der Regel keinen Zugang zu einem Briefkasten der Schweizerischen Post haben und die Eingabe nicht persönlich bei den Strafbehörden oder einer schweizerischen Vertretung abgeben können – ihre

179. BGer 6B_22/2013 vom 21.2.2013 E. 1; BGer 6B_849/2011 vom 6.7.2012 E. 1.2.

180. Beispielsweise können Absender mit dem Kurierdienst Quickpac vereinbaren, dass nicht zugestellte Sendungen der Schweizerischen Post übergeben werden (<https://quickpac.ch/de/faq#allgemein>, besucht am 21.9.2023).

181. BSK-Riedo, Art. 91 StPO N. 21.

182. Hauser/Schweri, GVG, § 193 N. 22 f.; ZK-Brüschweiler/Grünig, Art. 91 StPO N. 8.

183. Vgl. BGer 1B_473/2016 vom 13.3.2017, E. 2.

184. Vgl. Art. 12 Organisationsverordnung für das Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten vom 20.4.2011 (OV-EDA; SR 172.211.1). Eine Übersicht über die diplomatischen und konsularischen Vertretungen der Schweiz im Ausland findet sich auf der Website des EDA (<https://www.eda.admin.ch/eda/de/home/vertretungen-und-reisehinweise/schweizer-vertretungen-im-ausland.html>, besucht am 21.9.2023).

Eingaben fristwahrend der Anstaltsleitung übergeben. Der Begriff «Anstaltsleitung» ist dabei vernünftigerweise weit auszulegen: Ein Inhaftierter hat keinen Einfluss darauf, mit welchen Mitarbeitenden einer Anstalt er in Kontakt kommt. Er kann auch nicht beeinflussen, wie und wie schnell intern die Verarbeitung seiner Postsendung erfolgt. Ob die Anstaltsleitung die erhaltene Eingabe gleichentags der Schweizerischen Post übergibt, ist nicht massgebend. Fristwahrend ist die Abgabe an die Anstaltsleitung.¹⁸⁶ Bei einer Eingabe, die verspätet bei der Strafbehörde bzw. dem Gericht eingeht, ist abzuklären, wann diese der Anstaltsleitung übergeben wurde. Sofern kein solcher Nachweis möglich ist und die Eingabe selbst auf ein Datum innerhalb der Frist datiert ist, ist davon auszugehen, dass die inhaftierte Person in Ausnützung aller ihr zur Verfügung stehenden Zeit die Eingabe am Abend des letzten Fristtages übergeben hat.¹⁸⁷

Riedo hält zu Recht fest, dass als «inhaftiert» im Sinne von Art. 91 Abs. 2 StPO nicht nur Personen zu gelten haben, die sich im Straf- oder Massnahmenvollzug bzw. anderweitig in Haft¹⁸⁸ befinden, sondern auch Personen, deren Bewegungsfreiheit auf andere Art staatlich eingeschränkt ist – wie beispielsweise bei Personen in einer fürsorgerischen Unterbringung (Art. 426 ff. ZGB) oder bei Jugendlichen, die in einer privaten Institution untergebracht sind.¹⁸⁹

185. Vgl. beispielsweise den Hinweis beim Schweizerischen Konsulat in Las Palmas de G. C. (<https://www.eda.admin.ch/countries/spain/de/home/vertretungen/botschaft/honorarkonsulate/konsulat-las-palmas-de-g-c.html>, besucht am 21.9.2023) oder das Schweizerische Generalkonsulat in Edinburgh (<https://www.eda.admin.ch/countries/united-kingdom/de/home/vertretungen/botschaft/honorarkonsulate/generalkonsulat-edinburgh.html>, besucht am 21.9.2023: «Bitte beachten Sie, dass diese Honorarvertretung über keine konsularischen Amtsbefugnisse verfügt. Sie stellt weder Visa noch Schweizer Pässe aus, ist nicht notariell tätig und bearbeitet keine Personenstandsfälle.»); vgl. auch Antwort des Bundesrates vom 30.11.2012 zur Anfrage Kiener Nellen, 12.1096.

186. Vgl. BGer 6B_1207/2020 vom 24.11.2020 E. 2.

187. BGer 1B_217/2020 vom 3.7.2020 E. 1.3; BGer 6B_9/2012 vom 7.5.2012 E. 1.3.2; OGE 60/2018/36 vom 2.3.2021 E. 4.7.4 m.w.H.; vgl. dazu auch BGer 6B_304/2016 vom 23.3.2017 E. 3.2: i.c. konnte aufgrund der gefängnisinternen Abläufe klar nachvollzogen werden, wann die Eingabe der Anstaltsleitung übergeben worden war.

188. Untersuchungs-, Sicherheits-, Auslieferungs- oder Ausschaffungshaft.

189. BSK-Riedo, Art. 91 StPO N. 31 m.w.H.; CR-Stoll, Art. 91 StPO N. 14.

IV. ELEKTRONISCHE EINGABEN (ABS. 3)

A. Form der Übermittlung

- 18 Elektronische Eingaben an eine Behörde sind an ihre **offizielle Adresse** auf der von ihr verwendeten anerkannten Zustellplattform zu senden.¹⁹⁰ Parteien und andere Verfahrensbeteiligte dürfen elektronische Eingaben nicht an allfällige bekannte E-Mail-Adressen beispielsweise der für ihr Verfahren zuständigen Abteilung eines Gerichts oder der zuständigen Staatsanwältin zustellen. Dies auch dann nicht, wenn der Versand über eine anerkannte Plattform erfolgt.¹⁹¹ Ein Verzeichnis aller Behördenadressen für elektronische Eingaben in Zivil- und Strafverfahren auf den von ihnen verwendeten anerkannten Zustellplattformen findet sich online unter <https://www.ch.ch/de/e-justice>. Die Vorgaben der VeÜ-ZSSV schliessen nicht aus, dass die Behörden weitere offizielle Adressen verwenden, welche sie nicht im öffentlichen Verzeichnis publizieren, sondern beispielsweise nur unter den Behörden kommunizieren. Zu denken wäre hier beispielsweise an die Zwangsmassnahmengerichte, in deren Verfahren betreffend verdeckte Zwangsmassnahmen von vornherein nur die Staatsanwaltschaft Partei ist.
- 19 Die anerkannte Zustellplattform stellt unverzüglich eine Quittung aus, welche den Zeitpunkt des Eingangs einer Eingabe und die übermittelten Dokumente nachweist.¹⁹² Nach Art. 91 Abs. 3 StPO ist bei elektronischer Einreichung einer Eingabe für die Wahrung einer Frist der Zeitpunkt massgebend, in dem die Quittung ausgestellt wird, die bestätigt, dass alle Schritte abgeschlossen sind, die auf der Seite der Partei für die Übermittlung notwendig sind. Die Konkretisierung folgt in Art. 8b VeÜ-ZSSV: «Für die Wahrung einer Frist ist der Zeitpunkt massgebend, in dem die von den Verfahrensbeteiligten verwendete Zustellplattform die Quittung ausstellt, dass sie die Eingabe zuhanden der Behörde erhalten hat (**Abgabequittung**).»¹⁹³
- 20 Der Zeitpunkt, in dem die Strafbehörde das Dokument öffnet und tatsächlich zur Kenntnis nimmt, ist unerheblich.¹⁹⁴ Beim Erlass der ursprünglichen Regelung von Art. 91 Abs. 3 StPO wurde davon ausgegangen, dass jedes

190. Art. 4 VeÜ-ZSSV.

191. Betschmann, Rz. 7.

192. Art. 2 lit. b und lit. c VeÜ-ZSSV.

193. Vgl. die wortgleichen Art. 5a Abs. 1 VeÜ-VwV und Art. 6 Abs. 1 ERV-BVGer.

194. BGE 139 IV 257 E. 3.2.

Gericht bzw. jede Behörde ein eigenes Übermittlungssystem entwickelt und einsetzt, welches entsprechende Quittungen ausstellt. Die Frist wurde gewahrt, «wenn der Empfang bei der Strafbehörde spätestens am letzten Tag der Frist durch ihr Informatiksystem bestätigt worden ist».¹⁹⁵ Umgesetzt wurde aber in der Praxis ein System mit verschiedenen anerkannten Zustellplattformen, welche die Quittungen ausstellen und die Behörden mit den Eingaben bedienen. Dies führte in der Praxis zu Rechtsunsicherheit, weshalb die Prozessgesetze (Art. 91 Abs. 3 StPO, Art. 143 Abs. 2 ZPO und Art. 21a Abs. 3 VwVG) mit dem Bundesgesetz vom 18. März 2016 über die elektronische Signatur (**ZertES**)¹⁹⁶ in der heutigen Fassung angepasst wurden.

197

Aktuell sind die beiden Plattformen PrivaSphere Secure Messaging der Firma PrivaSphere AG und IncaMail der Schweizerischen Post für die sichere Zustellung im Rahmen von rechtlichen Verfahren definitiv anerkannt.¹⁹⁸

Für die Bestimmung der Rechtzeitigkeit einer Eingabe ist also die Quittung 21 massgebend, in welcher die von der Absenderin verwendete Zustellplattform dieser den Zeitpunkt bescheinigt, in welchem sie ihre Eingabe erfolgreich der Plattform übermittelt hat.¹⁹⁹ Massgebend ist also insoweit – anders als bei schriftlichen Eingaben (Art. 91 Abs. 2 StPO) – nicht der Zeitpunkt des Absendens (Expeditionsprinzip), sondern vielmehr eine entsprechende Reaktion im Umfeld des Adressaten in Form einer Empfangsbestätigung (**Empfangsprinzip**).²⁰⁰ Die Absenderin trägt damit das Risiko die Frist zu verpassen, wenn die Quittung nicht rechtzeitig ausgestellt wird. Diesfalls muss sie ihre Eingabe zusätzlich fristgerecht per Post oder erfolgreich (d.h. gegen eine Quittung) elektronisch einreichen.²⁰¹ So wird sichergestellt, dass das Risiko der Säumnis nur – aber immerhin – so lange bei der Absenderin bleibt, als sie es kontrollieren kann und umgehend weiss, falls sie weiter handeln

195. aArt. 91 Abs. 3 StPO (Stand am 1. Januar 2016).

196. SR 943.03.

197. Botschaft 2014, S. 1030 und S. 1033.

198. Bundesamt für Justiz, Elektronische Übermittlung, <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/rechtsinformatik/e-uebermittlung.html> (besucht am 21.9.2023).

199. Mithin der Zeitpunkt, in welchem auf Seiten der Absenderin der Upload-Vorgang und auf Seiten der Zustellplattform der Empfangs-Vorgang erfolgreich beendet war. Vgl. BGer 1B_222/2013 vom 19.7.2013 = Pra 103 (2014) Nr. 72 E. 3.1.

200. Riedo/Gisi, S. 322 ff.

201. BGer 2C_502/2018 vom 4.4.2019 E. 2.5.

muss, um die Fristen zu wahren. Die Absenderin muss sich demnach alle Mängel, die ihr direkt mit der Abgabequittung ihrer Plattform angezeigt werden, anrechnen lassen.²⁰² Dabei sind technische Probleme kein Grund zur Fristwiederherstellung.²⁰³

- 22 Hat die Absenderin keine anerkannte Zustellplattform verwendet, gilt die Eingabe von vornherein als nicht erfolgt. Ein verbesserlicher (Form-)Fehler mit Anspruch auf Nachfristansetzung liegt nicht vor.²⁰⁴ Insofern qualifiziert die Rechtsprechung die Verwendung einer anerkannten Zustellplattform soweit ersichtlich als **Gültigkeitsvorschrift** (und nicht bloss als reine Ordnungsvorschrift).
- 23 In der Literatur und Rechtsprechung bislang soweit ersichtlich nicht beantwortet ist die Frage, wie es sich verhält, wenn eine an sich formgültige, d.h. korrekt elektronisch signierte, Eingabe zwar über eine anerkannte Zustellplattform eingereicht wird, dabei aber keine Abgabequittung ausgestellt wird (z.B. weil nur die Versandart «vertraulich» statt «Einschreiben» [Bezeichnung bei IncaMail] bzw. «eGov Einschreiben» [Bezeichnung bei PrivaSphere] gewählt wurde), die Eingabe aber nachweislich innert Frist bei der Behörde angekommen ist.²⁰⁵ Unseres Erachtens verfällt die Behörde hier in **überspitzten Formalismus**, wenn sie eine solche Eingabe als nicht fristgerecht qualifizieren würde, nur mit der Begründung, es sei keine Abgabequittung ausgestellt worden. Analog zur Rechtsprechung betreffend Postsendungen müsste der Nachweis der Rechtzeitigkeit zudem ebenfalls mit allen zulässigen Beweismitteln möglich sein.²⁰⁶ Es kommt hinzu, dass das EJPD die Anforderungen an eine solche Quittung lediglich im Anhang zur Verordnung über die Anerkennung von Plattformen für die sichere Zustellung im Rahmen von rechtlichen Verfahren

202. Meyer, S. 841.

203. BGer 6B_691/2012 vom 21.2.2013 E. 1.4; vgl. dazu auch BStGer BB.2022.128 vom 26.10.2022; anders zu kantonalem Recht, das die Wiederherstellung auch bei leichter Fahrlässigkeit zulässt BGer 2C_502/2018 vom 4.4.2019 E. 4.8.

204. SOG 2012 Nr. 13 E. 4; BSK-Hafner/Fischer, Art. 110 StPO N. 10 f.; vgl. zum Anwendungsbereich der gleichlautenden ZPO-Bestimmung: BGer 5A_650/2011 vom 27.1.2012 E. 4; a.M. BSK-Rüetschi Art. 33a SchKG N. 23, der diesfalls lediglich das Risiko der (Nicht-)Zustellung dem Absender überbinden will.

205. A.M. OGer ZH RE220012-O vom 25.1.2023 mit Verweis auf BGer 5A_650/2011 vom 27.1.2012 E. 4.

206. Vgl. N. 13.

vom 16. September 2014²⁰⁷ Ziff. 5 konkretisiert hat. Mangels Publikation dieses Anhangs in der AS oder in der SR scheint es indes zumindest fraglich, ob dieser Kriterienkatalog allgemeine Rechtswirkungen zu entfalten vermag.

Im Ergebnis besteht damit eine prozessuale **Kausalhaftung**, die vom 24 Gesetzgeber offenbar gewollt ist.²⁰⁸ Solange die Parteien aber das Risiko eines technischen Fehlers nicht nur bei sich und ihren eigenen verwendeten Systemen, sondern auch bei den anerkannten Zustellplattformen tragen müssen, ist dies für den elektronischen Rechtsverkehr alles andere als zuträglich.

B. Zeitpunkt der Übermittlung

Genügt bei schriftlichen Eingaben zur Bestimmung der Rechtzeitigkeit die 25 Bestimmung des letzten Tages²⁰⁹, muss bei elektronischen Eingaben der Zeitpunkt auf die Sekunde genau definiert werden. Art. 110 Abs. 6 StGB legt fest, dass ein Tag aus 24 aufeinanderfolgenden Stunden besteht. Dies impliziert, dass nach Ablauf dieser 24 Stunden ein neuer Tag anbricht. Folglich beginnt der letzte Tag einer Frist um **00.00 Uhr** (Mitternacht) und endet mit der Vollendung der letzten Sekunde dieses Tages, das heisst, mit Vollendung der 59. Sekunde von 23.59 Uhr.²¹⁰ Dieser Zeitpunkt wird wiederum als 00.00 Uhr bezeichnet und kennzeichnet den Beginn des folgenden Tages²¹¹. Die vom Bundesgericht und in der Literatur²¹² (in Bezug auf schriftliche Eingaben) überwiegend verwendete Formulierung, ein Tag ende um 24.00 Uhr, ist veraltet und heute gemäss der internationalen Norm «ISO 8601» nicht (mehr) zulässig.²¹³

207. SR 272.11.

208. Vgl. BSK-Riedo, Art. 91 StPO N. 34 ff.; ZK-Brüschweiler/Grünig, Art. 91 StPO N. 10; CR-Stoll, Art. 91 StPO N. 17; Koller/Rey, Rz. 24 f.; Guyan/Huber, S. 76; ebenso mit Bezug auf Art. 143 Abs. 2 ZPO und Art. 148 ZPO: Botschaft 2006, S. 7308; Staehelin, Art. 143 ZPO N. 5; und mit Bezug auf Art. 48 Abs. 2 und Art. 50 BGG: Botschaft 2001, S. 4267; BSK-Bühler, Art. 48 BGG N. 19.

209. Vgl. N. 9.

210. Vgl. OGer ZH UE210084-O vom 31.5.2021 E. 2; Betschmann, Rz. 8.

211. vgl. BStGer BB.2022.128 vom 26.10.2022.

212. Vgl. ZK-Brüschweiler/Grünig, Art. 91 StPO N. 1; BSK-Riedo, Art. 91 StPO N. 4; vgl. auch BSK-Amstutz/Arnold, Art. 48 BGG N. 4 m. w. H.; BGE 142 V 389 E. 2.2; BGE 92 I 253 E. 3; BGer 6B_477/2015 vom 22.12.2015 E. 2.1. und BGer 1C_458/2015 vom 16.11.2015 E. 2.1.

V. EINGABEN AN NICHT ZUSTÄNDIGE BEHÖRDE (ABS. 4)

- 26 Sofern eine Partei bzw. Verfahrensbeteiligte ihre Eingabe bei einer **nicht zuständigen schweizerischen Behörde** abgibt bzw. zu Händen einer solchen adressiert, verpflichtet Art. 91 Abs. 4 StPO die unzuständige Behörde dazu, die fragliche Eingabe unverzüglich an die zuständige Stelle weiterzuleiten. Unter dieser Ausnahme ist eine Eingabe bei einer unzuständigen Behörde – sofern die Frist gewahrt wurde und die Eingabe in der korrekten Form erfolgte – fristwährend. Das Bundesgericht hat dieses Vorgehen als allgemeinen, rechtsgebietsübergreifenden Verfahrensgrundsatz anerkannt; dieser ergibt sich aus den Regeln von Treu und Glauben und gilt für alle Rechtsgebiete.²¹⁴
- 27 Dieser Grundsatz kommt allerdings nur dann zur Anwendung, wenn die unzuständige Behörde aus Versehen oder Zweifeln über die Zuständigkeit oder aufgrund einer unrichtigen Rechtsmittelbelehrung angerufen wurde. Nicht zur Anwendung gelangt er, wenn die unzuständige Behörde **bewusst** und im Wissen um die Unzuständigkeit angerufen wurde.²¹⁵ Wenn eine unzuständige Behörde bzw. eine Behörde, die sich als nicht zuständig erachtet, bewusst angerufen wird, aber die anrufende Partei bzw. Verfahrensbeteiligte der Überzeugung ist, es handle sich um die zuständige Stelle, kommt Abs. 4 zur Anwendung.²¹⁶ Es dürfte sich in einem solchen Fall nicht um ein rechtsmissbräuchliches Vorgehen handeln, welches keinen Rechtsschutz verdiente – mit Ausnahme derjenigen Fälle, in denen die Partei bzw. Verfahrensbeteiligte auf der Behandlung durch die (fälschlicherweise) angerufenen Behörde beharrt.²¹⁷
- 28 Zur **Weiterleitung** einer Eingabe sind alle Strafbehörden im Sinne von Art. 12 ff. StPO sowie Gerichts- und Verwaltungsbehörden des Bundes, der Kantone und der Gemeinden verpflichtet.²¹⁸ Im Sinne der

213. Gemäss ISO 8601:2019 Ziff. 4.2.3 wird die Zeit im 24-Stunden-Format dargestellt, wobei die Stunden von 00 bis 23 gehen (in der früheren Version ISO 8601:2004 war die Bezeichnung «24.00» als Äquivalent für «00.00» noch zulässig).

214. BGer 1B_372/2021 vom 16.12.2021 E. 2.3 m.w.H.

215. BGer 1B_372/2021 vom 16.12.2021, E. 2.3 m.w.H., 3.3; ZK-Brüscheiler/Grünig, Art. 91 StPO N. 11a; CR-Stoll, Art. 91 StPO N. 19a.

216. vgl. Konstellationen in BGer 1B_372/2021 vom 16.12.2021 und BStGer CA.2021.6 vom 24.6.2021.

217. ZK-Brüscheiler/Grünig, Art. 91 StPO N. 11a.

bundesgerichtlichen Rechtsprechung sollte die Übermittlung der Eingabe an die zuständige Behörde innert zwei bis drei Tagen erfolgen.²¹⁹

VI. ZAHLUNGEN (ABS. 5)

A. Allgemeines

Absatz 5 der Bestimmung regelt die Fristwahrung von Zahlungen an Strafbehörden. Die Regelung entspricht im Wesentlichen den Bestimmungen des Zivil- und Verwaltungsverfahrenes sowie denen des Verfahrens vor dem Bundesgericht.²²⁰

Gemäss dem Wortlaut der Bestimmung findet sie nur auf Zahlungen **Anwendung**, bei denen den Rechtsunterworfenen von einer Strafbehörde eine Frist zur Zahlung angesetzt oder sie zur Zahlung aufgefordert wurden.²²¹ Demzufolge gilt die Bestimmung nur für Zahlungen, bei denen sich der Rechtsgrund aus der StPO ergibt, jedoch nicht für Zahlungen im Rahmen der Vollstreckung.²²²

B. Einhaltung der Frist

Eine von der Strafbehörde angesetzte Frist zur Zahlung eines Geldbetrags gilt nach der Bestimmung zunächst als rechtzeitig erfolgt, wenn der vollständige Betrag spätestens am letzten Tag der Frist der **Schweizerischen Post** zu Gunsten der Strafbehörde übergeben wurde. Massgeblich für die Fristwahrung ist somit nicht der Eingang der Zahlung bei der Strafbehörde (Empfangsprinzip), sondern der Zeitpunkt der Übergabe bzw. der Belastung.²²³

Diese Variante der fristwahrenden Zahlung meint die Übergabe des geforderten Betrags an die Schweizerische Post bzw. die Postfinance. Dies

218. In BGer 1B_82/2015 vom 30.6.2015 E. 3.2 wurde festgehalten, dass ein durch die Staatsanwaltschaft im Sinne von Art. 182 ff. StPO beigezogener Sachverständiger nicht als Mitarbeiter der Strafbehörde zu sehen und damit nicht zur Weiterleitung von Eingaben gestützt auf Art. 91 Abs. 4 StPO verpflichtet ist.

219. BGer 1B_372/2021 vom 16.12.2021, E. 2.3 m.w.H.

220. BGE 143 IV 5 E. 2.4; Art. 143 ZPO, Art. 21 VwVG und Art. 48 BGG.

221. ZK-Brüschweiler/Grünig, Art. 91 StPO N. 12.

222. BSK-Riedo, Art. 91 StPO N. 54-55.

223. BGE 143 IV 5 E. 2.6.

kann direkt am Postschalter mittels Bar- oder Kartenzahlung geschehen und wirkt fristwährend, sofern die Einzahlung am letzten Tag der Frist geschieht, wobei auf den Poststempel bzw. die Quittung abzustellen ist.²²⁴

- 33 Weiter ist eine Zahlung gemäss Art. 91 Abs. 5 StPO fristwährend, wenn der Betrag spätestens am letzten Tag der Frist zugunsten der Strafbehörde einem **Post- oder Bankkonto** in der Schweiz belastet worden ist. Inländische Bankkonten sind damit gemäss der Bestimmung den schweizerischen Postkonten gleichgestellt.²²⁵ Die Frist ist gewahrt, wenn die mit der Verarbeitung des Zahlungsauftrags verbundene Belastung des Kontos bzw. die tatsächliche Entreicherung der zahlungspflichtigen Person am letzten Tag der Frist erfolgt ist.²²⁶ Nicht fristwährend ist hingegen der Auftrag zur Zahlung bzw. die Zahlungsanweisung an die Bank oder Post, sofern die Zahlung nicht innert Frist abgewickelt wird.²²⁷ Diesfalls obliegt es der zahlungspflichtigen Person, sicherzustellen, dass die Bank oder Post den Zahlungsauftrag gemäss ihren Instruktionen fristgemäss ausführt.²²⁸ Ein Verschulden der Bank hat sich die zahlungspflichtige Person im Sinne der Rechtsprechung zu den Hilfspersonen hinsichtlich einer allfälligen Fristwiederherstellung anrechnen zu lassen.²²⁹ Erfolgt der Zahlungseingang auf dem Konto einer Strafbehörde nach Ablauf der Frist, hat sie der zahlungspflichtigen Person Frist zum Nachweis der rechtzeitigen Zahlung bzw. Belastung anzusetzen.²³⁰ Die Beweislast für die Einhaltung der Frist obliegt dabei der zahlungspflichtigen Person.²³¹
- 34 Der **massgebliche Zeitpunkt** der Fristwahrung im elektronischen Zahlungsverkehr entspricht unseres Erachtens demjenigen der elektronischen Eingaben gemäss den vorstehenden Erläuterungen.²³² Demzufolge wirken nur Zahlungen die vor Ablauf des letzten Tages der Frist (bis 23.59 Uhr) durchgeführt werden fristwährend.

224. BSK-Riedo, Art. 91 StPO N. 57ff.; vgl. BSK-Amstutz/Arnold, Art. 48 BGG N. 27.

225. Vgl. KUKO-Hoffmann-Nowotny/Brunner Art. 143 ZPO N. 12.

226. BGE 143 IV 5 E. 2.6; CR-Stoll, Art. 91 StPO N. 22.

227. BGer 1B_396/2022 vom 22.2.2023 E. 3.3.; BSK-Riedo, Art. 91 StPO N. 64.

228. BGer 1B_396/2022 vom 22.2.2023 E. 3.3.

229. BGer 6B_1167/2019 vom 16.4.2020 E. 2.5. m.w.H.

230. BGE 143 IV 5 E. 2.7.

231. BGE 143 IV 5 E. 2.4.

232. Vgl. N. 25.

C. Einzelfragen

Das Gesetz regelt nicht ausdrücklich, inwiefern **Zahlungen aus dem Ausland** bzw. von ausländischen Bankkonten zu behandeln sind. Obwohl nicht explizit vorgesehen, müssen fristwahrende Zahlungen ab ausländischen Bankkonten möglich sein, zumal einer in ein Strafverfahren involvierte Person nicht zugemutet werden kann, für die Wahrung ihrer Rechte ein Konto in der Schweiz zu eröffnen. Dies dürfte gerade bei Personen mit ausländischer Staatsangehörigkeit oder Sitz im Ausland teilweise auch nur unter erschwerten Bedingungen oder unter Umständen gar nicht möglich sein. Das Bundesgericht akzeptiert denn auch Zahlungen aus dem Ausland.²³³ Dabei stellt die bundesgerichtliche Rechtsprechung bei Zahlungen ab ausländischen Konten – entgegen der Regelung bei inländischen Konten – nicht auf die Belastung des Kontos der zahlungspflichtigen Person, sondern vielmehr auf den Empfang der Zahlung ab. Daher ist es erforderlich, dass der geforderte Betrag innert Frist entweder dem Konto der zuständigen Behörde gutgeschrieben wurde oder «zumindest in den Einflussbereich der von der Behörde bezeichneten Hilfsperson (Bank oder Schweizerische Post) gelangte».²³⁴

Ebenso wenig äussert sich die Bestimmung zu **Zahlungen bei der Strafbehörde vor Ort** und besagt nicht, ob die Behörden zur Annahme von Bargeld oder Kartenzahlungen verpflichtet sind.²³⁵ Angesichts dessen, dass die Bestimmung nur auf Zahlungen auf Aufforderung der Behörde hin anwendbar ist²³⁶ muss die zuständige Behörde über die Infrastruktur und Ressourcen zur Verarbeitung von Zahlungen verfügen. Demzufolge muss unseres Erachtens auch die Übergabe von Bargeld bzw. – falls die entsprechende Infrastruktur in Form eines Bezahlterminals vorhanden ist – die elektronische Zahlung direkt bei der Behörde vor Ort möglich sein. Selbstverständlich sind hiervon rechtsmissbräuchliche Verhaltensweisen, beispielsweise die Bezahlung einer Prozesskaution mit 5-Rappen-Stücken nicht geschützt.²³⁷ Aus

233. BGer 1B_497/2016 vom 8.3.2017 E. 2.1.

234. BGer 1B_497/2016 vom 8.3.2017 E. 2.1 m.w.H.; vgl. auch KUKO-Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 143 ZPO N. 10.

235. Bejahend: BSK-Riedo, Art. 91 StPO N. 65; vgl. auch BSK-Benn, Art. 143 ZPO N. 20 Art.143; kritisch: ZK-Brüscheiler/Grünig, Art. 91 StPO N. 12a.

236. Vgl. vorstehend N. 30.

237. Bspw. die Übergabe einer grossen Menge Münzgeldes, vgl. hierzu BSK-Riedo, Art. 91 StPO N. 65.

Praktikabilitätsgründen und Überlegungen zur Bekämpfung der Geldwäscherei sollte im Einzelfall indes eine Obergrenze für Bareinzahlungen zulässig sein.

- 37 Schliesslich stellt sich die Frage, ob Art. 91 Abs. 4 StPO auf Zahlungen an die **unzuständige Behörde** analoge Anwendung finden soll. Im Grundsatz ist dies zu verneinen, zumal die zahlungspflichtige Person von der zuständigen Behörde zur Zahlung an sie explizit aufgefordert werden muss²³⁸ und irrtümliche Zahlungen damit unwahrscheinlich sind. Dagegen spricht überdies auch die systematische Stellung von Abs. 4, der sich auf die vorstehenden Absätze 1–3 bezieht.²³⁹ Eine gewisse Strenge ist dadurch sicherlich gerechtfertigt,²⁴⁰ indessen sollen Rechtsuchende auch nicht ohne Not um die Beurteilung ihres Begehrens gebracht werden.²⁴¹ Überzeugend scheint deshalb der Vorschlag von Stoll, der zumindest bei einer irrtümlichen Zahlung an die Vorinstanz im Rechtsmittelverfahren die Möglichkeit der Fristwahrung sieht.²⁴² Hat die Behörde den Irrtum schliesslich selbst herbeigeführt,²⁴³ darf dies der zahlungspflichtigen Person ohnehin nicht zum Nachteil gereichen.²⁴⁴

LITERATURVERZEICHNIS

Amstutz Kathrin/Arnold Peter/Bühler Jacques, Kommentierung zu Art. 48 BGG, in: Niggli Marcel Alexander/Uebersax Peter/Wiprächtiger Hans/Kneubühler Lorenz [Hrsg.], Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2018.

Benn Jurij, Kommentierung zu Art. 143 ZPO, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik [Hrsg.], Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 3. Aufl., 2017 Basel.

Betschmann Simon, Elektronische Eingaben im Rahmen von Strafprozessen, in: Jusletter 15.8.2022.

238. BSK-Riedo, Art. 91 StPO N. 59.

239. CR-Stoll, Art. 91 StPO N. 24; BSK-Riedo, Art. 91 StPO N. 59.

240. vgl. BSK-Riedo, Art. 91 StPO N. 59.

241. BGE 140 III 636 E. 3.5.

242. «iudex a quo»; CR-Stoll, Art. 91 StPO N. 24; vgl. auch BGE 140 III 636 E. 3.5.

243. Bspw. durch Angabe einer falschen Kontoverbindung.

244. BSK-Riedo, Art. 91 StPO N. 60.

Brüschweiler Daniela/Grünig Christa, Kommentierung zu Art. 91 StPO, in: Donatsch Andreas/Lieber Viktor/Summers Sarah/Wohlers Wolfgang [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2020.

Guyan Peter/Huber Lukas, Elektronischer Rechtsverkehr nach VeÜ-ZSSchK, AJP 2011, S. 74–83.

Hafner Peter/Fischer Eliane, Kommentierung zu Art. 110 StPO, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans [Hrsg.], Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2023.

Hauser Robert/Schweri Erhard, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz vom 13.6.1976 mit den seitherigen Änderungen, Zürich 2002.

Hoffmann-Nowotny Urs H./Brunner Katrin, Kommentierung zu Art. 143 ZPO, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich [Hrsg.], Kurzkomentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021.

Koller Franz Thomas/Rey Matthias, Haftungsrisiken beim elektronischen Rechtsverkehr mit Gerichten und Behörden des Bundes, in: Jusletter 11.12.2006.

Meyer Christian, Eine Auslegeordnung der elektronischen Verfahrensinstitute des VwVG des Bundes, SJZ 117 (2021), S. 836–844.

Riedo Christof, Kommentierung zu Art. 91 StPO, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans [Hrsg.], Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2023.

Riedo Christof/Gisi Diana, Auch vor der Zeit ist schon zu spät, BR 2013 S. 322–323.

Rüetschi David, Kommentierung zu Art. 33a SchKG, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco [Hrsg.], Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2021.

Staehelin Adrian, Kommentierung zu Art. 143 ZPO, in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich 2016.

Stoll Daniel, Kommentierung zu Art. 91 StPO, in: Jeanneret Yvan/Kuhn André/Perrier Depeursinge Camille [Hrsg.], Code de procédure pénale suisse, Commentaire Romand, Basel 2019.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft zur schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28.6.2006, BBl 2006 7221 ff., abrufbar unter <https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2006/914/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2006-914-de-pdf-a.pdf>, besucht am 21.9.2023.

Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28.2.2001, BBl 2001 4202 ff., abrufbar unter <https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2001/731/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2001-731-de-pdf-a.pdf>, besucht am 21.9.2023.

Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über die elektronische Signatur vom 15.1.2014, BBl 2014 1001 ff., abrufbar unter <https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2014/171/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2014-171-de-pdf-a.pdf>, besucht am 21.9.2023.

Antwort des Bundesrates vom 30.11.2012 zur Anfrage Kiener Nellen, 12.1096, abrufbar unter <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=32858>, besucht am 21.9.2023.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 366 StPO

Eine Kommentierung von Denise Weingart

ZITIERVORSCHLAG

Denise Weingart, Kommentierung zu Art. 366 StPO, in: Sonja Koch (Hrsg.), Onlinekommentar zur Strafprozessordnung

Kurzzitat: OK-Weingart, N XXX zu Art. 366 StPO.

4. Kapitel: Verfahren bei Abwesenheit der beschuldigten Person

1. Abschnitt: Voraussetzungen und Durchführung

Art. 366 Voraussetzungen

¹ Bleibt eine ordnungsgemäss vorgeladene beschuldigte Person der erstinstanzlichen Hauptverhandlung fern, so setzt das Gericht eine neue Verhandlung an und lädt die Person dazu wiederum vor oder lässt sie vorführen. Es erhebt die Beweise, die keinen Aufschub ertragen.

² Erscheint die beschuldigte Person zur neu angesetzten Hauptverhandlung nicht oder kann sie nicht vorgeführt werden, so kann die Hauptverhandlung in ihrer Abwesenheit durchgeführt werden. Das Gericht kann das Verfahren auch sistieren.

³ Hat sich die beschuldigte Person selber in den Zustand der Verhandlungsunfähigkeit versetzt oder weigert sie sich, aus der Haft zur Hauptverhandlung vorgeführt zu werden, so kann das Gericht sofort ein Abwesenheitsverfahren durchführen.

⁴ Ein Abwesenheitsverfahren kann nur stattfinden, wenn:

- a. die beschuldigte Person im bisherigen Verfahren ausreichend Gelegenheit hatte, sich zu den ihr vorgeworfenen Straftaten zu äussern; und
- b. die Beweislage ein Urteil ohne ihre Anwesenheit zulässt.

GLIEDERUNG

I. Einleitung	62
II. Die Voraussetzungen des Abwesenheitsverfahrens	64
A. Vorbemerkung	64
B. Unentschuldigtes Nichterscheinen der beschuldigten Person	64
C. Ordnungsgemässe Vorladung zur Hauptverhandlung	69
D. Ausreichende Gelegenheit zur Äusserung (rechtliches Gehör; Abs. 4 lit. a)	72
E. Liquider Sachverhalt (Abs. 4 lit. b)	73
III. Sistierung (Art. 366 Abs. 2 letzter Satz StPO).....	74
IV. Ausnahmen und Abgrenzungen.....	74
A. Dispensation von der Hauptverhandlung (Art. 336 StPO)	74
B. Verlassen des Verhandlungsortes (Art. 340 Abs. 1 lit. c StPO)	75
C. Nichterscheinen zur Fortsetzungsverhandlung.....	75
D. Ausschluss vom weiteren Verfahren (Art. 63 Abs. 4 StPO)	76
E. Säumnis im Einspracheverfahren gegen einen Strafbefehl (Art. 356 Abs. 4 StPO)	
.....	76
F. Säumnis im abgekürzten Verfahren (Art. 358 ff. StPO)	77
G. Abwesenheit der beschuldigten Person im Verfahren bei schuldunfähigen	
Personen (Art. 374 Abs. 2 lit. a StPO).....	78
H. Säumnis im Berufungsverfahren.....	78
Schematischer Überblick über das Abwesenheitsverfahren	79
Literaturverzeichnis	79

I. EINLEITUNG

- 1 Der Begriff des Abwesenheitsverfahrens, auch Kontumazialverfahren genannt, bezeichnet ein gerichtliches Hauptverfahren, welches in einem Urteil seinen Abschluss findet, ohne dass die beschuldigte Person persönlich vor Gericht erschienen ist.
- 2 Ein Verfahren in Abwesenheit der beschuldigten Person tangiert den aus dem Konventionsrecht (Art. 6 EMRK), dem Verfassungsrecht (Art. 29 Abs. 2 BV) sowie dem Gesetzesrecht (Art. 3 StPO) fliessenden Anspruch auf ein faires Verfahren. Gemäss diesem Grundsatz des «fair trials» kann die beschuldigte Person an einem gegen sie gerichteten Strafverfahren teilnehmen und Parteirechte ausüben, was ihr bei Nichtteilnahme an der Gerichtsverhandlung verwehrt bleibt. Ebenfalls widerspricht das Abwesenheitsverfahren dem in Art. 343 StPO verankerten «Unmittelbarkeitsprinzip», wonach sich das Gericht von der beschuldigten Person einen persönlichen Eindruck verschafft, wobei die Befragung des Beschuldigten von Gesetzes wegen eingehend und gleich zu Beginn des Beweisverfahrens erfolgen soll (Art. 341 Abs. 4 StPO). Der unmittelbare Eindruck einer beschuldigten Person auf das Gericht kann unter Umständen für die Urteilsfindung von wesentlicher Bedeutung sein. Dieser Eindruck fehlt, wenn die beschuldigte Person nicht an der Hauptverhandlung teilnimmt. Vor dem Hintergrund dieser tangierten Verfahrensgrundsätze erstaunt es nicht, dass die Durchführung von Abwesenheitsverfahren Gegenstimmen erhält.²⁴⁵
- 3 Trotz dieser Bedenken kann und darf nach der hier vertretenen Ansicht das Abwesenheitsverfahren nicht mehr aus der Praxis weggedacht werden. Auch wenn eine beschuldigte Person nach dem Grundsatz *nemo tenetur se ipsum accusare* nicht verpflichtet werden kann, zu seiner Verurteilung beizutragen, besteht in einem Rechtsstaat grundsätzlich ein Interesse an effektiver Strafverfolgung. Das Recht auf persönliche Teilnahme an der Verhandlung kann deshalb – wie dies auch vom Bundesgericht klar festgehalten wurde²⁴⁶ – keine absolute Geltung beanspruchen.
- 4 Ohne die Möglichkeit des Verhandelns in Abwesenheit der beschuldigten Person könnten zahlreiche Anklagen nicht gerichtlich behandelt und die

Verfahren nicht oder zumindest nicht zeitnah abgeschlossen werden, weil es aus den unterschiedlichsten Gründen (bspw. mangels Kenntnis des Aufenthaltsortes des Beschuldigten oder aufgrund der verweigernden Haltung dem Strafverfahren gegenüber etc.) nicht möglich ist, den Beschuldigten zum Erscheinen vor Gericht zu bewegen. Zu hoch wäre die Anzahl an Verfahren, die mangels Durchführbarkeit einer Hauptverhandlung verzögert, allenfalls sistiert und schliesslich aufgrund des Eintritts der Verfolgungsverjährung eingestellt werden müssten, was aus rechtsstaatlichen Gesichtspunkten nicht hinzunehmen ist. Nach der hier vertretenen Auffassung soll und darf es nicht vom Verhalten der beschuldigten Person abhängen dürfen, ob ein gegen diese Person geführtes Verfahren abgeschlossen werden kann oder nicht.

Ebenfalls nicht hinzunehmen ist, dass die beschuldigte Person durch ihr eigenes Verhalten das Verfahren wesentlich verzögern kann, indem sie der Verhandlung aus nicht entschuldbaren Gründen fernbleibt. Dagegen spräche denn auch das ebenfalls aus Konventionsrecht (Art. 6 EMRK) und Verfassungsrecht (Art. 29 Abs. 1 BV) fliessende Beschleunigungsgebot nach Art. 5 Abs. 1 StPO, welches die Strafverfolgungsbehörden verpflichtet, das Verfahren unverzüglich an die Hand zu nehmen und ohne unbegründete Verzögerung zum Abschluss zu bringen.

Auch generalpräventive Überlegungen spielen dabei eine Rolle. So soll das Rechtsbewusstsein durch den Befriedungseffekt der Strafe zwischen Täter und Opfer nicht dadurch ausgehöhlt werden, dass sich die beschuldigte Person dem Verfahren entziehen kann. Schliesslich soll die Allgemeinheit von der Begehung von Straftaten abgeschreckt werden, was bei der Einstellung von Verfahren aufgrund der verweigernden Haltung der beschuldigten Person gegenüber dem Strafverfahren nicht den erwünschten Effekt hervorbringen dürfte.

Insgesamt sind die Eingriffe in die Verfahrensrechte der beschuldigten Person bei Nichterscheinen vor Gericht durch Durchführung eines Abwesenheitsverfahrens gerechtfertigt und – bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen, auf welche nachfolgend im Einzelnen eingegangen wird – entsprechend hinzunehmen.

245. So bspw. Schmid/Jositsch, Handbuch, Rz. 1401, die das Abwesenheitsverfahren unter verschiedenen Aspekten als nicht mehr zeitgemäss erachten.

246. BGE 127 I 213 E. 3.

II. DIE VORAUSSETZUNGEN DES ABWESENHEITSVERFAHRENS

A. Vorbemerkung

- 8 Um den Ansprüchen des «fair trials» begegnen zu können, hat ein Abwesenheitsverfahren stets als Ausnahme zu gelten. Der Gesetzgeber hat entsprechend die Voraussetzungen für die Durchführung eines solchen Verfahrens streng formuliert. Neben dem Vorliegen der allgemeinen Prozessvoraussetzungen wie insb. eine ordnungsgemässe Anklage, Zuständigkeit des Gerichts, Strafantrag bei Antragsdelikten, keine andere Rechtshängigkeit oder bereits eingetretene Rechtskraft, Verhandlungsfähigkeit der beschuldigten Person etc.²⁴⁷ sind von Gesetzes wegen bei der Durchführung eines Abwesenheitsverfahrens weitere Voraussetzungen zu erfüllen: So kann ein Kontumazialurteil nicht bereits nach der ersten unentschuldigten Abwesenheit der beschuldigten Person an der Hauptverhandlung ausgefällt werden, sondern es muss zu einem zweiten Hauptverhandlungstermin vorgeladen werden (Art. 366 Abs. 1 StPO).
- 9 Beide Vorladungen haben jeweils ordnungsgemäss zu erfolgen. Sodann kann ein Urteil in Abwesenheit der beschuldigten Person nur dann ergehen, wenn die beschuldigte Person im bisherigen Verfahren ausreichend Gelegenheit hatte, sich zu den ihr vorgeworfenen Straftaten zu äussern (Art. 366 Abs. 4 lit. a StPO) und der Sachverhalt liquid, d.h. spruchreif, ist (Art. 366 Abs. 4 lit. b StPO). Die strengen Voraussetzungen und die Gefahr, dass bei Antrag auf Neuurteilung (Art. 368 StPO) allenfalls noch eine dritte Hauptverhandlung durchgeführt werden muss, was einen erheblichen Aufwand für alle Beteiligten – insbesondere für die Strafbehörden – bedeutet, führen dazu, dass das Abwesenheitsverfahren in der Praxis eher zurückhaltend angewendet wird.²⁴⁸

B. Unentschuldigtes Nichterscheinen der beschuldigten Person

- 10 Bleibt die beschuldigte Person unentschuldig der Hauptverhandlung fern, so sind nach gesetzlicher Bestimmung die Vorschriften über das

247. Zu den allgemeinen Prozessvoraussetzungen ausführlich BSK-Maurer, N. 14 zu Art. 366 StPO.

248. Vgl. auch BSK-Maurer, N. 15 zu Art. 366 StPO.

Abwesenheitsverfahren anwendbar (Art. 336 Abs. 4 StPO). Mit Fernbleiben ist Säumnis nach Art. 93 StPO gemeint, wonach eine Partei dann säumig ist, wenn sie zu einem Termin nicht erscheint. Das Nichterscheinen muss sodann unentschuldigt sein, weshalb bspw. bei einer vorgängigen Dispensation nicht von Säumnis gesprochen werden kann. Die säumige Person muss allenfalls vorhandene entschuldigende Gründe glaubhaft vorbringen.²⁴⁹ Die Strafbehörden haben die Entschuldigungsgründe zu prüfen.²⁵⁰ Die tatsächliche Voraussetzung der Entschuldbarkeit ist eine Beweisfrage. Die Beweiswürdigung ist Aufgabe des Sachgerichts.²⁵¹

Einer Vorladung ist Folge zu leisten und wer verhindert ist, hat dies der 11 vorladenden Behörde unverzüglich mitzuteilen (Art. 205 Abs. 1 und 2 StPO). Insofern gilt als unentschuldigt grundsätzlich, wer die korrekt ergangene Vorladung²⁵² erhalten hat und nicht zum Verhandlungstermin erschienen ist, obwohl es bei Vorliegen von Verhinderungsgründen möglich gewesen wäre, um eine Verschiebung zu ersuchen oder mindestens das Nichterscheinen rechtzeitig zu begründen.²⁵³

Unentschuldigtes Nichterscheinen i.S.v. Art. 366 f. StPO setzt ein schuldhaftes 12 Fernbleiben voraus. Verlangt wird, dass die beschuldigte Person der Verhandlung bewusst und freiwillig fernbleibt.²⁵⁴ So kann bspw. von unentschuldigtem Fernbleiben ausgegangen werden, wenn die vorgeladene Person aus Angst vor einer Verurteilung, aus Scham, Faulheit oder Gleichgültigkeit nicht zur Hauptverhandlung erscheint.²⁵⁵ Abwesenheit aus Furcht vor einer Verhaftung wird gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ebenfalls nicht als entschuldbare subjektive Unmöglichkeit gewertet, da das öffentliche Interesse an der Durchführung des Strafverfahrens (auch gegen

249. Urteil 6B_1175/2016 vom 24. März 2017 E. 9.3.

250. Urteil 6B_203/2016 vom 14. Dezember 2016 E. 2.2.2 zur Rechtsprechung des EGMR; Siehe auch die Kommentierung in N. 9 zu Art. 368 StPO.

251. Urteile 6B_438/2017, 6B_439/2017 vom 24. August 2017 E. 4.7; Nach BSK-Wyder, N. 22 zu Art. 336 StPO, stellt die Frage, ob die Abwesenheit des Beschuldigten entschuldigt oder unentschuldigt erfolgt sei, eine Rechtsfrage dar.

252. Siehe zur ordnungsgemässen Vorladung nachfolgend N. 19 ff.

253. Urteil 6B_453/2020 vom 23. September 2020 E. 2.3.1 m.w.H.; Schmid/Jositsch, Handbuch, Rz. 1411.

254. Urteile 6B_438/2017, 6B_439/2017 vom 24. August 2017 E. 4.3 m.w.H, wobei das Bundesgericht festhält, es seien an die Entschuldbarkeit keine strengen Anforderungen zu stellen. Hier müsste wohl m.E. eher das Gegenteil gemeint sein, namentlich, dass an die Schuldbarkeit keine strengen Anforderungen zu stellen sind.

einen Abwesenden) schwerer wiegt als das gegenläufige persönliche Interesse der beschuldigten Person, sich einer in einem anderen Verfahren bereits rechtskräftig ausgesprochenen Strafe durch Flucht entziehen zu können.²⁵⁶ Nicht entschuldigbar ist weiter das Nichterscheinen aufgrund von Arbeitsüberlastung, mangelnder Sprachkenntnisse, blosser Rechtsunkenntnis etc. Auch das Nichterscheinen nach einem abgelehntem Verschiebungsgesuch (Art. 205 Abs. 2 StPO)²⁵⁷ oder abschlägig beurteilten Dispensationsgesuch (Art. 336 Abs. 3 StPO) führt zu unentschuldigter Säumnis.

- 13 Von Gesetzes wegen unentschuldigt gilt sodann, wer sich selber in den Zustand der Verhandlungsunfähigkeit versetzt oder sich weigert, aus der Haft zur Hauptverhandlung vorgeführt zu werden. In beiden Fällen kann von Gesetzes wegen sofort, d.h. bereits beim ersten Termin, ein Abwesenheitsverfahren durchgeführt werden (Art. 366 Abs. 3 StPO). Die Verweigerung der Zuführung lässt sich i.d.R. ohne weiteres darin erkennen, dass die für die Zuführung beauftragte Polizeibeamten die beschuldigte Person nicht dazu bewegen können, den Transport zum Gericht anzutreten. Die zweite Variante des Versetzens in einen verhandlungsunfähigen Zustand erfüllt, wer körperlich und/oder geistig nicht (mehr) in der Lage ist, der Verhandlung zu folgen (Art. 114 Abs. 1 StPO e contrario). Selbstverschuldet ist eine Verhandlungsunfähigkeit bspw. dann, wenn die Teilnahme an der Verhandlung aufgrund von vorgängigem Drogen- oder Alkoholkonsum oder wegen vorgängiger Selbstverletzung oder Selbstgefährdung verunmöglicht wird. Sowohl mit der Weigerung, vor Gericht zu erscheinen, als auch mit dem selbstständigen Versetzen in einen verhandlungsunfähigen Zustand, zeigt die beschuldigte Person ihr Desinteresse an der Teilnahme am Gerichtsverfahren. Sie ist aufgrund eigenen Verschuldens am gerichtlichen Termin abwesend bzw. nicht in der Lage, der Verhandlung zu folgen. Es ist von einem konkludenten Verzicht auf die ihr zustehenden Verfahrensrechte, insbesondere auf das Recht auf persönliche Teilnahme an der

255. Bei Selbsteinlieferung in ein Spital am Tag der Hauptverhandlung ist insbesondere an die Möglichkeit der Instrumentalisierung der gesundheitlichen Verfassung bzw. der Inszenierung einer Verhandlungsunfähigkeit zu denken. Mitunter könnten die konkreten Umstände den Schluss zulassen, dass die beschuldigte Person an der Verhandlung nicht teilnehmen wollte und die Unmöglichkeit, dies zu tun, durch Selbsteinlieferung in das Spital bewusst selbst verschuldet hat. So geschildert in Urteil 6B_438/2017, 6B_439/2017 vom 24. August 2017 E. 4.7.

256. Urteil 6B_208/2012 vom 30. August 2012 E. 3.3.1; BGE 127 I 213 E. 4.

257. Schmid/Jositsch, Handbuch, Rz. 1397.

Hauptverhandlung und das Äusserungsrecht, auszugehen. Ist die persönliche Anwesenheit der ordnungsgemäss vorgeladenen beschuldigten Person nicht zwingend erforderlich, kann das Gericht bei liquidem Sachverhalt in Abwesenheit der säumigen Partei bereits beim ersten Termin verhandeln und ein Kontumazialurteil fällen. Andernfalls ist sie mittels Zuführungsbefehl an die Polizei zwangsweise zum Gericht zu beordern oder die Hauptverhandlung ist zu verschieben, allenfalls das Verfahren zu sistieren.

Entschuldigt nicht erschienen ist hingegen, wer aufgrund von objektiver 14 Unmöglichkeit (höhere Gewalt) oder subjektiver Unmöglichkeit (persönliche Umstände, Irrtum) nicht zur Verhandlung erscheinen kann.²⁵⁸ Vorausgesetzt ist, dass es den Betroffenen unmöglich war, am Termin zu erscheinen, so z.B. aufgrund von Naturkatastrophen, Kriegsereignissen, Unfällen mit schwerwiegenden gesundheitlichen Folgen, Inhaftierungen, schwere Erkrankung des Betroffenen selbst oder allenfalls einer hilfsbedürftigen Drittperson, für die der Betroffene verantwortlich ist, Todesfälle in der Familie, kurzfristiger Einsatz im Militärdienst etc.²⁵⁹

Liegt ein Irrtum über die Erscheinungspflicht vor, so hat das Gericht zu 15 eruieren, wie es zu diesem Irrtum gekommen ist und ob der Irrtum von der beschuldigten Person selber zu verantworten ist. Zu berücksichtigen ist dabei, ob die Säumnis durch einen Umstand eingetreten ist, der nach den Regeln vernünftiger Interessenwahrung auch von einer sorgsam Person nicht befürchtet werden muss.²⁶⁰ So kann bspw. die irrtümliche Annahme einer beschuldigten Person, die Vorladung sei durch Einreichung eines ihrer Ansicht nach genügenden Beweisfotos obsolet geworden, nicht als entschuldigenden Grund geschützt werden.²⁶¹ Dies umso mehr nicht, wenn der Beschuldigte auf der Vorladung ausdrücklich auf die Pflicht zum Erscheinen hingewiesen wurde.

In der aktuellen Pandemiesituation stellt sich in Bezug auf die 16 Entschuldbarkeit die Frage, wie bei Personen vorzugehen ist, welche sich

258. Urteile 6B_438/2017, 6B_439/2017 vom 24. August 2017 E. 4.3 m.w.H.; BGE 127 I 213 E. 3a; 126 I 36 E. 1b; Urteil 6B_1175/2016 vom 24. März 2017 E. 9.3 und Urteil 6B_931/2015 vom 21. Juli 2016 E. 1.2.

259. Vgl. Mattmann/Eschle/Rader/Walser/Thommen, S. 269; BSK-Riedo, N. 37 und N. 38 zu Art. 94 StPO.

260. Urteil 6B_309/2020 vom 23. November 2020 m.w.H.

zwar termingerecht zum Gericht begeben, sich aber weigern, das Gerichtsgebäude aufgrund der in öffentlichen Gebäuden zeitweilig geltenden Maskenpflicht zu betreten. Nach der hier vertretenen Ansicht darf in solchen Konstellationen von einem freiwilligen bzw. selbstverschuldeten Nichterscheinen und folglich von einer unentschuldigten Abwesenheit der beschuldigten Person mit den entsprechenden Rechtsfolgen²⁶² ausgegangen werden.²⁶³

- 17 Für die Durchführung eines Abwesenheitsverfahrens ist in persönlicher Hinsicht vorausgesetzt, dass die beschuldigte Person säumig ist. Erscheint zwar die beschuldigte Person aber nicht die Verteidigung zur Hauptverhandlung, ist – Missbrauchsfälle vorbehalten²⁶⁴ – kein Abwesenheitsverfahren durchzuführen und die Verhandlung ist zu verschieben (Art. 336 Abs. 5 StPO). Bei Säumnis der Staatsanwaltschaft ist ebenfalls ein neuer Termin festzusetzen (Art. 337 Abs. 5 StPO). Ebenfalls kein Grund für die Durchführung eines Abwesenheitsverfahrens liegt vor, wenn die Privatklägerschaft unentschuldigt nicht zur Verhandlung erscheint: Diesfalls kann die Verhandlung gem. Art. 339 ff. StPO fortgesetzt und mit Urteil im ordentlichen Verfahren abgeschlossen werden. Der Privatklägerschaft steht gegen das in ihrer Abwesenheit gefällte Urteil die Berufung offen. Die Möglichkeit, eine neue Beurteilung gem. Art. 368 StPO zu verlangen, steht ihr demgegenüber nicht zu, da sich dieser Rechtsbehelf einzig an die verurteilte Person richtet.
- 18 Wann in zeitlicher Hinsicht eine Säumnis vorliegt, ist im jeweiligen Einzelfall in Ausübung des pflichtgemässen Ermessens durch das Gericht zu entscheiden. Hat bspw. die beschuldigte Person vorgängig zu ihrem Nichterscheinen ihr Desinteresse an einer Teilnahme an der

261. Beschluss der Beschwerdekammer des Obergerichts des Kantons Bern BK 22 31 vom 26. Januar 2022 E. 3.4.

262. Im ordentlichen Verfahren wäre diesfalls ein zweiter Termin zur Durchführung des Abwesenheitsverfahrens anzusetzen. Im Strafbefehlsverfahren kann nach der hier vertretenen Auffassung die Feststellung des Rückzugs der Einsprache nach Art. 355 Abs. 2 StPO erfolgen und das Verfahren abgeschrieben werden.

263. Was die Rechtfertigung der in öffentlichen Gerichtsgebäuden geltenden Maskentragpflicht betrifft, kann auf die Rechtsprechung in BGE 147 I 393 zur Maskentragpflicht in Supermärkten und Geschäften verwiesen werden, welche nach der hier vertretenen Ansicht analog anwendbar ist.

264. Von missbräuchlichem Verhalten ist auszugehen, wenn der Verteidiger in Absprache mit dem Klienten bspw. zum Zwecke der Verfahrensverzögerung der Hauptverhandlung fernbleibt.

Hauptverhandlung kundgetan, erscheint es nicht nötig, längere Zeit zuzuwarten, bis die Hauptverhandlung abgebrochen und zum neuen Termin vorgeladen wird bzw. beim zweiten Termin das Abwesenheitsverfahren durchgeführt wird. Ist die beschuldigte Person unbekannten Aufenthalts und wurde die Vorladung mittels öffentlicher Ausschreibung publiziert, so erscheint nach der hier vertretenen Ansicht die Gewährung einer sogenannten «Respektviertelstunde» als ausreichend.²⁶⁵ Wurde von Seiten der beschuldigten Person eine Verspätung angekündigt, erscheint es angezeigt, das Eintreffen der beschuldigten Person abzuwarten bzw. auch eine längere, d.h. über die Respektviertelstunde hinausgehende Verzögerung hinzunehmen und die Hauptverhandlung erst in Anwesenheit der beschuldigten Person zu eröffnen. Andernfalls liefe das Gericht Gefahr, in überspitzten Formalismus zu verfallen²⁶⁶ bzw. eine nicht verhältnismässige Verletzung der verfassungsmässig garantierten Verfahrensrechte einzugehen.

C. Ordnungsgemässe Vorladung zur Hauptverhandlung

Unentschuldigt von einer Verhandlung fernbleiben kann nur, wer vorgängig¹⁹ ordnungsgemäss vorgeladen wurde. Ordnungsgemäss vorgeladen i.S.v. Art. 201 ff. i.V.m. Art. 85 ff. StPO bedeutet, dass die Vorladung dem Beschuldigten entweder direkt zugestellt wurde oder – bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen²⁶⁷ – eine öffentliche Ausschreibung nach Art. 88 StGB erfolgte und die Fristen für eine rechtsgültige Vorladung²⁶⁸ eingehalten wurden.

Eine ordnungsgemässe direkte Zustellung an den Beschuldigten liegt vor,²⁰ wenn der Versand per Einschreiben erfolgte und die Vorladung gegen Unterschrift ausgehändigt wurde. Dabei reicht eine Zustellung an einen Angestellten oder Hausgenossen grundsätzlich aus (Art. 85 Abs. 3 StPO). Ebenfalls ausreichend ist, wenn die beschuldigte Person tatsächlich Kenntnis

265. Eine im Vorentwurf zur StPO noch vorgesehene Wartefrist von einer Stunde («Respektstunde»; Art. 104 Abs. 4 VE StPO) ist heute nicht mehr vorgesehen und erscheint mit Blick auf die nur geringe Wahrscheinlichkeit, dass die mittels öffentlicher Publikation vorgeladene Person doch noch erscheint, als nicht gerechtfertigt.

266. Vgl. dazu auch SK-Summers, N. 11 zu Art. 366 StPO.

267. Siehe zur öffentlichen Ausschreibung nachfolgend N. 23.

268. Zehn Tage vor dem Hauptverhandlungstermin bei direkter Zustellung (Art. 202 Abs. 1 lit. b StPO) bzw. einen Monat im Voraus bei öffentlicher Publikation (Art. 202 Abs. 2 StPO); siehe dazu nachfolgend N. 24.

von der Vorladung erhalten hat. Dies ist im Einzelfall zu prüfen und kann bspw. bejaht werden, wenn die beschuldigte Person kurz nach dem (mutmasslichen) Erhalt der Vorladung Dispositionen trifft, wie bspw. Flugtickets bucht oder sich ins Ausland absetzt bzw. untertaucht. Auch ist von einer ordnungsgemässen Zustellung der Vorladung auszugehen, wenn im Hinblick auf den Hauptverhandlungstermin innert der mit Vorladung angesetzten Frist durch die beschuldigte Person Beweismittel eingereicht werden. In diesen Fällen darf nach der hier vertretenen Ansicht davon ausgegangen werden, dass die beschuldigte Person vom Hauptverhandlungstermin und der entsprechenden Vorladung tatsächlich Kenntnis erlangt hat, ansonsten sie wohl kaum fristgetreue Eingaben machen würde. Die Beweislast für eine tatsächliche Kenntnisnahme und somit für das Vorliegen einer ordnungsgemässen Zustellung liegt jedoch in jedem Fall bei den Strafbehörden.

- 21 Gültig ist eine Zustellung ebenfalls unter Annahme der Zustellungsfiktion gem. Art. 85 Abs. 4 StPO, wenn die eingeschriebene Postsendung nicht abgeholt wurde oder wenn der Adressat die Annahme der eingeschriebenen Postsendung verweigert hat.²⁶⁹ In Anwendung der Zustellfiktion gilt die Zustellung bei unterlassener Abholung oder Verweigerung als am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als zugestellt, sofern die beschuldigte Person mit der Zustellung rechnen musste. Dies ist regelmässig dann der Fall, wenn gegen die beschuldigte Person bereits eine Voruntersuchung durchgeführt wurde und Anklage gegen sie erhoben bzw. ein Strafbefehl erlassen wurde.
- 22 Nicht ordnungsgemäss ist die Zustellung der Vorladung hingegen dann, wenn sie einzig an den amtlichen oder privaten Verteidiger ergeht. In der Praxis wird sowohl von Seiten der Gerichte als auch der Anwaltschaft oftmals verkannt, dass dieser Zustellweg den gesetzlichen Ansprüchen nicht genügt. Zustellungen an die Verteidigung werden von Gesetzes wegen zwar für Mitteilungen explizit vorgesehen (Art. 87 Abs. 3 StPO), gelten aber aufgrund der ausdrücklichen Regelung von Art. 87 Abs. 4 StPO nicht für die Zustellung der Vorladung, die einer persönlichen Zustellung an die zur Verhandlung zu erscheinende Partei und somit an die beschuldigte Person selber bedarf. Als gangbarer Weg erscheint die Möglichkeit, der Verteidigung zusammen mit

269. BSK-Maurer, N. 13 zu Art. 366 StPO.

ihrer Orientierungskopie ein zusätzliches Exemplar der Vorladung auszuhändigen, damit sie diese – quasi als Hilfsperson des Gerichts – an ihre Klientschaft weiterleitet. In solchen Fällen ist dem Gericht allerdings eine Zustellbescheinigung, unterzeichnet durch die beschuldigte Person, vorzulegen, die belegt, dass die Vorladung durch die beschuldigte Person tatsächlich zur Kenntnis genommen wurde. Nicht alle Anwälte sind bereit, als «Zustellgehilfen des Gerichts» zu fungieren. Dies wäre aber angesichts der Vereinfachung von mitunter komplizierten und oft langwierigen Zustellwegen – insbesondere bei Zustellungen ins Ausland, welche auf dem Rechtshilfeweg zu erfolgen haben – aus Sicht der Strafbehörden wünschenswert.²⁷⁰

Mittels öffentlicher Ausschreibung nach Art. 88 StGB kann ebenfalls gültig zur 23
Hauptverhandlung vorgeladen werden. Dies unter den alternativen Voraussetzungen, dass der Aufenthaltsort der Adressatin oder des Adressaten unbekannt ist und trotz zumutbarer Nachforschungen nicht ermittelt werden kann (Art. 88 lit. a StPO), eine Zustellung unmöglich ist oder mit ausserordentlichen Umtrieben verbunden wäre (Art. 88 lit. b StPO) oder eine Partei oder ihr Rechtsbeistand mit Wohnsitz, gewöhnlichem Aufenthaltsort oder Sitz im Ausland kein Zustellungsdomizil in der Schweiz bezeichnet hat (Art. 88 lit. c StPO). Die rechtmässige öffentliche Bekanntmachung schafft die Fiktion der Zustellung, d.h. die unwiderlegbare Vermutung, dass der Inhalt der Mitteilung dem Adressaten zur Kenntnis gelangt ist.²⁷¹ Die Zustellung gilt vom Publikationstag der Bekanntmachung an als erfolgt (Art. 88 Abs. 2 StPO). Nicht genügend ist eine Vorladung per öffentlicher Ausschreibung, wenn eine beschuldigte Person für unauffindbar erklärt wurde, obwohl seine ausländische Adresse den Behörden bekannt war oder zumindest bei Anwendung der entsprechenden Sorgfalt hätte festgestellt werden können.²⁷²

Eine gültige Zustellung einer Vorladung liegt immer nur dann vor, wenn die 24
Frist nach Art. 202 StPO eingehalten wurde. So sind Vorladungen im gerichtlichen Verfahren mindestens 10 Tage vor der Verfahrenshandlung zuzustellen (Art. 202 Abs. 1 lit. b StPO). Öffentliche Vorladungen sind mindestens einen Monat vor der Verfahrenshandlung zu publizieren (Art. 202 Abs. 2 StPO).

270. Wobei Handlungen für einen fremden Staat natürlich heikel sein können, sofern der jeweils betroffene ausländische Staat eine Strafbestimmung wie Art. 271 StGB kennt.

271. BSK-Arquint, N. 8 zu Art. 88 StPO.

272. OFK-Riklin, N. 2 zu Art. 366 StPO m.w.H.

D. Ausreichende Gelegenheit zur Äusserung (rechtliches Gehör; Abs. 4 lit. a)

- 25 Die in Art. 366 Abs. 4 lit. a StPO enthaltene materielle Voraussetzung fliesst direkt aus dem konventions- und verfassungsrechtlichen Grundsatz nach Art. 6 EMRK bzw. den allgemeinen Verfahrensgarantien von Art. 29 BV, wonach die beschuldigte Person das Recht hat, am Verfahren teilzunehmen und sich zu sämtlichen Vorwürfen äussern zu können. Die Bestimmung verdeutlicht, dass es kein Vorverfahren gegen Abwesende gibt; kann die beschuldigte Person im Vorverfahren wegen unbekannten Aufenthalts nicht einvernommen werden, ist das Verfahren schon von der Staatsanwaltschaft zu sistieren.²⁷³ Insofern regeln die Art. 366 ff. StPO nur die Abwesenheit einer beschuldigten Person an der Hauptverhandlung.²⁷⁴
- 26 Ausreichende Gelegenheit zur Äusserung wurde immer dann gewährt, wenn die beschuldigte Person im Vorverfahren durch die Staatsanwaltschaft einlässlich und zu allen angeklagten Tatbeständen einvernommen wurde. Der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme gleichzusetzen sind in diesem Zusammenhang die an die Polizeibehörden nach Art. 312 Abs. 2 StPO delegierten Einvernahmen sowie die rechtshilfeweise durch eine ausserkantonale oder ausländische Staatsanwaltschaft unter Wahrung der Parteirechte durchgeführten Einvernahmen.²⁷⁵ Auch wenn das Gesetz nicht ausdrücklich eine staatsanwaltschaftliche Einvernahme vorschreibt, dürfte eine polizeiliche Einvernahme i.d.R. nicht genügen.²⁷⁶ Hat sich der Beschuldigte aber zusätzlich, bspw. mittels Briefs oder E-Mails bei den Strafverfolgungsbehörden gemeldet und sich zur Sache geäussert, so kann dies nach der hier vertretenen Ansicht bereits genügen. Dies insbesondere dann, wenn die beschuldigte Person von Anfang an ihr Desinteresse an der Verhandlungsteilnahme äusserte oder ihre Aussage zur Sache anlässlich der früheren Einvernahme(n) vehement verweigerte. Ebenfalls massgebend ist, ob die beschuldigte Person sich zu den Ergebnissen des Vorverfahrens bzw. zu den ihr vorgeworfenen Sachverhalten äussern konnte. Eine Befragung unter dem Vorwurf der einfachen Körperverletzung reicht selbstredend nicht aus,

273. Schmid/Jositsch, Praxiskommentar, N. 10 zu Art. 366 StPO.

274. OFK-Riklin, N. 1 Vorbemerkungen zu Art. 366 StPO.

275. BSK-Maurer, N. 16 zu Art. 366 StPO; angezweifelt von Schmid/Jositsch, Handbuch, Rz. 1401 FN 132, wonach fraglich sei, ob eine im Ausland durchgeführte Einvernahme genüge.

276. BSK-Maurer, N. 16 zu Art. 366 StPO; Schmid/Jositsch, Handbuch, Rz. 1401.

um dem Anspruch auf rechtliches Gehör in Bezug auf eine später zur Anklage gebrachte vorsätzliche Tötung zu genügen. Es ist folglich jeweils im Einzelfall durch das Gericht abzuwägen, ob dem Anspruch des Beschuldigten auf Äusserung genüge getan wurde.

Hatte die beschuldigte Person im Vorverfahren keine ausreichende 27
Gelegenheit zur Äusserung und kann ihr das rechtliche Gehör auch im gerichtlichen Hauptverfahren nicht gewährt werden, kann zu diesem Zeitpunkt kein Urteil ergehen. Das Verfahren ist in Anwendung von Art. 366 Abs. 2 i.V.m. Art. 329 Abs. 2 StPO zu sistieren.

E. Liquider Sachverhalt (Abs. 4 lit. b)

Für die Durchführung eines Abwesenheitsverfahrens ist weiter vorausgesetzt, 28
dass der Sachverhalt liquid bzw. spruchreif ist. Mit anderen Worten muss das Gericht in der Lage sein, gestützt auf die vorhandenen Beweismittel ein Urteil zu fällen.

Liquid ist der Sachverhalt vorab bei Vorliegen eines überprüfbaren oder 29
glaubhaften Geständnisses der beschuldigten Person in Bezug auf den ihr vorgeworfenen Sachverhalt. Lässt sich dieses Geständnis durch die Akten stützen, steht einer sofortigen Beurteilung der Sache im Abwesenheitsverfahren – sofern auch die anderen Voraussetzungen erfüllt sind – nichts im Weg.

Liegt kein Geständnis der beschuldigten Person vor, ist für das Vorliegen eines 30
spruchreifen Sachverhalts vorausgesetzt, dass die Beweislage eindeutig ist und die Schuld durch stichhaltige Beweise nachgewiesen werden kann. Auch kann bereits zu Beginn der Verhandlung klar sein, dass eine Verurteilung in Anwendung des Grundsatzes «in dubio pro reo» nicht möglich erscheint. In diesem Fall kann die beschuldigte Person im Abwesenheitsverfahren auch freigesprochen werden.²⁷⁷

Nicht liquid ist der Sachverhalt hingegen dann, wenn der persönliche 31
Eindruck der vorgeladenen aber unentschuldigt nicht erschienenen Person für das Gericht zur Fällung eines Urteils von entscheidender Bedeutung ist. Erlaubt die Akten- und die sich daraus ergebende Beweislage eine Beurteilung ohne Anwesenheit der beschuldigten Person nicht, ist die

277. Vgl. BSK-Maurer, N. 16 zu Art. 366 StPO.

Verhandlung abzurechnen und zu einem neuen Termin vorzuladen oder aber die vorgeladene Person mittels polizeilicher Hilfe zum Gerichtstermin vorführen zu lassen. Gelingt auch die Zuführung nicht, ist das Verfahren nach Art. 366 Abs. 2 letzter Satz StPO zu sistieren.²⁷⁸

III. SISTIERUNG (ART. 366 ABS. 2 LETZTER SATZ STPO)

- 32 Alternativ zur Durchführung eines Abwesenheitsverfahrens lässt es das Gesetz nach Art. 366 Abs. 2 letzter Satz StPO zu, bei Abwesenheit der beschuldigten Person das Verfahren zu sistieren. Dieses Vorgehen ist vorab dann sinnvoll, wenn die beschuldigte Person bloss vorübergehend (bspw. ferienhalber) abwesend oder verhandlungsunfähig ist und damit gerechnet werden kann, dass das Verfahren innert angemessener Frist unter Gewährung des verfassungsrechtlich garantierten Teilnahmerechts im ordentlichen Verfahren zu Ende geführt werden kann. Angezeigt ist eine Sistierung auch dann, wenn das Gericht eine Befragung der beschuldigten Person oder weitere Beweisabnahmen für notwendig hält.²⁷⁹ Die Entscheidung, ob ein Verfahren zu sistieren ist, steht dabei im freien Ermessen des Gerichts.

IV. AUSNAHMEN UND ABGRENZUNGEN

A. Dispensation von der Hauptverhandlung (Art. 336 StPO)

- 33 Abzugrenzen ist das unentschuldigte Nichterscheinen von der Möglichkeit nach Art. 336 StPO, sich von der persönlichen Anwesenheit an der Hauptverhandlung dispensieren zu lassen. Die Verfahrensleitung kann nach Art. 336 Abs. 3 StPO die beschuldigte Person auf ihr Gesuch hin vom persönlichen Erscheinen an der Hauptverhandlung dispensieren, wenn sie wichtige Gründe geltend macht und ihre Anwesenheit nicht erforderlich ist. Lässt sich die beschuldigte Person dispensieren und wird das Gesuch bewilligt, ist es dem Gericht möglich, bereits beim ersten Termin die Hauptverhandlung durchzuführen und ein Urteil zu fällen. Es findet diesfalls ein ordentliches Verfahren statt.²⁸⁰ In der Regel wird die beschuldigte Person im Falle der Dispensation von einer Rechtsanwältin oder einem Rechtsanwalt

278. Schmid/Jositsch, Handbuch, Rz. 1402.

279. Vgl. Schmid/Jositsch, Praxiskommentar, N. 7 zu Art. 366 StPO.

280. BSK-Maurer, N. 7 und N. 19 zu Art. 366 StPO.

vor Gericht verteidigt, was aber nicht zwingend vorausgesetzt ist. Ist die beschuldigte Person unbekannten Aufenthalts und besteht zwischen der Verteidigung und der Klientschaft kein Kontakt, ist das Stellen eines Dispensationsgesuchs grundsätzlich nicht denkbar, da die Verteidigung mangels entsprechender Instruktion i.d.R. nicht in der Lage ist, einen solchen Antrag beim Gericht zu deponieren. Diesfalls kommt – mangels Dispensationsgesuchs – einzig das Abwesenheitsverfahren unter der Bedingung, dass zu einem zweiten Termin vorgeladen wird, in Betracht.

B. Verlassen des Verhandlungsortes (Art. 340 Abs. 1 lit. c StPO)

Wurde die Hauptverhandlung in Anwesenheit der beschuldigten Person eröffnet und verlässt sie im späteren Verlauf den Verhandlungsort, ohne sich vorgängig dispensieren zu lassen, wird die Verhandlung ohne die abwesende beschuldigte Person fortgesetzt und zu Ende geführt (Art. 340 Abs. 1 lit. c StPO). Das Verfahren wird dabei in der zu Beginn der Verhandlung festgelegten Verfahrensart weitergeführt. Das Abwesenheitsverfahren kommt diesfalls nicht zur Anwendung. 34

C. Nichterscheinen zur Fortsetzungsverhandlung

Erscheint die beschuldigte Person vorladungsgemäss zur Hauptverhandlung, muss diese aber aus anderen Gründen abgebrochen und an einem Fortsetzungstermin weitergeführt werden, so ist nach der hier vertretenen Ansicht bei unentschuldigtem Nichterscheinen am Fortsetzungstermin ebenfalls kein Abwesenheitsverfahren durchzuführen. 35

Die Verfahrensart wurde bei Eröffnung der Verhandlung am ersten Termin festgesetzt und kann im Nachhinein nicht mehr verändert werden. Das Nichterscheinen zur Fortsetzungsverhandlung gilt nach der hier vertretenen Ansicht als eine besondere Form des Verlassens des Verhandlungsortes und das hiervor zu Ziff. II. B. Gesagte ist analog anzuwenden. Unter den gegebenen Umständen erscheint es allerdings als angezeigt, der beschuldigten Person eine «Respektviertelstunde» einzuräumen und nach Möglichkeit zu versuchen, sie zu kontaktieren. Aufgrund des Erscheinens zum ersten Termin kann ohne gegenteilige Anzeichen nicht per se davon ausgegangen werden, die beschuldigte Person habe am weiteren Verlauf des Verfahrens kein Interesse (mehr). 36

- 37 Sollte sich herausstellen, dass die beschuldigte Person ohne eigenes Verschulden den Fortsetzungstermin verpasst hat, ist ihr nach der hier vertretenen Ansicht eine zweite Chance zu gewähren und die Verhandlung erneut abubrechen. Sollte sich die Säumnis beim nächsten Fortsetzungstermin wiederholen, kann das Verfahren ohne weiteres im ordentlichen Verfahren zu Ende geführt werden. Vorbehalten bleibt in jedem Fall ein rechtsmissbräuchliches und rein prozesstaktisches Verhalten²⁸¹ der beschuldigten Person. Solche Verhaltensweisen sind nicht zu schützen.

D. Ausschluss vom weiteren Verfahren (Art. 63 Abs. 4 StPO)

- 38 Muss die zur Anwesenheit verpflichtete beschuldigte Person in Anwendung von sitzungspolizeilichen Massnahmen aufgrund ihres Verhaltens vom weiteren Verfahren ausgeschlossen werden (Art. 63 Abs. 4 StPO), wird die Verhandlung ohne die beschuldigte Person fortgesetzt und zu Ende geführt. Auch hier ist die zu Beginn der Verhandlung in Anwesenheit der Partei(en) festgesetzte Verfahrensart beizubehalten. Das Abwesenheitsverfahren findet keine Anwendung.

E. Säumnis im Einspracheverfahren gegen einen Strafbefehl (Art. 356 Abs. 4 StPO)

- 39 Hat das Gericht eine Einsprache gegen einen Strafbefehl zu beurteilen, so hat die Einsprache erhebende Person eine Mitwirkungsobliegenheit: Bleibt sie trotz Vorladung einer Einvernahme unentschuldigt fern, gilt ihre Einsprache von Gesetzes wegen als zurückgezogen (Art. 355 Abs. 2 StPO). Diese vorab für das staatsanwaltschaftliche Einspracheverfahren konzipierte Rückzugsfiktion gilt gemäss Art. 356 Abs. 2 StPO analog auch bei Nichterscheinen der einsprechenden Person zur gerichtlichen Hauptverhandlung. Der Rückzug der Einsprache wird demnach fingiert, sofern die beschuldigte Person ordnungsgemäss zur Hauptverhandlung vorgeladen wurde und sich vor Gericht nicht anwaltlich vertreten lässt. Erscheint die Verteidigung zur Hauptverhandlung aber nicht die einsprechende Person, so ist die Verhandlung abubrechen und an einem späteren Termin neu anzusetzen. Vorbehalten bleibt eine allfällige Dispensation der beschuldigten Person, die eine Durchführung der Verhandlung ohne den Beschuldigten erlaubt.

281. Bspw. der Versuch, sich in eine bevorstehende Verjährung zu retten.

Für die Frage, wann eine einsprechende Person nach Art. 356 Abs. 4 StPO als 40
unentschuldigt säumig gilt, kann auf das oben ausgeführte verwiesen werden.
282 Auch gelten nach der hier vertretenen Ansicht die Weigerung, aus der Haft
zugeführt zu werden bzw. das selbstständige Versetzen in einen
verhandlungsunfähigen Zustand (Art. 366 Abs. 3 StPO) als nicht
entschuldbarer Grund analog auch im Strafbefehlsverfahren. Die
Durchführung eines Abwesenheitsverfahren wird in diesen Fällen jedoch –
anders als im ordentlichen Verfahren – obsolet und das Einspracheverfahren
ist beim erstmaligen Nichterscheinen am ersten Termin wegen Rückzugs der
Einsprache als Gegenstandslos vom Protokoll abzuschreiben.

Die Rückzugsfiktion ist allerdings im Einspracheverfahren dann nicht 41
anwendbar, wenn die beschuldigte Person im Ausland lebt und die Vorladung
im Ausland zuzustellen ist. Gemäss Art. 69 IRSG (SR 351.1) ist, wer eine
Vorladung zum Erscheinen vor einer ausländischen Behörde entgegennimmt,
nicht verpflichtet, ihr Folge zu leisten (Abs. 1). Vorladungen, die
Zwangsandrohungen enthalten, werden nicht zugestellt (Abs. 2). Insofern
dürfen die schweizerischen Behörden dem sich im Ausland aufhaltenden
Beschuldigten zwar Vorladungen zusenden, wobei diese jedoch keine
Zwangsandrohungen enthalten dürfen. Sie stellen in der Sache bloss
Einladungen dar, denen die beschuldigte Person folgen kann oder nicht.
Erscheint die im Ausland wohnende einsprechende Person nicht zur
Hauptverhandlung, hat das Gericht in analoger Anwendung von Art. 366 Abs.
1 StPO bei gegebenen Voraussetzungen das Abwesenheitsverfahren in
Aussicht zu stellen und zu einem zweiten Termin vorzuladen. Bleibt die
einsprechende Person auch beim zweiten Termin unentschuldigt fern, ist bei
Vorliegen sämtlicher Voraussetzungen das Abwesenheitsverfahren
durchzuführen. Die Rückzugsfiktion androhen dürfen die schweizerischen
Behörden der beschuldigten Person nur dann, wenn sie sich freiwillig in die
Schweiz begibt und die Vorladung hier zugestellt werden kann.²⁸³

F. Säumnis im abgekürzten Verfahren (Art. 358 ff. StPO)

Im abgekürzten Verfahren gem. Art. 358 ff. StPO ist bei Nichterscheinen der 42
beschuldigten Person die Durchführung eines Abwesenheitsverfahrens nicht
möglich. Ein Verfahren ohne Anwesenheit der beschuldigten Person würde

282. Vgl. ausführlich zum unentschuldigtem Nichterscheinen N. 10 ff.

283. BGE 140 IV 86 E. 2.4.

der ausdrücklichen Vorgabe von Art. 361 Abs. 2 StPO widersprechen, wonach im abgekürzten die persönliche Befragung der beschuldigten Person zum Zwecke der Überprüfung des Geständnisses und der Prüfung der Übereinstimmung des Sachverhalts mit der Aktenlage vorgeschrieben ist.²⁸⁴ Erscheint die beschuldigte Person unentschuldigt nicht zum Verhandlungstermin, ist die Verhandlung neu anzusetzen. Es darf davon ausgegangen werden, dass die beschuldigte Person ein Interesse an der Teilnahme an der Hauptverhandlung hat, zumal sie im abgekürzten Verfahren in der Regel ein tieferes Strafmass und tiefere Verfahrenskosten als im ordentlichen Verfahren zu erwarten hat.

G. Abwesenheit der beschuldigten Person im Verfahren bei schuldunfähigen Personen (Art. 374 Abs. 2 lit. a StPO)

- 43 Kein Abwesenheitsverfahren gem. Art. 366 ff. StPO ist durchzuführen, wenn das Gericht bei einer schuldunfähigen Person mit Rücksicht auf deren Gesundheitszustand oder zum Schutz ihrer Persönlichkeitsrechte in ihrer Abwesenheit tagt.²⁸⁵ Diesfalls handelt es sich um eine speziell im Gesetz geregelte Anwendungsform der Dispensation von der Hauptverhandlung gemäss Art. 336 Abs. 3 StPO. In Anwendung von Art. 374 Abs. 2 StPO ist ein ordentliches Verfahren in Abwesenheit der beschuldigten Person durchzuführen.

H. Säumnis im Berufungsverfahren

- 44 Im Berufungsverfahren kommt die Durchführung eines Abwesenheitsverfahrens gestützt auf Art. 407 Abs. 2 StPO nur dann in Betracht, wenn die Staatsanwaltschaft oder die Privatklägerschaft Berufung gegen das erstinstanzliche Urteil erhoben haben. Bleibt in dieser Konstellation die beschuldigte Person als nicht berufungsführende Person der Berufungsverhandlung unentschuldigt fern, ist das Abwesenheitsverfahren nach Art. 366 ff. StPO in Aussicht zu stellen und zu einem zweiten Termin vorzuladen. Bleibt die beschuldigte Person auch beim zweiten Termin säumig und sind die restlichen Voraussetzungen erfüllt, kann auch im Berufungsverfahren ein Abwesenheitsurteil gefällt werden.

284. BGE 139 IV 233 S. 238 ff.

285. BSK-Maurer, N. 7a zu Art. 366 StPO.

Ist die beschuldigte Person berufungsführende Partei und bleibt sie in dieser 45
Eigenschaft der Berufungsverhandlung unentschuldigt fern und lässt sich auch
nicht vertreten, gilt die Berufung von Gesetzes wegen als zurückgezogen (Art.
407 Abs. 1 lit. a StPO). Wird die säumige beschuldigte Person vor zweiter
Instanz anwaltlich vertreten, ist die Berufungsverhandlung dennoch im
ordentlichen Verfahren durchzuführen. Ein Abwesenheitsverfahren gemäss
den Art. 366 ff. StPO findet diesfalls nicht statt (Art. 407 Abs. 2 StPO, e
contrario). Erscheint zwar die berufungsführende beschuldigte Person zur
Berufungsverhandlung, bleibt hingegen die (amtliche) notwendige
Verteidigung aus, ist die Verhandlung von Gesetzes wegen zu verschieben (Art.
336 Abs. 5 StPO i.V.m. Art. 405 Abs. 1 StPO).²⁸⁶

Fand vor erster Instanz ein Abwesenheitsverfahren statt und erhob die 46
amtliche Verteidigung in Ausübung ihrer anwaltlichen Sorgfaltspflicht im
Namen des noch immer abwesenden Beschuldigten Berufung, so ist Mangels
Kenntnis des Aufenthaltsortes der berufungsführenden Person und somit
aufgrund der Unmöglichkeit der Zustellung der Vorladung zur
Berufungsverhandlung gestützt auf die Rückzugsfiktion gemäss Art. 407 Abs. 1
Bst. c StPO von einer zurückgezogenen Berufung auszugehen.²⁸⁷

SCHEMATISCHER ÜBERBLICK ÜBER DAS ABWESENHEITSVERFAHREN

Schematischer Überblick über das Abwesenheitsverfahren

LITERATURVERZEICHNIS

Maurer Thomas, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar zur Strafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014.

Mattmann Jascha/Eschle David/Rader Franziska/Walser Simone/Thommen Marc, Heimliche Verurteilungen, ZStrR 139/2021 S. 253 ff.

Riklin Franz, Schweizerische Strafprozessordnung mit JStPO, StBOG und weiteren Erlassen, Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), 2. Aufl. 2014.

286. Zum Ganzen: Urteil 6B_1293/2018 vom 14. März 2019 E. 3.3.2.

287. Beschluss der 2. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern SK 18 283 vom 22. Oktober 2018.

Schmid Niklaus/Jositsch Daniel, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. Aufl. Zürich/St.Gallen 2017 (zit. Handbuch).

Schmid Niklaus/Jositsch Daniel, Praxiskommentar zur schweizerischen Strafprozessordnung, Dike Kommentar, 3. Aufl. Zürich 2018 (zit. Praxiskommentar).

Summers Sarah, in: Donatsch Andreas/Lieber Viktor/Summers Sarah/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2020.

Wyder Peter-René in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar zur Strafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 367 StPO

Eine Kommentierung von Denise Weingart

ZITIERVORSCHLAG

Denise Weingart, Kommentierung zu Art. 367 StPO, in: Sonja Koch (Hrsg.), Onlinekommentar zur Strafprozessordnung

Kurzzitat: OK-Weingart, N XXX zu Art. 367 StPO.

Art. 367 Durchführung und Entscheid

¹ Die Parteien und die Verteidigung werden zum Parteivortrag zugelassen.

² Das Gericht urteilt aufgrund der im Vorverfahren und im Hauptverfahren erhobenen Beweise.

³ Nach Abschluss der Parteivorträge kann das Gericht ein Urteil fällen oder das Verfahren sistieren, bis die beschuldigte Person persönlich vor Gericht erscheint.

⁴ Im Übrigen richtet sich das Abwesenheitsverfahren nach den Bestimmungen über das erstinstanzliche Hauptverfahren.

GLIEDERUNG

I. Allgemeines.....	83
II. Durchführung des Abwesenheitsverfahrens	83
A. Gewährung der Parteirechte (Abs. 1).....	83
B. Dem Urteil zugrundeliegende Beweismittel (Abs. 2)	84
C. Urteil im Abwesenheitsverfahren oder Sistierung (Abs. 3)	84
D. Anwendbare Prozessbestimmungen (Abs. 4)	86
Literaturverzeichnis	86

I. ALLGEMEINES

Stellt das Gericht im ersten Verhandlungstermin ein unentschuldigtes 1
Nichterscheinen trotz ordnungsgemässer Vorladung der beschuldigten Person
fest, so setzt es einen zweiten Hauptverhandlungstermin an. Bleibt die
beschuldigte Person auch diesem Verhandlungstermin unentschuldig fern,
kann anlässlich des zweiten Hauptverhandlungstermins das
Abwesenheitsverfahren durchgeführt werden. Art. 367 StPO widmet sich den
Modalitäten der Durchführung des Abwesenheitsverfahrens anlässlich dieses
zweiten Hauptverhandlungstermins.

II. DURCHFÜHRUNG DES ABWESENHEITSVERFAHRENS

A. Gewährung der Parteirechte (Abs. 1)

Die Verfahrensrechte der Parteien sind auch bei der Durchführung des 2
Abwesenheitsverfahrens – wo immer möglich – zu gewährleisten. Eine
weitergehende Schlechterstellung der abwesenden beschuldigten Person
würde nicht mehr den heutigen Vorstellungen²⁸⁸ sowie den internationalen
Ansprüchen an ein faires Verfahren nach Art. 6 EMRK entsprechen.

Wird das Abwesenheitsverfahren durchgeführt, so muss es dem 3
unentschuldig abwesenden Beschuldigten möglich sein, durch die
Verteidigung Anträge im Verfahren zu stellen, was von Gesetzes wegen in Art.
367 Abs. 1 StPO durch Zulassung der Parteien und der Verteidigung zum
Parteivortrag, garantiert wird. Sodann muss die beschuldigte Person die
Möglichkeit haben, Akteneinsicht zu verlangen oder gegen prozessleitende
Verfahrenshandlungen bzw. gegen das verfahrensabschliessende Urteil
Rechtsmittel und/oder Rechtsbehelfe ergreifen zu können.

Dasselbe gilt für die übrigen Parteien, deren Rechte im Verfahren bei 4
Abwesenheit ebenfalls soweit möglich zu gewährleisten sind. Dem Anspruch
der Privatklägerschaft auf (erneute) parteiöffentliche Befragung des
Beschuldigten anlässlich der Hauptverhandlung bzw. auf Gewährung des
Fragerechts nach Art. 147 StPO, kann bei Abwesenheit des Beschuldigten
naturgemäss nicht entsprochen werden. Solche Einschnitte in die

288. Vgl. Botschaft, 1300; BSK-Maurer, N. 1 zu Art. 367 StPO.

Prozessrechte der Parteien sind durch die Abwesenheit bedingt und im Rahmen des verfassungsmässig Zulässigen hinzunehmen.

B. Dem Urteil zugrundeliegende Beweismittel (Abs. 2)

- 5 Gemäss Art. 367 Abs. 2 StPO urteilt das Gericht aufgrund der im Vorverfahren und im Hauptverfahren erhobenen Beweise. Dabei können auch die nach Art. 332 Abs. 3 StPO erhobenen vorgezogenen Beweiserhebungen berücksichtigt werden.²⁸⁹ Dem Gericht steht es in Anwendung der Untersuchungsmaxime sodann frei, anlässlich der Hauptverhandlung noch zusätzliche Beweise zu erheben, bspw. Zeugen, Auskunftspersonen oder sachverständige Personen zu befragen, Unterlagen zu edieren, Gutachten erstellen zu lassen etc. Ein Anspruch der Parteien auf Durchführung eines Beweisverfahrens nach Art. 341 ff. StPO besteht jedoch nicht.²⁹⁰
- 6 Dennoch erscheint es angezeigt, dass das Gericht keinen reinen Aktenprozess führt, sondern vielmehr ein vollständiges Beweisverfahren mit Ausnahme der Einvernahme der beschuldigten Person durchführt.²⁹¹ Denn bereits aus Art. 366 Abs. 4 lit. b StPO ergibt sich, dass für ein Urteil im Abwesenheitsverfahren ein liquider Sachverhalt vorliegen, er mithin spruchreif sein muss. Mit anderen Worten muss das Gericht in der Lage sein, gestützt auf die vorhandenen Beweismittel ein Urteil zu fällen. Erlaubt die Akten- und die sich daraus ergebende Beweislage eine Beurteilung ohne Anwesenheit der beschuldigten Person nicht, ist die Verhandlung abubrechen und zu einem neuen Termin vorzuladen oder das Verfahren zu sistieren.

C. Urteil im Abwesenheitsverfahren oder Sistierung (Abs. 3)

- 7 Das Gericht kann bei Vorliegen sämtlicher Voraussetzungen²⁹² ein Abwesenheitsurteil fällen oder aber das Verfahren sistieren. Da es sich um eine «Kann-Vorschrift» handelt, bleibt dem Gericht in Bezug auf die Wahl des Vorgehens ein Ermessensspielraum.²⁹³ Ein Urteil ist gemäss Botschaft in der

289. Schmid/Jositsch, Handbuch, N. 1405.

290. Schmid/Jositsch, Handbuch, N. 1405.

291. BSK-Maurer, N. 2 zu Art. 367 StPO.

292. Unentschuldigtes Nichterscheinen trotz ordnungsgemässer Vorladung, Gewährung des rechtlichen Gehörs und Vorliegen eines liquiden Sachverhalts. Siehe zu den Voraussetzungen des Abwesenheitsverfahrens ausführlich die Kommentierung zu Art. 366 StPO.

293. Vgl. Botschaft, 1300.

Regel dann zu fällen, wenn ein öffentliches Interesse an einem sofortigen Abschluss des Straffalles vorhanden ist, so bspw. bei drohendem Eintritt der Verfolgungsverjährung oder bei einem Fall, der in der Öffentlichkeit Aufsehen erregt hat.²⁹⁴ Nach der hier vertretenen Ansicht sind darüber hinaus hängige Verfahren wann immer möglich durch ein Urteil abzuschliessen. Das Gericht ist an das Beschleunigungsgebot nach Art. 5 StPO gebunden und hat ein Strafverfahren ohne unbegründete Verzögerung zum Abschluss zu bringen. Es könnte gar einer Rechtsverweigerung gleichkommen, wenn bei gegebenen Voraussetzungen für ein Kontumazialurteil das Verfahren sistiert und schliesslich wegen Eintritts der Verfolgungsverjährung eingestellt werden würde.

Bei der Wahl des weiteren Vorgehens sind die Interessen allfälliger Opfer oder Geschädigter massgeblich zu berücksichtigen. Diese haben nicht zuletzt unter dem Aspekt von Sühne und Vergeltung für das durch den Beschuldigten begangene Unrecht ihrerseits ein Interesse an der Erledigung eines Strafverfahrens durch ein verfahrensabschliessendes Urteil.

Die Sistierung erscheint hingegen immer dann als angezeigt, wenn davon auszugehen ist, dass ein ordentliches Verfahren unter Wahrung der Teilnahmerechte der beschuldigten Person innert nützlicher Frist – d.h. jedenfalls noch vor Eintritt der Verfolgungsverjährung – durchgeführt werden kann. Dies ist bspw. der Fall, wenn sich die beschuldigte Person bloss in den Auslandferien befindet.

Die Bestimmungen über das erstinstanzliche Hauptverfahren gemäss Verweisung in Abs. 1 gelten auch in Bezug auf die Zustellung des nach Abs. 3 gefällten Urteils nach Art. 82 ff. StPO sowie in Bezug auf die Rechtskraft dieses Urteils, welche nach den üblichen Voraussetzungen von Art. 437 ff. StPO eintritt,²⁹⁵ jedoch eine bloss resolutiv (auflösend) bedingte Rechtskraft darstellt.²⁹⁶ Die endgültige Rechtskraft des Abwesenheitsurteils tritt erst ein, wenn die verurteilte Person nach persönlicher Zustellung des Urteils innert 10 Tagen keine neue Beurteilung verlangt oder diese durch das Gericht

294. Botschaft, 1300.

295. Schmid/Jositsch, Handbuch, Rz. 1407.

296. Siehe zur resolutiv bedingten Rechtskraft ausführlich die Kommentierung in N. 16 f. zu Art. 368 StPO sowie Urteil 1B_478/2021 vom 28. September 2021 E. 2.3 m.w.H.

abgelehnt wurde.²⁹⁷ Dies bedingt, dass der Aufenthaltsort der beschuldigten Person ermittelt werden konnte oder diese sonst wie gestellt wurde.²⁹⁸

- 11 Gegen ein Abwesenheitsurteil sind sodann die Rechtsmittel von Berufung und Beschwerde²⁹⁹ sowie zusätzlich der Rechtsbehelf der Neubeurteilung nach Art. 368 StPO möglich.³⁰⁰

D. Anwendbare Prozessbestimmungen (Abs. 4)

- 12 Gemäss Art. 367 Abs. 4 StPO richtet sich das Abwesenheitsverfahren grundsätzlich nach Art. 367 StPO und – wo diese Norm keine Spezialregelung enthält – subsidiär nach den Bestimmungen über das erstinstanzliche Hauptverfahren nach Art. 335 ff. StPO. Selbstredend müssen für die Durchführung eines Abwesenheitsverfahrens die allgemein geltenden Prozessvoraussetzungen wie örtliche, sachliche und funktionelle Zuständigkeit, Strafantrag bei Antragsdelikten, keine anderweitige Rechtshängigkeit oder bereits eingetretene Rechtskraft etc. erfüllt sein und die Parteien sind sowohl zur ersten als auch zur zweiten Hauptverhandlung ordnungsgemäss vorzuladen. Bei Ausbleiben der Verteidigung oder einer Prozesspartei ist durch das Gericht auch beim zweiten Termin einlässlich zu prüfen, ob ein unentschuldigtes Nichterscheinen vorliegt oder ob sich vielmehr eine weitere Verschiebung der Verhandlung aufdrängt. In Fällen der notwendigen Verteidigung nach Art. 130 StPO kann nur in Anwesenheit eines Anwaltes verhandelt werden; bleibt auch die Verteidigung aus, so muss die Verhandlung zwingend erneut verschoben werden.³⁰¹

LITERATURVERZEICHNIS

Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 1085 ff.

Maurer Thomas, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar zur Strafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014.

297. Zum Ganzen Urteil 1B_478/2021 vom 28. September 2021 E. 2.3 m.w.H.

298. Siehe dazu ausführlich die Kommentierung in N. 4 ff. zu Art. 368.

299. Siehe zum Verhältnis der Rechtsmittel/Rechtsbehelfe untereinander die Kommentierung zu Art. 371 StPO.

300. Siehe dazu eingehend die Kommentierung zu Art. 368 StPO.

301. BSK-Maurer, N. 1 zu Art. 367 StPO.

Schmid Niklaus/Jositsch Daniel, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. Aufl. Zürich/St.Gallen 2017 (zit. Handbuch).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 368 StPO

Eine Kommentierung von Denise Weingart

ZITIERVORSCHLAG

Denise Weingart, Kommentierung zu Art. 368 StPO, in: Sonja Koch (Hrsg.), Onlinekommentar zur Strafprozessordnung

Kurzzitat: OK-Weingart, N. XXX zu Art. 368 StPO.

2. Abschnitt: Neue Beurteilung

Art. 368 Gesuch um neue Beurteilung

¹ Kann das Abwesenheitsurteil persönlich zugestellt werden, so wird die verurteilte Person darauf aufmerksam gemacht, dass sie innert 10 Tagen beim Gericht, welches das Urteil gefällt hat, schriftlich oder mündlich eine neue Beurteilung verlangen kann.

² Im Gesuch hat die verurteilte Person kurz zu begründen, weshalb sie an der Hauptverhandlung nicht teilnehmen konnte.

³ Das Gericht lehnt das Gesuch ab, wenn die verurteilte Person ordnungsgemäss vorgeladen worden, aber der Hauptverhandlung unentschuldigt ferngeblieben ist.

GLIEDERUNG

I. Allgemeines.....	91
II. Persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich	91
III. Gesuch um neue Beurteilung	92
A. Persönliche Zustellung des Urteils (Abs. 1).....	92
B. Gesuch und Begründungsobliegenheit (Abs. 2).....	93
C. Ablehnungsgründe (Abs. 3).....	94
IV. Rechtsfolgen / Rechtskraftwirkung	95
V. Verhältnis zu den ordentlichen Rechtsmitteln und anderen Rechtsbehelfen	96
A. Verhältnis zur Berufung	96
B. Verhältnis zur Beschwerde	96
C. Verhältnis zur Wiederherstellung bei versäumten Terminen (Art. 94 Abs. 5 StPO)	97
Literaturverzeichnis	98

I. ALLGEMEINES

Abwesenheitsverfahren sind vor dem Hintergrund von Art. 6 Ziff. 1 EMRK³⁰² 1 nur dann zulässig, sofern die verurteilte Person nachträglich (grundsätzlich auch nach Eintritt der Vollstreckungsverjährung) verlangen kann, dass ein Gericht, nachdem es sie zur Sache angehört hat, nochmals überprüft, ob die gegen sie erhobenen Beschuldigungen begründet sind.³⁰³ Diesem völkerrechtlichen Anspruch wird mit dem Rechtsbehelf der Neubeurteilung nach Art. 368 StPO ausdrücklich Rechnung getragen und eine nachträgliche Beurteilung des Abwesenheitsurteils eröffnet. Mit dieser Möglichkeit können die einem Abwesenheitsverfahren inhärenten Eingriffe in das Teilnahme- und Äusserungsrecht korrigiert bzw. abgemildert werden.³⁰⁴

II. PERSÖNLICHER UND SACHLICHER ANWENDUNGSBEREICH

Der Rechtsbehelf der Neubeurteilung steht ausdrücklich nur der im 2 Abwesenheitsverfahren verurteilten Person zu. Damit ist klar, dass weder die Staatsanwaltschaft noch die Privatklägerschaft eine neue Beurteilung nach Art. 368 StPO verlangen können. Die Staatsanwaltschaft bzw. die Privatklägerschaft, die sich gegen ein in ihrer Abwesenheit ergangenes Urteil wehren will, ist auf die ordentlichen Rechtsmittel der Berufung und der Beschwerde zu verweisen.

In Bezug auf ein Urteil, das nicht im Abwesenheitsverfahren ergangen ist, ist 3 keine Neubeurteilung nach Art. 368 ff. StPO möglich.³⁰⁵ Wird das Abwesenheitsverfahren wegen Fehlens einer Prozessvoraussetzung gem. Art. 329 Abs. 4 StPO eingestellt, so kann der Abwesende ebenfalls keine

302. Siehe zu den verfassungsrechtlichen Bedenken bei der Durchführung eines Abwesenheitsverfahrens N. 1 ff. zu Art. 366 StPO.

303. Urteile des EGMR *Medenica v. Schweiz* vom 14. Juni 2001, Ziff. 54; *Krombach v. Frankreich* vom 13. Februar 2001, Ziff. 85; *Poitrimol v. Frankreich* vom 23. November 1993, Serie A Nr. 277-A, Ziff. 31; *Colozza v. Italy* vom 12. Februar 1985, Serie A Bd. 89 Ziff. 29.

304. Vgl. dazu BGE 126 I 36 E. Ia; BGE 127 I 213 E. 3.a; BGE 129 II 56 E. 6.2; Urteil des EGMR *Colozza v. Italy* vom 12. Februar 1985, Serie A Bd. 89 Ziff. 29; Urteil EGMR *Medenica v. Switzerland* vom 14. Juni 2001, Ziff. 54.

305. Siehe zur Abgrenzung der Verfahrensarten N. 33 ff. zu Art. 366 StPO.

Neubeurteilung verlangen, da es an der Voraussetzung einer Verurteilung fehlt.

306

III. GESUCH UM NEUE BEURTEILUNG

A. Persönliche Zustellung des Urteils (Abs. 1)

- 4 Wird der Aufenthaltsort der zweifach unentschuldig der Hauptverhandlung ferngebliebenen beschuldigten Person ermittelt oder wird sie auf andere Weise gestellt, wird ihr das Dispositiv des Abwesenheitsurteils ausgehändigt. Dies kann noch Jahre nach der Verurteilung der Fall sein.
- 5 Gleichzeitig mit der Aushändigung des Urteils ist die verurteilte Person auf die Möglichkeit hinzuweisen, dass sie innert 10 Tagen seit Erhalt eine neue Beurteilung nach Art. 368 ff. StPO verlangen kann (Art. 368 Abs. 1 StPO). Praxisgemäss wird dieser Hinweis als Rechtsmittelbelehrung auf dem Urteil abgedruckt. Ebenso ist auf die Begründungspflicht nach Abs. 2 sowie die allenfalls gegebene Möglichkeit, nach Art. 371 Abs. 1 StPO parallel die Berufung zu erklären, aufmerksam zu machen.³⁰⁷
- 6 Das Gesetz verlangt in Art. 368 Abs. 1 StPO ausdrücklich eine persönliche Zustellung des Abwesenheitsurteils, um die 10-tägige Rechtsbehelfsfrist auszulösen. Die Botschaft geht davon aus, dass der Aufenthaltsort der beschuldigten Person ermittelt wird oder diese sonst wie gestellt wird und ihr dabei das Dispositiv des Abwesenheitsurteils ausgehändigt werden kann.³⁰⁸ Dies ist bspw. dann der Fall, wenn eine verurteilte Person zur Verhaftung ausgeschrieben und aufgrund eines Haftbefehls festgenommen wurde.
- 7 Die Aushändigung erfolgt dabei an die verurteilte Person persönlich. Gemeint ist damit eine Übergabe von Hand zu Hand. Die Übergabe des Urteils an eine im gleichen Haushalt lebende über sechzehnjährige Person gem. Art. 85 Abs. 3 StPO sowie die Anwendung der Zustellfiktion gem. Art. 85 Abs. 4 lit. a StPO löst die Frist nach Art. 368 Abs. 1 StPO demgegenüber nicht aus.³⁰⁹ Es muss mit anderen Worten gewährleistet sein, dass der Beschuldigte das Kontumazialurteil tatsächlich in die Hand erhält und damit einhergehend

306. BSK-Maurer, N. 5 zu Art. 371 StPO.

307. Schmid/Jositsch, Praxiskommentar, N. 3 zu Art. 368 StPO.

308. Botschaft StPO, 1301.

309. BSK-Maurer, N. 4 zu Art. 368 StPO.

auch tatsächlich zur Kenntnis nimmt. Eine Zustellung an die Verteidigung oder an einen Domizilträger oder eine Urteilspublikation genügt ebenfalls grundsätzlich nicht.³¹⁰ Nach der hier vertretenen Ansicht kann jedoch ausnahmsweise einer persönlichen Übergabe abgesehen werden, wenn die Verteidigung mit der verurteilten Person in Kontakt steht und ausdrücklich bestätigen kann, dass die verurteilte Person das in Abwesenheit ergangene Urteil und die Möglichkeit der Erhebung eines Rechtsbehelfs tatsächlich zur Kenntnis genommen hat, was aber ggf. mit den anwaltlichen Pflichten kollidieren kann, denn der Verurteilte hat u.U. ein Interesse daran, die Frist nicht auszulösen, z.B. um die Vollstreckungsverjährung abzuwarten. Schwierigkeiten könnte dabei auch die Feststellung des Zustellungszeitpunkts und damit der Fristbeginn bieten, weshalb sinnvollerweise vom Beschuldigten eine unterzeichnete Zustellbescheinigung einzuholen ist. Die diesbezügliche Beweislast liegt beim Staat.

Solange die persönliche Zustellung des Urteils nicht erfolgt ist und die Rechtsbehelfsfrist dadurch weder zu laufen begonnen hat noch abgelaufen ist und auch solange ein gestelltes Gesuch um neue Beurteilung nicht abgewiesen wurde, bleibt die Rechtskraft des Abwesenheitsurteils resolutiv bedingt³¹¹ und das Urteil ist (noch) nicht vollstreckbar.

B. Gesuch und Begründungsobliegenheit (Abs. 2)

Das Verfahren nach Art. 368 StPO bedarf eines schriftlichen oder mündlich zu Protokoll gegebenen Gesuchs der im Abwesenheitsverfahren verurteilten Person. Das Gesuch ist innert 10 Tagen seit Kenntnisnahme des Kontumazialurteils beim ursprünglich urteilenden Gericht einzureichen. Im Gesuch um Neubeurteilung hat die verurteilte Person kurz zu begründen, weshalb sie an der Hauptverhandlung bzw. den Hauptverhandlungen nicht teilgenommen hat. Sie hat diese Gründe, die ihre Abwesenheit rechtfertigen, glaubhaft vorzubringen.³¹² Vorgebrachte Entschuldigungsgründe haben die Strafbehörden zu prüfen.³¹³ Fehlt eine Begründung, ist der gesuchstellenden Person vorab eine Nachfrist zu setzen³¹⁴ und bei unbenutztem Ablauf der

310. OFK-Riklin, N. 1 zu Art. 368 StPO m.w.H.; BSK-Maurer, N. 3 zu Art. 368 StPO m.w.H.

311. Siehe dazu unten N. 16 f.

312. Urteil 6B_1175/2016 vom 24. März 2017 E. 9.3.

313. Urteil 6B_203/2016 vom 14. Dezember 2016 E. 2.2.2 zur Rechtsprechung des EGMR.

314. Botschaft, 1301.

Nachfrist auf das Gesuch nicht einzutreten. Der Nichteintretensentscheid erfolgt dabei mittels schriftlichen Entscheids in Form eines Beschlusses bzw. einer Verfügung (Art. 80 Abs. 1 StPO). Beschlüsse und Verfügungen der erstinstanzlichen Gerichte unterliegen der Beschwerde (Art. 393 Abs. 1 StPO).

- 10 Die gesetzliche Obliegenheit zur Begründung der Abwesenheit durch die verurteilte Person steht dabei im Einklang mit der konventionsrechtlichen Rechtsprechung und verletzt nicht etwa den Grundsatz von *nemo tenetur se ipsum accusare*, wonach niemand gehalten ist, sich selber zu belasten. Denn es gilt ganz allgemein, dass Rechtsmittel und Rechtsbehelfe zu begründen sind,³¹⁵ ansonsten nicht darauf eingetreten wird.

C. Ablehnungsgründe (Abs. 3)

- 11 Art. 368 Abs. 3 StPO regelt die Frage, unter welchen Voraussetzungen dem Gesuch um Neubeurteilung zu entsprechen ist bzw. wann dieses abzulehnen ist. Demnach lehnt das Gericht das Gesuch ab, wenn die verurteilte Person ordnungsgemäss vorgeladen wurde, der Hauptverhandlung aber unentschuldigt ferngeblieben ist.
- 12 Der in den Art. 368 Abs. 3 StPO und Art. 369 Abs. 4 StPO verwendete Begriff «unentschuldigt» ist in beiden Bestimmungen gleich auszulegen und stimmt mit demjenigen nach Art. 366 StPO überein. Verlangt ist ein schuldhaftes Fernbleiben.³¹⁶ Im Vordergrund stehen dabei Fälle, in denen sich Beschuldigte weigern, zur Hauptverhandlung zu erscheinen. So bspw., wenn aus Äusserungen der beschuldigten Person bekannt ist, dass sie nicht gedenkt, einer Vorladung Folge zu leisten. Wenn also die beschuldigte Person in Kenntnis der Strafverfolgung in unmissverständlicher Weise auf die Teilnahme an der Hauptverhandlung verzichtet oder für die Absicht, sich dem Strafverfahren durch Flucht zu entziehen, eindeutige konkrete Anhaltspunkte vorliegen, ist die Wiederaufnahme des Verfahrens ausgeschlossen. Diesfalls hat die beschuldigte Person klarerweise auf eine Teilnahme an der (ersten und zweiten) Hauptverhandlung verzichtet.³¹⁷ Sie kann später nicht mehr darauf zurückkommen.

315. Urteil 6B_438/2017, 6B_439/2017 vom 24. August 2017 E. 4.3.

316. Siehe dazu ausführlich die Kommentierung zu Art. 366 StPO; dazu auch Urteil 6B_438/2017, 6B_439/2017 vom 24. August 2017 E. 4.3 und Urteil 6B_1175/2016 vom 24. März 2017 E. 9.3

317. SK-Summers, N. 6 zu Art. 366 StPO.

Die Beweislast für das selbstverschuldete Nichterscheinen liegt allerdings – 13
wie dies auch bei Säumnis nach Art. 366 StPO der Fall ist – beim Staat.³¹⁸
Dass dem Beschuldigten gemäss Strassburger Praxis nicht der Beweis der
Schuldlosigkeit auferlegt werden darf, bedeutet indessen nicht, dass im
Verfahren betreffend Gesuch um neue Beurteilung nicht zu berücksichtigen
ist, ob die geltend gemachten Gründe die Abwesenheit glaubhaft als
unverschuldet erscheinen lassen.³¹⁹ Sofern nicht nachweisbar ist, dass die
beschuldigte Person der Hauptverhandlung unentschuldig ferngeblieben ist,
ist das Gesuch um Neubeurteilung gutzuheissen.³²⁰

IV. RECHTSFOLGEN / RECHTSKRAFTWIRKUNG

Soweit das Gesuch um Neubeurteilung gutgeheissen und nach Massgabe von 14
Art. 369 f. StPO ein neues Urteil gefällt wird, fällt das Abwesenheitsurteil
dahin. Es gilt insofern auch verjährungsrechtlich nicht mehr als
erstinstanzliches Urteil.³²¹

Lehnt das Gericht das Gesuch um neue Beurteilung hingegen ab, fällt es 15
gemäss Art. 80 Abs. 1 StPO einen formellen Beschluss (Kollegialgericht) bzw.
eine Verfügung (Einzelgericht). Dagegen ist nach den allgemeinen
Bestimmungen die Beschwerde zulässig (Art. 393 Abs. 1 lit. b StPO). Das
Abwesenheitsurteil bleibt in diesem Fall bestehen (Art. 369 Abs. 4 StPO). Das
im Abwesenheitsverfahren gefällte Urteil erwächst diesfalls nach den
allgemeinen Regeln in Rechtskraft (vgl. Art. 437 ff. StPO).

Wird gegen das Abwesenheitsurteil innert der Rechtsmittelfrist, deren 16
Auslösung – im Gegensatz zur Rechtsbehelfsfrist – keine persönliche
Zustellung des Urteils bedingt, kein ordentliches Rechtsmittel ergriffen, kann
grundsätzlich von einem rechtskräftigen Urteil gesprochen werden. Indes
handelt es sich dabei um eine bloss resolutiv (auflösend³²²) bedingte
Rechtskraft und das Urteil ist (noch) nicht vollstreckbar. Die endgültige
Rechtskraft des Abwesenheitsurteils tritt erst ein, wenn die verurteilte Person
nach persönlicher Zustellung des Urteils innert 10 Tagen keine neue

318. Botschaft, 1301, wonach es der EMRK widerspreche, den Beweis für die Schuldlosigkeit den
Beschuldigten aufzuerlegen, vgl. Urteil des EGMR Colozza v. Italy vom 12. Februar 1985,
Serie A Bd. 89 Ziff. 29.

319. Urteile 6B_1175/2016, 6B_1176/2016 vom 24. März 2017 E. 9.5.

320. Botschaft, 1301.

321. Urteil 6B_389/2019 vom 28. Oktober 2019.

Beurteilung i.S. von Art. 368 StPO verlangt oder die Neuurteilung durch das Gericht abgelehnt wurde. Dies bedingt, dass der Aufenthaltsort der beschuldigten Person ermittelt werden konnte oder diese sonst wie gestellt wurde und ihr die Möglichkeit der Erhebung eines Rechtsbehelfs überhaupt zur Kenntnis gebracht werden konnte.

- 17 Die bloss resolutiv bedingte Rechtskraft gilt selbst dann, wenn das Gericht dem Gesuch um Neuurteilung keine aufschiebende Wirkung im Sinne von Art. 369 Abs. 3 StPO gewährt.³²³

V. VERHÄLTNIS ZU DEN ORDENTLICHEN RECHTSMITTELN UND ANDEREN RECHTSBEHELFEN

A. Verhältnis zur Berufung

- 18 Der Gesetzgeber widmete dem Verhältnis der Neuurteilung zur Berufung eine eigene Gesetzesnorm. So ist in Art. 271 StPO festgeschrieben, dass, solange die Berufungsfrist noch läuft, die verurteilte Person neben oder statt dem Gesuch um neue Beurteilung auch die Berufung gegen das Abwesenheitsurteil erklären kann. Sie ist über diese Möglichkeit im Sinne von Art. 368 Abs. 1 StPO zu informieren. Auf eine Berufung wird nur eingetreten, wenn das Gesuch um neue Beurteilung abgelehnt wurde.³²⁴

B. Verhältnis zur Beschwerde

- 19 Bei Ablehnung des Gesuchs um neue Beurteilung, welche in Form des Beschlusses bzw. der Verfügung ergeht, steht der im Abwesenheitsverfahren verurteilten Person die Beschwerde an die Rechtsmittelinstanz offen (Art. 393 Abs. 1 lit. b StPO).
- 20 Wurde nach Gutheissung des Gesuchs um Neuurteilung eine weitere (dritte) Hauptverhandlung durchgeführt bei welcher die beschuldigte Person erneut unentschuldigt fernblieb, fällt ein weiteres Gesuch um neue

322. Bei der aufschiebenden Bedingung wird die Wirksamkeit eines Rechtsaktes vom Eintritt eines zukünftigen ungewissen Ereignisses abhängig gemacht. Konkret hängt die Geltung des Abwesenheitsurteils davon ab, ob es nachträglich durch ein neues Urteil ersetzt wird oder nicht.

323. Urteil 1B_478/2021 vom 28. September 2021 E. 2.3.

324. Vgl. ausführlich die Kommentierung zu Art. 371 StPO.

Beurteilung ausser Betracht. Gegen die gerichtliche Feststellung nach Art. 369 Abs. 4 StPO, wonach das ursprüngliche Abwesenheitsurteil gilt, kann die erneut säumig gebliebene beschuldigte Person Beschwerde erheben mit der Begründung, das Gericht habe zu Unrecht ein unentschuldigtes Fernbleiben angenommen.³²⁵

C. Verhältnis zur Wiederherstellung bei versäumten Terminen (Art. 94 Abs. 5 StPO)

Im Falle eines ergangenen Kontumazialurteils gehen nach der hier 21 vertretenen Ansicht die Bestimmungen von Art. 368 ff. StPO als *lex specialis* denjenigen der Wiederherstellung bei versäumten Terminen nach Art. 94 StPO vor, was sich aus dem Vorbehalt in Art. 94 Abs. 5 StPO zu Gunsten der Bestimmungen über das Abwesenheitsverfahren ergibt.

Für die Wiederherstellung hat die beschuldigte Person glaubhaft zu machen, 22 dass sie an der Säumnis kein Verschulden trifft.³²⁶ Demgegenüber trägt beim Gesuch um Neubeurteilung, wie oben bereits erwähnt wurde, der Staat die Beweislast für das Verschulden des Nichterscheinens. Insofern ist das Vorgehen nach Art. 368 ff. StPO für die beschuldigte Person stets das Günstigere.

In Konstellationen, in denen Art. 368 ff. StPO nicht zur Anwendung gelangen 23 kann, weil kein Abwesenheitsurteil sondern ein ordentliches Urteil ergangen ist,³²⁷ steht der säumigen beschuldigten Person der Rechtsbehelf gemäss Art. 94 StPO zur Verfügung.

Ebenfalls kann die Wiederherstellung nach der hier vertretenen Ansicht 24 verlangt werden, wenn die 10-tägige Frist zur Erhebung des Rechtsbehelfs nach Art. 368 StPO bereits verstrichen ist, die Frist von 30 Tagen zur Wiederherstellung der Frist aber noch immer läuft.³²⁸

325. Urteile 6B_438/2017, 6B_439/2017 vom 24. August 2017 E. 4.2.

326. Vgl. Urteile 6B_1074/2015 vom 19. November 2015 E. 3.1.2; 6B_968/2014 vom 24. Dezember 2014 E. 1.3; 6B_125/2011 vom 7. Juli 2011 E. 1; je mit Hinweisen.

327. So, wenn bspw. die berufungsführende beschuldigte Person nicht zur Berufungsverhandlung erscheint, sie aber durch ihre Verteidigung vertreten wird und die Berufungsverhandlung somit dennoch als ordentliches Verfahren durchzuführen ist (siehe dazu N. 45 zu Art. 366 StPO sowie Urteil 6B_1293/2018 vom 14. März 2019 E. 3.3.2.) oder, wenn sich der Beschuldigte von der Teilnahme an der Hauptverhandlung auf Gesuch hin dispensieren liess.

LITERATURVERZEICHNIS

Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 1085 ff.

Maurer Thomas, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar zur Strafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014.

Riklin Franz, Schweizerische Strafprozessordnung mit JStPO, StBOG und weiteren Erlassen, Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), 2. Aufl. 2014.

Schmid Niklaus/Jositsch Daniel, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. Aufl. Zürich/St.Gallen 2017 (zit. Handbuch).

Schmid Niklaus/Jositsch Daniel, Praxiskommentar zur schweizerischen Strafprozessordnung, Dike Kommentar, 3. Aufl. Zürich 2018 (zit. Praxiskommentar).

Summers Sarah, in: Donatsch Andreas/Lieber Viktor/Summers Sarah/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2020.

328. Schmid/Jositsch, Handbuch, Rz. 1416; **a.A.** BSK-Maurer, N. 7 zu Art. 371, wonach der Rechtsbehelf der Wiederherstellung der Frist nicht zulässig sein soll.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 369 StPO

Eine Kommentierung von Denise Weingart

ZITIERVORSCHLAG

Denise Weingart, Kommentierung zu Art. 369 StPO, in: Sonja Koch (Hrsg.), Onlinekommentar zur Strafprozessordnung

Kurzzitat: OK-Weingart, N. XXX zu Art. 369 StPO.

Art. 369 Verfahren

¹ Sind die Voraussetzungen für eine neue Beurteilung voraussichtlich erfüllt, so setzt die Verfahrensleitung eine neue Hauptverhandlung an. An dieser entscheidet das Gericht über das Gesuch um neue Beurteilung und fällt gegebenenfalls ein neues Urteil.

² Die Rechtsmittelinstanzen sistieren die von anderen Parteien eingeleiteten Rechtsmittelverfahren.

³ Die Verfahrensleitung entscheidet bis zur Hauptverhandlung über die Gewährung der aufschiebenden Wirkung sowie über die Sicherheitshaft.

⁴ Bleibt die verurteilte Person der Hauptverhandlung erneut unentschuldigt fern, so bleibt das Abwesenheitsurteil bestehen.

⁵ Das Gesuch um neue Beurteilung kann bis zum Schluss der Parteiverhandlungen unter Kosten- und Entschädigungsfolge zurückgezogen werden.

GLIEDERUNG

I. Allgemeines.....	101
II. Das Verfahren bei Gesuch um neue Beurteilung im Besonderen	101
A. Summarische Vorprüfung und neue Hauptverhandlung (Abs. 1).....	101
B. Sistierung von bereits eingeleiteten Rechtsmittelverfahren (Abs. 2)	102
C. Entscheid über die aufschiebende Wirkung und Sicherheitshaft (Abs. 3)	103
III. Folgen des erneut unentschuldigten Fernbleibens (Abs. 4)	104
IV. Rückzug des Gesuchs (Abs. 5).....	104
Literaturverzeichnis	104

I. ALLGEMEINES

Art. 369 StPO regelt das Verfahren, welches zur Anwendung gelangt, wenn das 1
Gesuch um neue Beurteilung nach Art. 368 StPO voraussichtlich gutgeheissen
werden kann. Es kommt diesfalls zu einer dritten Hauptverhandlung, bei
welcher die Verfahrensrechte der beschuldigten Person, insb. deren
Teilnahme- und Aussagerechte, vollumfänglich gewahrt werden. Wurden in
der Abwesenheitsverhandlung Beweise abgenommen, sind diese Erhebungen
nochmals zu wiederholen, unabhängig davon, ob die Verteidigung bei der
Abwesenheitsverhandlung anwesend war oder nicht.³²⁹ Im Rahmen von Art.
369/370 StPO ergeht folglich kein (!) Abwesenheitsurteil.³³⁰

II. DAS VERFAHREN BEI GESUCH UM NEUE BEURTEILUNG IM BESONDEREN

A. Summarische Vorprüfung und neue Hauptverhandlung (Abs. 1)

Der Gesetzesnorm von Art. 369 Abs. 1 StPO folgend soll das Gericht vorab 2
und insofern bloss summarisch prüfen, ob die Voraussetzungen für die
Gutheissung des Gesuchs um neue Beurteilung voraussichtlich erfüllt sein
könnten. Ist dies zu bejahen, bspw. dann, wenn die verurteilte Person
darlegen kann, dass sie entweder nicht ordnungsgemäss vorgeladen worden
ist oder schuldlos nicht an der Hauptverhandlung teilnehmen konnte,³³¹ hat
das Gericht zu einer weiteren, mithin der dritten Hauptverhandlung,³³²
vorzuladen.

Erst anlässlich der hiernach folgenden Hauptverhandlung beurteilt das 3
Gericht das Gesuch um neue Beurteilung abschliessend. Bewilligt das Gericht
eine neue Beurteilung, schreitet es sofort zur Wiederholung der
Hauptverhandlung³³³ und führt diese unter Berücksichtigung der Grundsätze

329. SK-Summers, N. 7 zu Art. 369 StPO.

330. Urteile 6B_438/2017, 6B_439/2017 vom 24. August 2017 E. 3.3.2.

331. Jositsch, S. 219.

332. Dies, nachdem aufgrund der unentschuldigten Abwesenheit die erste Hauptverhandlung
abgebrochen wurde und anlässlich der zweiten Hauptverhandlung ein Abwesenheitsurteil
gefällt wurde. Konnte bereits in Anwendung von Art. 366 Abs. 3 StPO sofort ein
Abwesenheitsverfahren durchgeführt werden, handelt es sich bei der neuen
Hauptverhandlung nach Art. 369 StPO erst um die zweite Hauptverhandlung.

von Art. 339 ff. StPO³³⁴ und unter Gewährung sämtlicher Parteirechte durch. Gegen die Bewilligung der Wiederaufnahme besteht keine (eigenständige) Rechtsmittelmöglichkeit. Allerdings kann das neu ergangene Urteil mit Berufung angefochten werden unter Geltendmachung, dass die Voraussetzungen für die Wiederaufnahme nicht gegeben gewesen seien.³³⁵

- 4 Für den Fall, dass die Voraussetzungen für die Gutheissung des Gesuchs offensichtlich nicht erfüllt sind, hat das Gericht nach Gewährung des rechtlichen Gehörs an die Parteien das Gesuch mittels schriftlichen Entscheids abzuweisen. Diesfalls erübrigt sich nach der hier vertretenen Ansicht die Ansetzung einer dritten Hauptverhandlung, zumal es prozessökonomisch keinen Sinn machen würde, die Parteien die Plädoyers vorbereiten zu lassen, wenn von vornherein schon klar ist, dass das Gesuch abgewiesen werden wird. Gegen diesen im schriftlichen Verfahren zu ergehenden verfahrenserledigenden Zwischenentscheid³³⁶ steht der verurteilten Person die Beschwerde nach Art. 393 ff. StPO an die Rechtsmittelinstanz offen.³³⁷

B. Sistierung von bereits eingeleiteten Rechtsmittelverfahren (Abs. 2)

- 5 Gemäss Art. 369 Abs. 2 StPO werden im Fall, dass neben dem Gesuch um Neuurteilung auch noch Rechtsmittel eingereicht wurden, diese sistiert.
- 6 Auffallend ist, dass Art. 369 Abs. 2 StPO nur von denjenigen Rechtsmittelverfahren spricht, die «von anderen Parteien» eingeleitet worden sind. Die Rechtsmittelverfahren, welche von der verurteilten Person selber eingeleitet wurden, werden damit ausgenommen. Dies ist darauf zurückzuführen, dass Art. 371 Abs. 2 StPO für Berufungen der verurteilten Person eine Sonderbestimmung enthält, wonach auf eine Berufung nur dann eingetreten wird, wenn das Gesuch um neue Beurteilung abgelehnt wurde. Wird das Gesuch hingegen gutgeheissen, ergeht ein neuer erstinstanzlicher Entscheid, weshalb auf die auf das gegen das Abwesenheitsurteil erhobene Rechtsmittel nicht einzutreten ist. Bis über das Gesuch um Neuurteilung

333. Jositsch, S. 220.

334. BSK-Maurer, N. 3 zu Art. 369 StPO.

335. SK-Summers, N. 4 zu Art. 369 StPO.

336. BSK-Maurer, N. 2 zu Art. 369 StPO.

337. Vgl. Botschaft, 1302

geurteilt wurde, erscheint es jedoch auch in Bezug auf die von der beschuldigten Person eingereichten Rechtsmittel sinnvoll, das oberinstanzliche Verfahren zu sistieren, womit im Ergebnis die Berufungen von sämtlichen Parteien in Bezug auf die Sistierung gleich zu behandeln sind.

C. Entscheid über die aufschiebende Wirkung und Sicherheitshaft (Abs. 3)

Wird gegen ein Abwesenheitsurteil der Rechtsbehelf der Neubeurteilung 7 erhoben, gilt das Urteil nur resolutiv bedingt³³⁸ und ist (noch) nicht vollstreckbar, womit auch ein allfällig gestützt auf das Abwesenheitsurteil eingeleiteter ordentlicher Strafvollzug nicht vorliegen kann. Die (resolutiv bedingt) verurteilte Person befindet sich damit formell nach wie vor in Sicherheitshaft, womit Haftentlassungsgesuche während des Verfahrens um Neubeurteilung im erstinstanzlichen Verfahren nach Art. 230 StPO und im Berufungsverfahren nach Art. 233 StPO zu behandeln sind.³³⁹ Dies ergibt sich denn auch aus Art. 369 Abs. 3 StPO, welcher im Zusammenhang mit der Neubeurteilung ausdrücklich von Entscheidungen über die Sicherheitshaft (und eben nicht von ordentlicher Haft) spricht.

Der Umstand einer bloss resolutiv bedingten Rechtskraft und 8 Vollstreckbarkeit mag auf den ersten Blick problematisch erscheinen, zumal die «Schwebefrist» bis zur Ergreifung des Rechtsbehelfs lange andauern kann, da es auf die Zustellung des Abwesenheitsurteils ankommt (Art. 368 Abs. 1 StPO). Weil in Haftfällen die verurteilte Person jedoch physisch greifbar ist, steht einer persönlichen Zustellung nichts im Weg, womit die 10-tägige Frist zur Erhebung des Gesuchs um Neubeurteilung abgewartet werden kann, bevor die ordentliche Haft in Vollzug gesetzt wird.

Das Gericht entscheidet ebenfalls über die aufschiebende Wirkung des in 9 resolutiv bedingte Rechtskraft erwachsenen Abwesenheitsurteils. Die bloss resolutiv bedingte Rechtskraft gilt selbst dann, wenn das Gericht dem Gesuch um Neubeurteilung keine aufschiebende Wirkung im Sinne von Art. 369 Abs. 3 StPO gewährt.³⁴⁰

338. Bei der aufschiebenden Bedingung wird die Wirksamkeit eines Rechtsaktes vom Eintritt eines zukünftigen ungewissen Ereignisses abhängig gemacht. Konkret hängt die Geltung des Abwesenheitsurteils davon ab, ob es nachträglich durch ein neues Urteil ersetzt wird oder nicht.

339. Urteil 1B_478/2021 vom 28. September 2021 E. 3.1.

III. FOLGEN DES ERNEUT UNENTSCULDIGTEN FERNBLEIBENS (ABS. 4)

- 10 Bleibt die verurteilte Person auch der dritten Hauptverhandlung erneut unentschuldig fern, so bleibt das Abwesenheitsurteil bestehen. Auf diese Rechtsfolge ist in der Vorladung zur neuen Verhandlung hinzuweisen.³⁴¹
- 11 Der in den Art. 368 Abs. 3 StPO und Art. 369 Abs. 4 StPO verwendete Begriff «unentschuldig» ist in beiden Bestimmungen gleich auszulegen. Unentschuldig bedeutet auch hier schuldhaftes Fernbleiben. Verlangt wird, dass die beschuldigte Person der Verhandlung bewusst und freiwillig fernblieb.³⁴²
- 12 Nach dem Gesetzeswortlaut von Art. 369 Abs. 4 StPO ist nach dem erstmaligen Fernbleiben zur dritten Hauptverhandlung ein weiteres/zweites Gesuch um neue Beurteilung ausgeschlossen. Das Gesetz sieht keinen weiteren derartigen Rechtsbehelf mehr vor.³⁴³ Mit dem erneuten unentschuldigten Fernbleiben im Sinne von Art. 369 Abs. 4 StPO verwirkt die verurteilte Person m.a.W. ihren Anspruch auf Neubeurteilung.³⁴⁴

IV. RÜCKZUG DES GESUCHS (ABS. 5)

- 13 Das Gesuch um Neubeurteilung kann bis zum Abschluss der Parteiverhandlung anlässlich der dritten Hauptverhandlung zurückgezogen werden. Bei einem Rückzug erwächst das Abwesenheitsurteil in formelle und materielle Rechtskraft.

LITERATURVERZEICHNIS

Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 1085 ff.

340. Urteil 1B_478/2021 vom 28. September 2021 2.3.

341. Schmid/Jositsch, Handbuch, Rz. 1413.

342. Siehe dazu die Kommentierung zu Art. 366 StPO. Dazu auch Urteile 6B_438/2017, 6B_439/2017 vom 24. August 2017 E. 4.3 mit Verweis auf Urteil 6B_1175/2016 vom 24. März 2017 E. 9.3.

343. Siehe dazu den schematischen Überblick über das Abwesenheitsverfahren in Ziff. V der Kommentierung zu Art. 366 StPO.

344. Urteile 6B_438/2017, 6B_439/2017 vom 24. August 2017 E. 3.3.2; Oberholzer, Rz. 1518.

Maurer Thomas, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar zur Strafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014.

Jositsch Daniel, Grundriss des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. Aufl., Zürich/St.Gallen 2017, S. 219.

Oberholzer Niklaus, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Aufl. 2012, S. 532, Rz. 1518.

Schmid Niklaus/Jositsch Daniel, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. Aufl. Zürich/St.Gallen 2017 (zit. Handbuch).

Summers Sarah, in: Donatsch Andreas/Lieber Viktor/Summers Sarah/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2020.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 370 StPO

Eine Kommentierung von Denise Weingart

ZITIERVORSCHLAG

Denise Weingart, Kommentierung zu Art. 370 StPO, in: Sonja Koch (Hrsg.), Onlinekommentar zur Strafprozessordnung

Kurzzitat: OK-Weingart, N XXX zu Art. 370 StPO.

Art. 370 Neues Urteil

¹ Das Gericht fällt ein neues Urteil. Dagegen können die üblichen Rechtsmittel ergriffen werden.

² Mit der Rechtskraft des neuen Urteils fallen das Abwesenheitsurteil, die dagegen ergriffenen Rechtsmittel und die im Rechtsmittelverfahren bereits ergangenen Entscheide dahin.

GLIEDERUNG

I. Neues Urteil (Abs. 1) 109

II. Wirkung des neuen Urteils (Abs. 2)..... 109

Literaturverzeichnis 110

I. NEUES URTEIL (ABS. 1)

Gemäss Art. 370 StPO fällt das Gericht, wenn in Anwendung von Art. 369 1 StPO die Voraussetzungen für eine neue Beurteilung erfüllt sind und eine neue Hauptverhandlung durchgeführt wurde, ein neues Urteil. Da anlässlich der dritten Hauptverhandlung die Verfahrensrechte der beschuldigten Person aufgrund deren Anwesenheit vollumfänglich gewahrt werden konnten, ergeht im Rahmen von Art. 369/370 StPO kein Abwesenheitsurteil, sondern ein «gewöhnliches» Urteil nach Art. 348 ff. StPO. Dieses neue Urteil kann seinerseits mit den ordentlichen Rechtsmitteln nach StPO angefochten werden (Art. 370 Abs. 1 StPO). Die beschwerten Parteien können im Rahmen dieser Rechtsmittel insbesondere rügen, dass die Voraussetzungen für eine neue Beurteilung nicht gegeben waren.³⁴⁵ Sofern es sich beim neuen Urteil um ein reines Prozessurteil handelt, bspw. um eine Einstellung nach Art. 329 Abs. 4 StPO aufgrund der inzwischen eingetretenen Verjährung, ist die Beschwerde denkbar.³⁴⁶

II. WIRKUNG DES NEUEN URTEILS (ABS. 2)

Das neue Urteil wird gemäss den Voraussetzungen von Art. 437 StPO 2 rechtskräftig.³⁴⁷ Wesentlich ist, dass das Abwesenheitsurteil nicht bereits mit der Bewilligung des neuen Verfahrens oder der Eröffnung der neuen Hauptverhandlung dahinfällt, sondern erst dann, wenn ein rechtskräftiges neues Urteil nach Art. 370 StPO vorliegt.³⁴⁸ Das ursprüngliche Kontumazialurteil wird durch das neue Urteil ersetzt.³⁴⁹

Wenn das frühere Abwesenheitsurteil dahinfällt, das Verfahren sich mithin so 3 darstellt, als wäre es nie ergangen, muss die zwischen den beiden Urteilen verstrichene Zeit bei der Verfolgungsverjährung nach Art. 97 StGB berücksichtigt werden: Es ist davon auszugehen, dass die Verfolgungsverjährung weitergelaufen ist, wie wenn das Abwesenheitsurteil nie bestanden hätte.³⁵⁰ Mit diesem Grundsatzurteil vom 28. Oktober 2019 hat

345. Schmid/Jositsch, Praxiskommentar, N. 2 zu Art. 370.

346. BSK-Maurer, N. 1 zu Art. 370 StPO.

347. SK-Summers, N. 3 zu Art. 370 StPO.

348. Schmid/Jositsch, Handbuch, Rz. 1412.

349. Botschaft, 1303; Urteil 1B_478/2021 vom 28. September 2021 E. 2.3.

350. Urteil 6B_389/2019 vom 28. Oktober 2019 E. 3.4.5.

das Bundesgericht eine Änderung seiner Rechtsprechung zur Unterbrechungswirkung der Strafverfolgungsverjährung nach Art. 97 Abs. 3 StGB vorgenommen. Es kann folglich sein, dass die Verfolgungsverjährung seit Tatbegehung inzwischen eingetreten und das Verfahren aufgrund dessen einzustellen ist. Bei noch nicht abgelaufener Verfolgungsverjährung kann das Gericht im neuen Urteil den Zeitablauf seit der Tatbegehung bei der Strafzumessung allenfalls strafmindernd berücksichtigen.

- 4 Mit der Rechtskraft des neuen Urteils fallen ebenfalls die gegen ein Abwesenheitsurteil ergriffenen Rechtsmittel und die im Rechtsmittelverfahren bereits ergangenen Entscheide dahin (Art. 370 Abs. 2 StPO).

LITERATURVERZEICHNIS

Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 1085 ff.

Maurer Thomas, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar zur Strafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014.

Schmid Niklaus/Jositsch Daniel, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. Aufl. Zürich/St.Gallen 2017 (zit. Handbuch).

Schmid Niklaus/Jositsch Daniel, Praxiskommentar zur schweizerischen Strafprozessordnung, Dike Kommentar, 3. Aufl. Zürich 2018 (zit. Praxiskommentar).

Summers Sarah, in: Donatsch Andreas/Lieber Viktor/Summers Sarah/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2020.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 371 StPO

Eine Kommentierung von Denise Weingart

ZITIERVORSCHLAG

Denise Weingart, Kommentierung zu Art. 371 StPO, in: Sonja Koch (Hrsg.), Onlinekommentar zur Strafprozessordnung

Kurzzitat: OK-Weingart, N XXX zu Art. 371 StPO.

Art. 371 Verhältnis zur Berufung

¹ Solange die Berufungsfrist noch läuft, kann die verurteilte Person neben oder statt dem Gesuch um neue Beurteilung auch die Berufung gegen das Abwesenheitsurteil erklären. Sie ist über diese Möglichkeit im Sinne von Artikel 368 Absatz 1 zu informieren.

² Auf eine Berufung wird nur eingetreten, wenn das Gesuch um neue Beurteilung abgelehnt wurde.

GLIEDERUNG

I. Parallele Erhebung von Rechtsmittel/Rechtsbehelf..... 113

II. Besonderheiten beim Fristenlauf..... 114

III. Verhältnis zur Beschwerde und zur Wiederherstellung..... 114

Literaturverzeichnis 114

I. PARALLELE ERHEBUNG VON RECHTSMITTEL/ RECHTSBEHELFF

Art. 371 Abs. 1 Satz 1 StPO hält unmissverständlich fest, dass die verurteilte 1
Person neben oder statt dem Gesuch um neue Beurteilung auch die Berufung
nach Art. 398 ff. StPO gegen das Abwesenheitsurteil erklären kann, solange
die Berufungsfrist von 10 Tagen noch läuft.³⁵¹

Die Bestimmung von Art. 371 StPO klärt lediglich das Verhältnis von 2
Rechtsbehelf (Gesuch um neue Beurteilung nach Art. 368 StPO) und
Rechtsmittel (Berufung nach Art. 398 ff. StPO) gegen ein im Rahmen von Art.
367 StPO ergangenes Abwesenheitsurteil. Die Berufung kann insbesondere
dann von Bedeutung sein, wenn geltend gemacht wird, dass die
Voraussetzungen für ein Abwesenheitsurteil nicht bestanden hätten und
mithin das Verfahren hätte sistiert werden müssen.³⁵²

Bei der Wahl des Rechtsmittels/Rechtsbehelfs ist Folgendes zu beachten: 3
Wählt die beschuldigte Person ausschliesslich die Berufung, ohne gleichzeitig
um neue Beurteilung zu ersuchen, geht ihr eine Instanz verloren. Wählt sie
hingegen ausschliesslich die neue Beurteilung, läuft sie Gefahr, dass auf das
Gesuch nicht eingetreten wird, weil die Voraussetzungen von Art. 368 Abs. 3
StPO nicht erfüllt sind. In diesem Fall bleibt ihr überhaupt kein Rechtsbehelf.
³⁵³ Die beschuldigte Person ist deshalb gut beraten, wenn sie sich vorsorglich
beide Möglichkeiten offen hält.

Werden sowohl das Rechtsmittel der Berufung als auch der Rechtsbehelf des 4
Gesuchs um Neuurteilung ergriffen, hält Art. 371 Abs. 2 StPO fest, dass
zuerst über das Gesuch um neue Beurteilung zu entscheiden ist und erst,
wenn dieses abgelehnt wird, das – vorab sistierte³⁵⁴ – Rechtsmittelverfahren
von der Rechtsmittelinstanz an die Hand genommen wird. Daraus ergibt sich
die Subsidiarität des Berufungs- gegenüber dem Gesuchsverfahren, welche
sich auch bei allfälligen Rechtsmitteln anderer Parteien durchschlägt (Art. 369
Abs. 2 und 370 Abs. 2 StPO).³⁵⁵

351. Vgl. Urteil 6B_203/2016 vom 14. Dezember 2016 E. 1.1.

352. SK-Summers, N. 1 zu Art. 371 StPO.

353. Botschaft, 1303.

354. Siehe dazu die Kommentierung in N. 5 f. zu Art. 369 StPO.

355. Botschaft, 1303; BSK-Maurer, N. 4 zu Art. 271 StPO.

II. BESONDERHEITEN BEIM FRISTENLAUF

- 5 Was den Fristenlauf betrifft, ist Folgendes zu beachten: Die Berufungsfrist fängt mit der Zustellung des Dispositivs an zu laufen, wobei nicht eine persönliche Zustellung erforderlich ist, sondern auch die Zustellungssurrogate (wie bspw. die Zustellfiktion oder die Aushändigung an eine im gleichen Haushalt wohnende Person) zum Zuge kommen können. Demgegenüber ist für den Fristbeginn zur Einreichung eines Gesuchs um neue Beurteilung eine persönliche Zustellung nötig,³⁵⁶ weshalb die Fristenläufe von Rechtsmittel und Rechtsbehelf nicht zwingend übereinstimmen müssen. So kann es bspw. sein, dass die Berufungsfrist bereits lange abgelaufen ist, bevor die Rechtsbehelfsfrist mit der Zustellung an die verurteilte Person überhaupt zu laufen beginnt.

III. VERHÄLTNIS ZUR BESCHWERDE UND ZUR WIEDERHERSTELLUNG

- 6 Zum Verhältnis des Gesuchs um neue Beurteilung zur Beschwerde und zur Wiederherstellung der Frist kann auf die Kommentierung in N. 19 ff. zu Art. 368 StPO verwiesen werden. Eine schematische Übersicht über die Rechtsmittel und Rechtsbehelfe im Abwesenheitsverfahren findet sich in Ziff. V. der Kommentierung zu Art. 366 StPO.

LITERATURVERZEICHNIS

Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 1085 ff.

Maurer Thomas, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar zur Strafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014.

Summers Sarah, in: Donatsch Andreas/Lieber Viktor/Summers Sarah/Wohlens Wolfgang (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2020.

356. Siehe zur persönlichen Zustellung ausführlich die Kommentierung in N. 4 ff. zu Art. 368 StPO; BSK-Maurer, N. 2 zu Art. 371 StPO.

KOMMENTIERUNG ZU

Vorb. zu Art. 376-378 StPO

Eine Kommentierung von Tommaso Caprara

ZITIERVORSCHLAG

Tommaso Caprara, Vorbemerkungen zu Art. 376-378 StPO, in: Sonja Koch (Hrsg.), Onlinekommentar zur Strafprozessordnung

Kurzzitat: OK-Caprara, Vorb. zu Art. 376-378 StPO N. XXX.

GLIEDERUNG

I. Im Allgemeinen zu den besonderen Verfahrensarten	117
II. Im Besonderen zum selbstständigen Einziehungsverfahren (Art. 376-378 StPO) ...	118
III. StPO-Revision	120
Literaturverzeichnis	120
Materialienverzeichnis	122

I. IM ALLGEMEINEN ZU DEN BESONDEREN VERFAHRENSARTEN

Die Schweizerische Strafprozessordnung (StPO)³⁵⁷ besteht aus 12 Titeln. 1 Während in ihrem 7. Titel das (ordentliche) erstinstanzliche Hauptverfahren³⁵⁸ geregelt wird, finden sich im 8. Titel Bestimmungen zu besonderen Verfahrensarten. Dazu gehören das Strafbefehlsverfahren³⁵⁹ und das Übertretungsstrafverfahren³⁶⁰, das abgekürzte Verfahren³⁶¹, das Verfahren bei selbstständigen nachträglichen Entscheiden des Gerichts³⁶², das Verfahren bei Abwesenheit der beschuldigten Person³⁶³ und die selbstständigen Massnahmeverfahren. Bei Letzteren unterscheidet die StPO zwischen der Anordnung der Friedensbürgschaft³⁶⁴, dem Verfahren bei einer schuldunfähigen beschuldigten Person³⁶⁵ und dem selbstständigen Einziehungsverfahren.³⁶⁶

Massnahmen im Sinne des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB)³⁶⁷ 2 werden grundsätzlich im Rahmen des erstinstanzlichen Hauptverfahrens angeordnet, in welchem die gegen eine bestimmte Person oder die gegen bestimmte Personen erhobene Anklage wegen bestimmten Straftaten behandelt und beurteilt wird.³⁶⁸ Es sind jedoch Konstellationen denkbar, in denen Massnahmen losgelöst von einem ordentlichen Hauptverfahren

357. Schweizerische Strafprozessordnung vom 5.10.2007 (StPO; SR 312.0).

358. Art. 328-351 StPO.

359. Art. 352-356 StPO.

360. Art. 357 StPO.

361. Art. 358-362 StPO.

362. Art. 363-365 StPO.

363. Art. 366-371 StPO.

364. Art. 372 f. StPO.

365. Art. 374 f. StPO.

366. Art. 376-378 StPO.

367. Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21.12.1937 (StGB; SR 311.0).

368. Vgl. Art. 326 Abs. 1 lit. f StPO (zur Anklage), Art. 351 Abs. 1 StPO (zur Urteilsfällung und -eröffnung) und Art. 81 Abs. 3 lit. a und Abs. 4 lit. b StPO (zum Inhalt des Urteils); Jositsch/Schmid, Vor. Art. 372-378 StPO N. 1; vgl. dazu bereits Botschaft StPO, S. 1303 Ziff. 2.8.6, wonach Massnahmen als Sanktionen des Strafrechts üblicherweise zusammen mit einem Strafurteil und damit anknüpfend an einen Schuldspruch wegen bestimmter Straftatbestände ausgefällt werden.

anzuordnen sind. Diese Konstellationen bilden Gegenstand der in der StPO geregelten selbstständigen Massnahmeverfahren.³⁶⁹

II. IM BESONDEREN ZUM SELBSTSTÄNDIGEN EINZIEHUNGSVERFAHREN (ART. 376-378 STPO)

- 3 Beim selbstständigen Einziehungsverfahren nach Art. 376-378 StPO handelt es sich um eine besondere Verfahrensart im oben genannten Sinne. Diese Verfahrensart ist deshalb eine «besondere», weil die Einziehung im Sinne von Art. 69 ff. StGB grundsätzlich im Rahmen eines ordentlichen Strafverfahrens gegen einen oder mehrere Beschuldigten *akzessorisch* angeordnet wird.³⁷⁰
- 4 Die Anordnung der Einziehung erfolgt damit in der Regel zusammen mit der materiellen Beurteilung der Straftat.³⁷¹ Die akzessorische Einziehung kann entweder vom Gericht im Sachurteil (Art. 351 Abs. 1 StPO)³⁷² oder vom Staatsanwalt im Strafbefehl (Art. 352 Abs. 2 StPO)³⁷³ angeordnet werden.
- 5 Meist erfolgen akzessorische Einziehungen in einer strafrechtlichen Verurteilung. Möglich ist aber auch, dass ein Freispruch³⁷⁴ oder eine Verfahrenseinstellung³⁷⁵ akzessorisch mit einer Einziehung verbunden wird. Denn die Anordnung der Einziehung erfolgt grundsätzlich ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person.³⁷⁶ Es genügt eine tatbestandsmässige und rechtswidrige³⁷⁷ (nicht aber notwendigerweise schuldhaft) Anlasstat.³⁷⁸

369. Vgl. Oberholzer, Rz. 2006.

370. BGE 144 IV 1 E. 4.1.1 = Pra 107 (2018) Nr. 87; Schwarzenegger, Art. 376 StPO N. 2; Weingart, S. 264; in diesem Sinne bereits BGer 6B_801/2008 vom 12.3.2009 E. 2.3, wonach die Einziehung von Vermögenswerten «im Regelfall» im Rahmen des Strafverfahrens erfolgt.

371. Thommen, Art. 69 StGB N. 47.

372. BSK-Heimgartner/Niggli, Art. 351 StPO N. 12; Thommen, Art. 69 StGB N. 47.

373. BSK-Daphinoff, Art. 352 StPO N. 31; Jeanneret/Kuhn, Rz. 18031; Thommen, Art. 69 StGB N. 47.

374. BSK-Heimgartner/Niggli, Art. 351 StPO N. 12; Thommen, Art. 69 StGB N. 47.

375. Vgl. zur Anordnung der Einziehung in einer Einstellungsverfügung: BGE 142 IV 383 E. 2.2 mit Hinweisen.

376. Dies gilt sowohl bei der Sicherungseinziehung nach Art. 69 StGB (vgl. Art. 69 Abs. 1 StGB: «ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person») als auch bei der Einziehung von Vermögenswerten nach Art. 70 StGB, obwohl ein entsprechender Passus im Gesetz bei der zweitgenannten Einziehungsart fehlt (vgl. Botschaft 1993, S. 307 Ziff. 223; BSK-Baumann, Art. 70/71 StGB N. 18; Jeanneret/Kuhn, Rz. 18027; Schmid, Art. 70-72 StGB N. 25).

Als Synonyme werden zum Teil die Bezeichnungen «Verfahren *in personam*»³⁷⁹ für die akzessorische Einziehung und «Verfahren *in rem*» für die selbstständige Einziehung verwendet.³⁸⁰

Es obliegt der zuständigen Behörde, von Amtes wegen und mit der erforderlichen Sorgfalt die Frage der Einziehung zu prüfen.³⁸¹ Die Anordnung dieser strafrechtlichen sachlichen Massnahme³⁸² ist grundsätzlich³⁸³ obligatorisch, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind.³⁸⁴

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sollte das Einziehungsverfahren nicht ohne Not von einem pendenten Strafverfahren abgekoppelt werden, da primär im Strafverfahren darüber zu befinden ist, ob eine strafbare Handlung vorliegt und der Gegenstand oder Vermögenswert dadurch hervorgebracht oder erlangt worden ist.³⁸⁵ In der Literatur wird in diesem Sinne zu Recht darauf hingewiesen, dass die Möglichkeit der selbstständigen Einziehung nach Art. 376 ff. StPO kein Freipass sei, sich nur noch um die finanziellen Folgen eines Delikts zu kümmern.³⁸⁶

377. Das Vorliegen einer tatbestandsmässigen und rechtswidrigen Anlasstat ist etwa bei einer strafflosen Vorbereitungshandlung im Sinne von Art. 19b BetmG (SR 812.121) zu verneinen (BGE 149 IV 307 E. 2.6.1 mit Verweis auf BGer 6B_1273/2016 vom 6.9.2017 E. 1.6.2 und 1.7.1).

378. BGE 149 IV 307 E. 2.6; BGE 132 II 178 E. 4; BGE 125 IV 4 E. 2a/bb; BSK-Baumann, Art. 70/71 StGB N. 18; Schmid, Art. 70–72 StGB N. 25.

379. Da sie im Rahmen eines (ordentlichen) Strafverfahrens gegen eine bestimmte Person oder mehrere bestimmte Personen angeordnet wird (vgl. oben N. 3).

380. Botschaft StPO, S. 1306 Ziff. 2.8.6.3; Bernasconi, Art. 376 StPO N. 1; Conti/Tunik, Art. 376 StPO N. 4 f.; Pitteloud, Rz. 1098; vgl. dazu auch BGer 6S.68/2004, 6P.119/2004 vom 9.8.2005 E. 11.2.1 (selbstständiges Einziehungsverfahren als «Verfahren gegen Sachen oder Werte»); kritisch gegen letztgenannte Bezeichnung: BSK-Baumann, Art. 376 StPO N. 1; Nadelhofer Do Canto, S. 152 f.

381. BGE 144 IV 1 E. 4.1.1 = Pra 107 (2018) Nr. 87; BSK-Baumann, Art. 70/71 StGB N. 21.

382. Die sog. sachlichen Massnahmen knüpfen im Unterschied zu den sog. persönlichen Massnahmen nicht an der Strafbarkeit der sie betreffenden Person an (Jositsch/Ege/Schwarzenegger, S. 219); vgl. OK-Caprara, Art. 376 StPO N. 7.

383. Sofern etwa in Bezug auf die Einziehung von Vermögenswerten kein Ausschlussgrund nach Art. 70 Abs. 2 StGB vorliegt (Schmid, Art. 70–72 StGB N. 11). Vgl. dazu BGer 6B_989/2023 vom 22.4.2024 E. 4.2.3; 7B_135/2022 vom 9.1.2024 E. 4.2.2; BGer 6B_1354/2021 vom 22.3.2023 E. 4.3; je mit Hinweisen.

384. BGE 144 IV 1 E. 4.1.1 = Pra 107 (2018) Nr. 87; BGE 139 IV 209 E. 5.3; BGer 6B_1435/2021 vom 16. November 2022 E. 2.1.1; Schmid, Art. 70–72 StGB N. 11; Scholl, Art. 70 StGB N. 105.

385. BGE 144 IV 1 E. 4.1.1 = Pra 107 (2018) Nr. 87; BGE 142 IV 383 E. 2.1; BGer 6B_733/2011 vom 5.6.2012 E. 3.1; BGer 6S.68/2004, 6P.119/2004 vom 9.8.2005 E. 11.2.2.

386. BSK-Baumann, Art. 70/71 StGB N. 21.

- 9 Die Möglichkeit der Durchführung eines selbstständigen Einziehungsverfahrens ist nicht nur im Rahmen der StPO vorgesehen (vgl. Art. 1 StPO). Vielmehr sieht auch das Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR)³⁸⁷ diese Möglichkeit in Art. 66 VStrR im Rahmen von Verwaltungsstrafverfahren vor, d.h. in Fällen, in denen die Verfolgung und Beurteilung von Widerhandlungen einer Verwaltungsbehörde des Bundes übertragen ist (Art. 1 VStrR).³⁸⁸

III. STPO-REVISION

- 10 Im Rahmen der letzten StPO-Revision, die am 1. Januar 2024 in Kraft getreten ist,³⁸⁹ wurden auch die Bestimmungen betreffend das selbstständige Einziehungsverfahren teilweise angepasst.³⁹⁰ Die Änderungen bzw. Ergänzungen betreffen Art. 377 StPO und damit die einzige StPO-Bestimmung, welche das Verfahren der selbstständigen Einziehung zum Gegenstand hat. Darauf wird im Rahmen der Kommentierung des genannten Artikels näher eingegangen.³⁹¹

Zum Autor

Dr. iur. Tommaso Caprara, Rechtsanwalt, CAS Forensics, ist Gerichtsschreiber bei der II. strafrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts in Lausanne.

LITERATURVERZEICHNIS

Baumann Florian, Kommentierung zu Art. 70/71 StGB; in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht, Band I, 4. Aufl., Basel 2019.

Baumann Florian, Kommentierung zu Art. 376 StPO, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2023.

387. Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht vom 22.3.1974 (VStrR; SR 313.0).

388. Siehe dazu Frank, Art. 66 VStrR N. 1 ff.; Frank/Caprara, S. 118 ff.; Garland/Frank, S. 479 ff.; Markwalder/Frank, S. 143 ff.

389. AS 2023 468.

390. Botschaft 2019, S. 6768 Ziff. 4.1.

391. Vgl. OK-Caprara, Art. 377 StPO N. 28 f.

Bernasconi Paolo, Kommentierung zu Art. 376 StPO, in: Bernasconi Paolo/Galliani Maria/Marcellini Luca/Meli Edy/Mini Mauro/Noseda John (Hrsg.), *Commentario, Codice svizzero di procedura penale*, Zürich/St. Gallen 2010.

Conti Christelle/Tunik Daniel, Kommentierung zu Art. 376 StPO, in: Jeanneret Yvan/Kuhn André/Perrier Depeursinge Camille (Hrsg.), *Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse*, 2. Aufl., Basel 2019.

Daphinoff Michael, Kommentierung zu Art. 352 StPO, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), *Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung*, 3. Aufl., Basel 2023.

Frank Friedrich, Kommentierung zu Art. 66 VStrR, in: Markwalder Nora/Eicker Andreas/Frank Friedrich/Achermann Jonas (Hrsg.), *Basler Kommentar, Verwaltungsstrafrecht*, Basel 2020.

Frank Friedrich/Caprara Tommaso, Die selbständige Einziehung im Verwaltungsstrafverfahren (Art. 66 VStrR), *forumpoenale* 2 (2018), S. 118 ff.

Garland Lorenz/Frank Friedrich, Kritische Anmerkungen zu BGer, Urteil vom 1.4.2020, 6B_178/2019, *forumpoenale* 6 (2020), S. 479 ff.

Heimgartner Stefan/Niggli Marcel Alexander, Kommentierung zu Art. 351 StPO, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), *Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung*, 3. Aufl., Basel 2023.

Jeanneret Yvan/Kuhn André, *Précis de procédure pénale*, 2. Aufl., Bern 2018.

Jositsch Daniel/Ege Gian/Schwarzenegger Christian, *Strafrecht II, Strafen und Massnahmen*, 9. Aufl., Zürich 2018.

Jositsch Daniel/Schmid Niklaus, *Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar*, 4. Aufl., Zürich 2023.

Markwalder Nora/Frank Friedrich, Die Beschlagnahme im selbständigen Einziehungsverfahren des Verwaltungsstrafrechts, *forumpoenale* 2 (2023), S. 143 ff.

Nadelhofer Do Canto Simone, *Vermögenseinziehung bei Wirtschafts- und Unternehmensdelikten* (Art. 70 f. StGB), Zürich 2008.

Oberholzer Niklaus, *Grundzüge des Strafprozessrechts*, 4. Aufl., Bern 2020.

Pitteloud Jo, Code de procédure pénale suisse (CPP), Commentaire à l'usage des praticiens, Zürich/St. Gallen 2012.

Schmid Niklaus, Kommentierung zu Art. 70-72 StGB, in: Schmid Niklaus (Hrsg.), Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Band I, 2. Aufl., Zürich 2007.

Scholl Marcel, Kommentierung zu Art. 70 StGB, in: Jürg-Beat Ackermann (Hrsg.), Kommentar Kriminelles Vermögen - Kriminelle Organisationen, Band I, Zürich 2018.

Schwarzenegger Christian, Kommentierung zu Art. 376 StPO, in: Donatsch Andreas/Lieber Viktor/Summers Sarah/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 3. Aufl., Zürich 2020.

Thommen Marc, Kommentierung zu Art. 69 StGB, in: Jürg-Beat Ackermann (Hrsg.), Kommentar Kriminelles Vermögen - Kriminelle Organisationen, Band I, Zürich 2018.

Weingart Denise, Das Einspracheverfahren gegen den selbstständigen Einziehungsbefehl nach Art. 377 Abs. 4 StPO, Besonderheiten und offene Fragen, in: Bopp Dominik/Kistler Alexander/Lisik Natalie/Reber Kristof (Hrsg.), Der Prozess, Zürich 2023, S. 261 ff.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft vom 30.6.1993 über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Revision des Einziehungsrechts, Strafbarkeit der kriminellen Organisation, Melderecht des Financiers), BBl 1993 III 277 ff. (zit. Botschaft 1993).

Botschaft vom 21.12.2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 1085 ff. (zit. Botschaft StPO).

Botschaft vom 28.8.2019 zur Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383, Kommission für Rechtsfragen des Ständerats, Anpassung der Strafprozessordnung), BBl 2019 6697 ff. (zit. Botschaft 2019).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 376 StPO

Eine Kommentierung von Tommaso Caprara

ZITIERVORSCHLAG

Tommaso Caprara, Kommentierung zu Art. 376 StPO, in: Sonja Koch (Hrsg.),
Onlinekommentar zur Strafprozessordnung

Kurzzitat: OK-Caprara, Art. 376 StPO N. XXX.

3. Abschnitt: Selbstständiges Einziehungsverfahren

Art. 376 Voraussetzungen

Ein selbstständiges Einziehungsverfahren wird durchgeführt, wenn ausserhalb eines Strafverfahrens über die Einziehung von Gegenständen oder Vermögenswerten zu entscheiden ist.

GLIEDERUNG

I. Verfahrenszweck.....	125
II. Rechtsnatur	126
A. Rechtsnatur der Einziehung.....	126
1. Sicherungseinziehung (Art. 69 StGB)	126
2. Vermögenseinziehung (Art. 70 StGB).....	127
3. Einziehung von Vermögenswerten einer kriminellen oder terroristischen Organisation (Art. 72 StGB).....	129
B. Rechtsnatur des selbstständigen Einziehungsverfahrens	130
III. Materielle Einziehungsvoraussetzungen	130
IV. Einziehungsbetroffene	130
V. Anwendungsbereich des selbstständigen Einziehungsverfahrens	131
A. Wortlaut	131
B. Subsidiärer Charakter	131
C. Einziehung bei Vorliegen von Schuldausschlussgründen	132
D. Gegenstand der selbstständigen Einziehung.....	132
E. Anwendungsfälle	134
1. Grundsatz: Selbstständige Einziehung bei fehlender Durchführung eines Strafverfahrens.....	134
2. Ausnahmen vom Grundsatz der Subsidiarität des selbstständigen Einziehungsverfahrens	136
a. Besondere Art des einzuziehenden Gegenstandes	136
b. Wahrung der Geschädigteninteressen.....	136
c. Sperrung des Zugangs zu Webseiten mit strafrechtlich relevanten Inhalten?	137
VI. Vereinbarkeit mit den Verteidigungsrechten des Täters?.....	138
VII. Vereinbarkeit mit der Unschuldsvermutung?.....	138
VIII. Vereinbarkeit mit dem Grundsatz «ne bis in idem»?	140
IX. Zuständigkeit der Schweizer Strafbehörden im internationalen Kontext	142
Literaturverzeichnis	144
Materialienverzeichnis.....	146

I. VERFAHRENSZWECK

Der Zweck des selbstständigen Einziehungsverfahrens nach Art. 376-378 StPO 1 ergibt sich aus den Zwecken, die mit den verschiedenen Einziehungsarten verfolgt werden.³⁹² Diese sind im Schweizerischen Strafgesetzbuch (StGB)³⁹³ geregelt.

Die Sicherungseinziehung (Art. 69 StGB) befasst sich mit der Einziehung von 2 Gegenständen, die einen Konnex zu einer Straftat aufweisen und angesichts ihrer Gefährdung für öffentliche Rechtsgüter ihrem Inhaber entzogen werden sollen.³⁹⁴ Gemäss bundesgerichtlicher Praxis hat die Sicherungseinziehung zum Ziel, die Allgemeinheit vor der rechtsgutsgefährdenden (Wieder-)Verwendung gefährlicher Gegenstände zu schützen.³⁹⁵

Die Einziehung von Vermögenswerten (Art. 70 StGB) bezweckt ihrerseits den 3 Ausgleich deliktischer Vorteile. Der Täter (oder der Begünstigte) soll nicht im Genuss eines durch eine strafbare Handlung erlangten Vermögensvorteils bleiben.³⁹⁶ Diese Einziehungsart dient damit der Verwirklichung des sozialetischen Gebots, nach welchem sich strafbares Verhalten nicht lohnen soll.³⁹⁷ Die Funktion der Einziehung nach Art. 70 StGB kommt präziser in der Bezeichnung Abschöpfungs- oder Ausgleichseinziehung zum Ausdruck, die in Lehre³⁹⁸ und Rechtsprechung³⁹⁹ zum Teil als Synonym für die genannte Art der Einziehung verwendet wird.

392. CR-Conti/Tunik, Art. 376 StPO N. 6.

393. Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21.12.1937 (StGB; SR 311.0).

394. BGE 149 IV 307 E. 2.4.1; BGer 6B_1115/2023 vom 10.7.2024 E. 2.2.2; BGer 7B_628/2023 vom 19.4.2024 E. 2.1.2.

395. BGE 149 IV 307 E. 2.4.1; BGE 137 IV 249 E. 4.4; BGE 130 IV 143 E. 3.3.1.

396. BGE 146 IV 201 E. 8.4.3; BGE 105 IV 169 E. 1c; BGer 6B_989/2023 vom 22.4.2024 E. 4.2.2; BGer 6B_1149/2020 vom 17.4.2023 E. 5.2.2; BGer 6B_676/2022 vom 27.12.2022 E. 3.3.2; BGer 6B_1183/2020 vom 16.8.2022 E. 4.3; je mit Hinweisen.

397. BGE 146 IV 201 E. 8.4.3; BGE 145 IV 237 E. 3.2.1 = Pra 109 (2019) Nr. 6; BGE 144 IV 285 E. 2.2; BGE 144 IV 1 E. 4.2.1 = Pra 107 (2018) Nr. 87; BGE 141 IV 155 E. 4.1; BGer 6B_989/2023 vom 22.4.2024 E. 4.2.2; je mit Hinweisen.

398. Vgl. Schmid, Art. 70-72 StGB N. 10; Scholl, Art. 70 StGB N. 77; Thommen, Art. 69 StGB N. 5; Trechsel/Jean-Richard, Art. 70 StGB N. 1; Wohlers, Art. 70 StGB N. 1.

399. Vgl. BGE 144 IV 285 E. 2.2; BGE 141 IV 155 E. 4.1 («Ausgleichseinziehung»); BStGer SK. 2020.21 vom 15.12.2021 E. 5.2.1.1; OGer BE SK 19 96 vom 8.9.2020 E. V.1 («Abschöpfungseinziehung»).

- 4 Die Einziehung von Vermögenswerten einer kriminellen oder terroristischen Organisation (Art. 72 StGB) bezweckt schliesslich die Wegnahme des Betriebskapitals einer solchen Organisation.⁴⁰⁰ Dabei ist unerheblich, ob es sich um deliktisch oder legal erworbene Vermögenswerte handelt. Entscheidendes Kriterium für diese Einziehungsart ist vielmehr die Tatsache, dass die fraglichen Vermögenswerte der Verfügungsmacht einer kriminellen oder terroristischen Organisation unterliegen.⁴⁰¹ Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat bereits auf den Sicherungszweck dieser Einziehungsart hingewiesen.⁴⁰²

II. RECHTSNATUR

A. Rechtsnatur der Einziehung

- 5 Die Frage der Rechtsnatur der Einziehung wird je nach Einziehungsart unterschiedlich beantwortet.

1. Sicherungseinziehung (Art. 69 StGB)

- 6 Bei der Sicherungseinziehung (Art. 69 StGB) geht das Bundesgericht davon aus, dass es sich um eine (sachliche) Massnahme ohne Strafcharakter handle.⁴⁰³ Dem ist angesichts der Zwecksetzung⁴⁰⁴ dieser Einziehungsart zuzustimmen, geht es doch dabei nicht darum, eine bestimmte Person für eine bestimmte Verhaltensweise (nachträglich) zu bestrafen, sondern vielmehr um die (präventive) Wegnahme von Gegenständen, die einen Konnex zu einer Straftat aufweisen und angesichts ihrer Gefährdung für öffentliche Rechtsgüter ihrem Inhaber entzogen werden sollen.⁴⁰⁵

400. Vgl. Botschaft 1993, S. 316 Ziff. 225.1; BSK-Baumann, Art. 72 StGB N. 1; je betreffend kriminelle Organisationen. Analoges gilt in Bezug auf terroristische Organisationen, weshalb Art. 72 StGB in diesem Sinne redaktionell angepasst bzw. ergänzt wurde (Botschaft 2018, S. 6517 Ziff. 4.6.5).

401. Vgl. Botschaft 1993, S. 317 Ziff. 225.3; BGer 6B_238/2013 vom 22.11.2013 E. 11.7.2.

402. Vgl. BGE 132 II 178 E. 4 («but préventif»).

403. BGE 149 IV 307 E. 2.4.1; BGer 6B_1115/2023 vom 10.7.2024 E. 2.2.2; BGer 6B_217/2021 vom 26.5.2021 E. 5.1.

404. Vgl. oben N. 2.

405. In diesem Sinne Schmid, Art. 69 StGB N. 13; Schödler, S. 11; a.M. Thommen, Art. 69 StGB N. 68 ff.

2. Vermögenseinziehung (Art. 70 StGB)

Weitgehend Unklarheit herrscht betreffend die Rechtsnatur der Vermögenseinziehung (Art. 70 StGB).⁴⁰⁶ Die wohl herrschende Lehre qualifiziert die Vermögenseinziehung als sachliche Massnahme.⁴⁰⁷ Als solche hängt deren Anordnung – im Gegensatz zu den persönlichen Massnahmen – nicht von der Strafbarkeit einer bestimmten Person ab.⁴⁰⁸ Sie ist zwingend anzuordnen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind.⁴⁰⁹

Die Lehre ist sich jedoch nicht einig, nach welchen Kriterien sich die Abgrenzung von Strafen und Massnahmen richten soll.⁴¹⁰ Ohne auf die in der Fachliteratur geführte Diskussion in Details einzugehen, kann allgemein festgehalten werden, dass die Strafe auf eine Person abzielt.⁴¹¹ Sie knüpft an einer rechtswidrig und schuldhaft begangenen Straftat an.⁴¹² Die repressive Funktion der Strafe liegt im Schuldausgleich und in der Sühne.⁴¹³ Darüber hinaus bezweckt die Strafe eine Resozialisierung des Täters und damit einen Schutz der Gesellschaft vor künftigen deliktischen Handlungen.⁴¹⁴ Massnahmen haben hingegen keine repressive bzw. «sühnende» Funktion, sondern in erster Linie eine in die Zukunft gerichtete Sicherungsfunktion.⁴¹⁵

Das Bundesgericht hat die Vermögenseinziehung nach Art. 70 StGB wiederholt als sachliche Massnahme bezeichnet,⁴¹⁶ gleichzeitig aber auf deren

406. Scholl, Art. 70 StGB N. 102.

407. So Krumm, S. 376; Jositsch/Ege/Schwarzenegger, S. 235; Schmid, Art. 70-72 StGB N. 9; Schwarzenegger, Art. 376 StPO N. 1.

408. Jositsch/Ege/Schwarzenegger, S. 235; Schwarzenegger, Art. 376 StPO N. 1.

409. BGE 139 IV 209 E. 5.3; BGer 6B_989/2023 vom 22.4.2024 E. 4.2.2; BGer 6B_676/2022 vom 27.12.2022 E. 3.3.2; BGer 6B_1435/2021 vom 16.11.2022 E. 2.1.1; Scholl, Art. 70 StGB N. 105; Schmid, Art. 70-72 StGB N. 11.

410. Vgl. zum Meinungsstand in der Lehre: BGer 6B_67/2019 vom 16.12.2020 E. 8.2; Nadelhofer do Canto, S. 17 ff.; Scholl, Art. 70 StGB N. 102; Tirelli/Trajilovic, S. 352 f.; je mit Hinweisen.

411. Im Gegensatz zur Strafe als Sanktion «in personam» wird die Einziehung oft als Sanktion «in rem» qualifiziert (vgl. OK-Caprara, Vorb. zu Art. 376-378 StPO N. 6). Zwar ist dies nicht falsch, ändert aber nichts daran, dass auch Einziehungsmassnahmen als Sanktionen «in rem» einen Eingriff in die Rechte von Personen (nämlich: der Einziehungsbetroffenen) darstellen (zutreffend Scholl, Art. 70 StGB N. 102 Fn. 192 mit Hinweisen).

412. Vgl. BGE 134 IV 121 E. 3.3.1.

413. BSK-Wiprächtiger/Keller, Art. 47 StGB N. 53.

414. Vgl. BGE 134 IV 121 E. 3.3.3; BGE 134 IV 1 E. 5.4.1; BGE 129 IV 161 E. 4.2; BGE 98 IV 199 E. 3a.

415. Scholl, Art. 70 StGB N. 102.

416. BGE 139 IV 209 E. 5.3; BGE 115 IV 173 E. 2; BGer 6B_864/2018 vom 26.4.2018 E. 2.1; BGer 6B_1304/2017 vom 25.6.2018 E. 5.3; BGer 6B_490/2012 vom 18.4.2013 E. 3.3.

repressiven Charakter hingewiesen.⁴¹⁷ Bei der Beurteilung der Rechtsnatur dieser Einziehungsart stellt das Bundesgericht betreffend die einziehungsbetroffene Drittperson auf deren Gut- bzw. Bösgläubigkeit ab: Demnach greife die Einziehung beim gutgläubigen Dritten in eine vom Zivilrecht geschützte Rechtsposition ein und sei damit als eine «der Strafe nahekommende Sanktion» zu qualifizieren. Beim bösgläubigen Erwerber greife die Einziehung hingegen nicht in dessen Vermögensrechte ein, weshalb ihr kein Strafcharakter zukomme.⁴¹⁸ In einem vor kurzem erschienen Urteil hat das Bundesgericht auf die bisherige Rechtsprechung sowie auf den Meinungsstand in der Lehre verwiesen, letztlich aber offengelassen, ob es sich bei der Vermögenseinziehung um eine Massnahme oder um eine Strafe handelt.⁴¹⁹

- 10 Das Fehlen einer bundesgerichtlichen Klarstellung dieser Frage und der Umstand, dass keinerlei Einigkeit in der Fachliteratur zur Rechtsnatur der Vermögenseinziehung besteht, legen nahe, dass weder die Kategorie der «Strafe» noch diejenige der «Massnahme»⁴²⁰ geeignet sind, diese Einziehungsart befriedigend zu erfassen. Der Grund dafür liegt gemäss zutreffender Ansicht von Scholl in der eigenständigen Charakteristik der Vermögenseinziehung begründet. Sie soll die Folgen einer Straftat – entsprechend ihrer Zweckbestimmung⁴²¹ – rückgängig machen und somit die vor der Straftat bestehende Vermögenssituation wiederherstellen. Die Vermögenseinziehung ist folglich als reparative Massnahme zu qualifizieren.⁴²²

417. Vgl. BGE 132 II 178 E. 4 (die Einziehung «possède également un caractère répressif, puisqu'elle tend à empêcher l'auteur de bénéficier du produit de l'infraction»); BGE 115 Ib 517 E. 8b/bb («sichernde Massnahme eigener Art, die zugleich repressiven Charakter aufweist»); BGE 105 IV 169 E. 1c (wonach die Einziehung unrechtmässig erlangter Vermögensvorteile «repressiven Charakter» hat und sich der Strafe nähert); BGE 6P.55/2004 und 6S.159/2004 vom 10.8.2004 E. 3.4.3 («la confiscation en nature [sog. Naturaleinziehung] [...] revêt le caractère d'une sanction la rapprochant d'une peine»).

418. BGE 126 IV 255 E. 4b; BGE 6B_184/2012 vom 11.10.2012 E. 1; kritisch in Bezug auf das bundesgerichtliche Abgrenzungskriterium Scholl, Art. 70 StGB N. 101.

419. BGE 6B_67/2019 vom 16.12.2020 E. 8.2.

420. Solange diese Kategorie nur in Zukunft gerichtete Sanktionen umfassen soll.

421. Vgl. oben N. 3.

422. Scholl, Art. 70 StGB N. 103.

3. Einziehung von Vermögenswerten einer kriminellen oder terroristischen Organisation (Art. 72 StGB)

Bei der Einziehung nach Art. 72 StGB geht es nicht (wie bei Art. 70 StGB) um den Ausgleich deliktisch erlangter Vorteile, sondern um den Zugriff auf das Betriebskapital krimineller oder terroristischer Organisationen.⁴²³ Die Anordnung dieser Einziehungsart ist auch möglich, ohne dass nachgewiesen werden muss, ob ein bestimmter Vermögenswert aus einer konkreten Straftat stammt.⁴²⁴

Angesichts der Zielsetzung⁴²⁵ könnte man annehmen, dass es sich bei dieser Einziehungsart um eine sachliche Massnahme präventiver Natur handelt.⁴²⁶ Die Vermögenswerte sind einzuziehen, weil es zu gefährlich wäre, sie in der Verfügungsmacht der kriminellen oder terroristischen Organisation zu belassen.⁴²⁷ In diesem Sinne weist diese Einziehungsart Ähnlichkeiten mit der Sicherungseinziehung (Art. 69 StGB) auf: Der Gegenstand, der zur Begehung einer Straftat gedient hat oder dazu bestimmt war und für die Öffentlichkeit auch künftig eine Gefahr darstellt, ist insofern gleichzusetzen mit dem Betriebskapital, das sich in die Verfügungsmacht der kriminellen oder terroristischen Organisation befindet.⁴²⁸

Indessen wird in der Literatur zu Recht darauf hingewiesen, dass diese Einziehungsart auch pönale Elemente aufweist und damit repressiver Natur ist.⁴²⁹ Dafür spricht zunächst die Beweislastumkehr von Art. 72 Satz 2 StGB. Demnach wird bei Vermögenswerten einer Person, die sich an einer kriminellen oder terroristischen Organisation beteiligt oder sie unterstützt hat, die (gemäss Art. 72 Satz 1 StGB einziehungsbegründende) Verfügungsmacht der Organisation bis zum Beweis des Gegenteils vermutet. Diese Einziehungsart droht dann zu einer Strafe zu verkommen, wenn infolge der Beweislastumkehr Vermögenswerte erfasst werden, die legal erworben und verwendet wurden.⁴³⁰ Zudem fehlt es bei der Einziehung nach Art. 72

423. Vgl. oben N. 4.

424. BGE 131 II 169 E. 9.1; Hirsig-Vouilloz, S. 1392.

425. Vgl. oben N. 4.

426. Vgl. BSK-Baumann, Art. 72 StGB N. 2; Engewald-Dannacher, S. 291; Seelmann/Thommen, Art. 72 StGB N. 17; Tschingg, S. 123.

427. Engewald-Dannacher, S. 291.

428. Seelmann/Thommen, Art. 72 StGB N. 17.

429. Vgl. Schmid, Art. 70-72 StGB N. 190; Seelmann/Thommen, Art. 72 StGB N. 21.

StGB an der für präventive Sicherungsmassnahmen typischen Zweckbindung, da bei deren Anordnung – anders als bei der Sicherungseinziehung nach Art. 69 StGB – nicht geprüft wird, inwiefern eine künftige Gefährdung der Allgemeinheit besteht.⁴³¹

B. Rechtsnatur des selbstständigen Einziehungsverfahrens

- 14 Unabhängig davon, wie die einzelnen Einziehungsarten qualifiziert werden (Strafe oder Massnahme), ist festzuhalten, dass das selbstständige Einziehungsverfahren nach Art. 376 ff. StPO durchaus als «Strafverfahren» im weiteren Sinne qualifiziert werden kann. Denn es wird von Strafbehörden in Anwendung der StPO durchgeführt.⁴³² Der Wortlaut von Art. 376 StPO, wonach die selbstständige Einziehung «ausserhalb eines Strafverfahrens» angeordnet wird, bringt lediglich zum Ausdruck, dass diese Massnahme ausserhalb eines Strafverfahrens gegen eine bestimmte Person oder gegen bestimmte Personen angeordnet wird.⁴³³ Entsprechend sind selbstständige Einziehungsentscheide als Entscheide in Strafsachen⁴³⁴ zu qualifizieren.⁴³⁵

III. MATERIELLE EINZIEHUNGSVORAUSSETZUNGEN

- 15 Die materiellen Voraussetzungen für die Anordnung der selbstständigen Einziehung ergeben sich nicht aus Art. 376-378 StPO, sondern aus den materiellrechtlichen Bestimmungen des StGB, in denen die verschiedenen Einziehungsarten geregelt sind (Art. 69 ff. StGB).⁴³⁶

IV. EINZIEHUNGSBETROFFENE

- 16 Als Einziehungsbetroffene kommen im Rahmen des selbstständigen Einziehungsverfahrens der Inhaber des gefährlichen Gegenstandes (Art. 69

430. BSK-Baumann, Art. 72 StGB N. 9; Seelmann/Thommen, Art. 72 StGB N. 18.

431. BSK-Baumann, Art. 72 StGB N. 2; Seelmann/Thommen, Art. 72 StGB N. 18.

432. BSK-Baumann, Art. 376 StPO N. 1.

433. BSK-Baumann, Art. 376 StPO N. 8.

434. Der Begriff umfasst «toute décision relative à la poursuite ou au jugement d'une infraction» (BGE 133 IV 335 E. 2).

435. Als solche unterliegen sie der Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht nach Art. 78 ff. BGG.

436. BSK-Baumann, Art. 376 StPO N. 2; CR-Conti/Tunik, Art. 376 StPO N. 3; Moreillon/Parein-Reymond, Art. 376 StPO N. 2; Pitteloud, Rz. 1097; Weingart, S. 266.

StGB), der Täter und der direktbegünstigte Dritte (Art. 70 Abs. 1 StGB), nachträgliche Erwerber (Art. 70 Abs. 2 StGB) sowie Beteiligte bzw. Unterstützer einer kriminellen oder terroristischen Organisation (Art. 72 StGB) in Betracht.⁴³⁷

V. ANWENDUNGSBEREICH DES SELBSTSTÄNDIGEN EINZIEHUNGSVERFAHRENS

A. Wortlaut

Nach dem Wortlaut von Art. 376 StPO wird ein selbstständiges ¹⁷ Einziehungsverfahren durchgeführt, wenn «ausserhalb eines Strafverfahrens» über die Einziehung von Gegenständen oder Vermögenswerten zu entscheiden ist. Diese Formulierung hat in der Lehre Anlass zur Kritik gegeben.⁴³⁸ Konkret wurde dagegen vorgebracht, dass auch die selbstständige Einziehung von Strafbehörden in Anwendung der StPO angeordnet werde, weshalb deren Anordnung im weiteren Sinne durchaus in einem Strafverfahren erfolge.⁴³⁹ Weiter wurde dagegen zu Recht eingewendet, aus der Formulierung von Art. 376 StPO gehe nicht hervor, dass über die Einziehung im Sinne von Art. 69 ff. StGB grundsätzlich akzessorisch im Rahmen des Strafverfahrens zu entscheiden sei.⁴⁴⁰

B. Subsidiärer Charakter

Ist ein Strafverfahren formell eröffnet worden (vgl. Art. 309 StPO),⁴⁴¹ besteht ¹⁸ grundsätzlich kein Platz mehr für das in Art. 376 ff. StPO geregelte besondere Verfahren der selbstständigen Einziehung, dem insofern subsidiärer Charakter zukommt.⁴⁴²

Der subsidiäre Charakter des selbstständigen Einziehungsverfahrens kann ¹⁹ nicht dadurch umgangen werden, dass etwa kurz vor der Durchführung der

437. BSK-Baumann, Art. 376 StPO N. 7.

438. Vgl. Abo Youssef, S. 82; BSK-Baumann, Art. 376 StPO N. 1; Schwarzenegger, Art. 376 StPO N. 2.

439. BSK-Baumann, Art. 376 StPO N. 1; vgl. oben N. 14.

440. Abo Youssef, S. 82; vgl. OK-Caprarà, Vorb. zu Art. 376-378 StPO N. 3.

441. Die Strafuntersuchung gilt als eröffnet, sobald sich die Staatsanwaltschaft mit dem Straffall zu befassen beginnt. Dies trifft jedenfalls zu, wenn sie Zwangsmassnahme – z.B. die Beschlagnahme nach Art. 263 ff. StPO – anordnet (BGE 141 IV 20 E. 1.1.4 mit Hinweisen).

erstinstanzlichen Hauptverhandlung bzw. der Berufungsverhandlung Gegenstände oder Vermögenswerte gerichtlich beschlagnahmt werden mit dem Hinweis, dass das Gericht erst nach Gewährung des rechtlichen Gehörs der Einziehungsbetroffenen über die Einziehung entscheiden wird. Erstens würde eine solche Vorgehensweise das rechtliche Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) der Einziehungsbetroffenen verletzen. Zweitens würde eine solche Vorgehensweise einer faktischen Durchführung eines selbstständigen Einziehungsverfahrens gleichkommen, welche in der StPO nicht vorgesehen ist.⁴⁴³

C. Einziehung bei Vorliegen von Schuldausschlussgründen

- 20 Wird im Rahmen des ordentlichen Strafverfahrens festgestellt, dass eine Strafbarkeit der beschuldigten Person ausgeschlossen ist, weil Schuldausschlussgründe⁴⁴⁴ vorliegen,⁴⁴⁵ bleibt die Anordnung der Einziehung möglich. Denn deren Anordnung hängt nicht von der Strafbarkeit einer bestimmten Person ab.⁴⁴⁶ Auch in solchen Fällen erfolgt die Einziehung akzessorisch zum gegen die beschuldigte Person geführten Strafverfahren.⁴⁴⁷

D. Gegenstand der selbstständigen Einziehung

- 21 Im Rahmen eines selbstständigen Einziehungsverfahrens kann die Sicherungseinziehung (Art. 69 StGB),⁴⁴⁸ die Einziehung von Vermögenswerten (Art. 70 StGB) oder die Einziehung von Vermögenswerten einer kriminellen

442. BGE 144 IV 1 E. 4.1.1 = Pra 107 (2018) Nr. 87; BGer 6B_592/2016 vom 13.1.2017 E. 4.4 ["carattere sussidiario"]; BGer 6B_733/2011 vom 5.6.2012 E. 3.1; in diesem Sinne (wenn auch implizit): BGE 142 IV 383 E. 2.1; vgl. Abo Youssef, S. 82; BSK-Baumann, Art. 376 StPO N. 1; Bernasconi, Art. 376 StPO N. 5; CR-Conti/Tunik, Art. 376 StPO N. 7; Jeanneret/Kuhn, Rz. 18030; Jositsch/Schmid, Art. 376 StPO N. 1; Moreillon/Parein-Reymond, Art. 376 StPO N. 6; Perrier Depeursinge, S. 569; Pitteloud, Rz. 1098; Schmid, Art. 70-72 StGB N. 138; Schwarzenegger, Art. 376 StPO N. 2 Fn. 2; Weingart, S. 264.

443. BGer 7B_142/2022, 7B_144/2022 und 7B_145/2022 vom 25.8.2023 E. 6.4.2 und E. 7.3.2.

444. Z.B. Schuldunfähigkeit (Art. 19 StGB), Rechtsirrtum (Art. 21 StGB).

445. Entsprechend dem Schuldprinzip («nulla poena sine culpa»), auf dem das Strafrecht fusst (vgl. BGE 123 IV 1 E. 2).

446. Vgl. oben N. 6 f.

447. Vgl. BSK-Baumann, Art. 376 StPO N. 3, der in diesem Zusammenhang von einer «schuldunabhängigen Einziehung» spricht; a.M. Moreillon/Parein-Reymond, Art. 376 StPO N. 3, welche diese Fallkonstellation als Anwendungsfall der selbstständigen Einziehung behandeln.

448. Vgl. BGer 6B_592/2016 vom 13.1.2017 E. 4.7.

oder terroristischen Organisation (Art. 72 StGB) angeordnet werden.⁴⁴⁹ Das selbstständige Einziehungsverfahren kann sowohl eine Naturaleinziehung⁴⁵⁰ (Art. 70 StGB) als auch eine Abschöpfung mittels Ersatzforderung (Art. 71 StGB)⁴⁵¹ zum Gegenstand haben. Auch die direkte Aushändigung der beschlagnahmten Vermögenswerte an den Verletzten (Art. 70 Abs. 1 in fine StGB)⁴⁵² bzw. die nachträgliche Zuweisung an den Geschädigten (Art. 73 StGB) kann im Rahmen des selbstständigen Einziehungsverfahrens angeordnet werden (vgl. Art. 378 StPO).⁴⁵³

Innerhalb eines Strafverfahrens befinden sich alle Gegenstände und Vermögenswerte, die nach formeller Verfahrenseröffnung beschlagnahmt werden.⁴⁵⁴ Gemäss Art. 263 Abs. 1 lit. d StPO können Gegenstände und Vermögenswerte einer beschuldigten Person oder einer Drittperson beschlagnahmt werden, wenn diese voraussichtlich einzuziehen sind. Die Einziehungsbeschlagnahme ist eine konservative provisorische Massnahme.

449. BSK-Baumann, Art. 376 StPO N. 7; Bernasconi, Art. 376 StPO N. 2; Pitteloud, Rz. 1100.

450. Mit der Naturaleinziehung werden Vermögenswerte aus dem Vermögen des Einziehungsbetroffenen ausgeschieden und durch das Einziehungsurteil direkt, d.h. durch das Urteil selbst, ohne jegliche Vollstreckung, insbesondere ohne Umrechnung in eine Geldforderung und anschliessende Vollstreckung über das SchKG (SR 281.1), in die Verfügungsmacht des Staates überführt (BGE 137 IV 33 E. 9.4.4). Die Regeln der Zwangsvollstreckung gemäss SchKG haben zurückzutreten und sind nicht anwendbar (BGE 139 III 44 E. 3.2.1; 142 III 174 E. 3.1.1). Im Unterschied dazu sind Ersatzforderungen nach Art. 71 StGB auf dem Weg des SchKG durchzusetzen (BGE 142 III 174 E. 3.1.2; BGer 5A_133/2019 vom 20.7.2020 E. 3.1.2).

451. Sind die der Einziehung unterliegenden Vermögenswerte nicht mehr vorhanden, so erkennt das Gericht nach Art. 71 Abs. 1 StGB auf eine Ersatzforderung des Staates in gleicher Höhe. Mit dieser Möglichkeit soll verhindert werden, dass derjenige, der die Vermögenswerte bereits verbraucht bzw. sich ihrer entledigt hat, besser gestellt wird als jener, der noch über sie verfügt. Die Ersatzforderung nach Art. 71 StGB ist subsidiär zur Naturaleinziehung gemäss Art. 70 StGB. Sie hat die Einziehung zu ersetzen und darf im Vergleich zu dieser weder Vorteile noch Nachteile bewirken (BGE 140 IV 57 E. 4.1.2; BGE 123 IV 70 E. 3; BGer 6B_379/2020 vom 1.6.2021 E. 3.5, nicht publ. in: BGE 147 IV 479; je mit Hinweisen). Folglich unterliegt die Ersatzforderung grundsätzlich den gleichen Voraussetzungen wie die Einziehung (BGE 140 IV 57 E. 4.1.2; BGer 7B_135/2022 vom 9.1.2024 E. 4.1.1; je mit Hinweisen). Die zur Durchsetzung einer Ersatzforderung beschlagnahmten Vermögenswerte brauchen jedoch – anders als bei der Einziehung – keinen Zusammenhang mit der untersuchten Straftat aufzuweisen (BGE 140 IV 57 E. 4.1.2; BGE 133 IV 215 E. 2.2.1).

452. BGer 6S.68/2004 und 6P.119/2004 vom 9.8.2005 E. 6.2.

453. BSK-Baumann, Art. 376 StPO N. 7; Bernasconi, Art. 376 StPO N. 4; CR-Conti/Tunik, Art. 376 StPO N. 16.

454. Schwarzenegger, Art. 376 StPO N. 2.

Für ihre Anordnung ist ausreichend, wenn die Möglichkeit besteht, dass die betroffenen Gegenstände und Vermögenswerte künftig eingezogen werden könnten.⁴⁵⁵ Bei der Einziehungsbeschlagnahme muss ein Konnex zwischen der Tat und den mit Beschlag belegten Gegenständen oder Vermögenswerten bestehen.⁴⁵⁶ Sie stellt die Vorstufe zu einer Einziehung dar.⁴⁵⁷

E. Anwendungsfälle

1. Grundsatz: Selbstständige Einziehung bei fehlender Durchführung eines Strafverfahrens

23 Die selbstständige Einziehung kommt grundsätzlich in Betracht, wenn in der Schweiz aus irgendwelchen Gründen kein Strafverfahren stattfindet.⁴⁵⁸ Dies ist etwa dann der Fall, wenn:

- die Staatsanwaltschaft gemäss Art. 310 StPO die Nichtanhandnahme verfügt, z.B. weil Verfahrenshindernisse (Art. 310 Abs. 1 lit. b StPO) bestehen, wozu die Verjährung der Straftat gehört;⁴⁵⁹
- bei einem Antragsdelikt kein Strafantrag (vgl. Art. 30 f. StGB) vorliegt, was die Durchführung eines Strafverfahrens gegen den Täter – mangels Prozessvoraussetzung⁴⁶⁰ – ausschliesst;⁴⁶¹
- das Strafverfahren gegen den Täter aus objektiven bzw. tatsächlichen Gründen scheitert, z.B. weil dieser verstorben, unbekannten Aufenthalts oder unbekannt ist;⁴⁶²

455. BGer 7B_374/2023 vom 25.6.2024 E. 3.3 mit Hinweisen.

456. BGE 140 IV 57 E. 4.1.1 = Pra 103 (2014) Nr. 71; BGer 7B_291/2023 vom 12.10.2023 E. 3.2.

457. BGer 7B_291/2023 vom 12.10.2023 E. 3.2; BGer 6B_439/2019 vom 12.9.2019 E. 2.3.2; BGer 1B_300/2013 vom 14.4.2014 E. 5.3.1 mit Hinweisen.

458. BGE 142 IV 383 E. 2.1; vgl. dazu bereits BGE 117 IV 233 E. 3, wonach die zuständige Behörde die gesetzlichen Einziehungsvoraussetzungen auch in Fällen prüfen muss, in denen ein Strafverfahren «aus irgendwelchen Gründen» nicht stattfindet (oder eingestellt wird).

459. BGE 142 IV 383 E. 2.1; Jeanneret/Kuhn, Rz. 18027.

460. BGE 129 IV 305 E. 4.2.3 mit Hinweisen.

461. BGE 139 IV 209 E. 5.3; BGE 129 IV 305 E. 4.2.6; BSK-Baumann, Art. 376 StPO N. 4; Conti/Tunik, Art. 376 StPO N. 10; Jeanneret/Kuhn, Rz. 18027; Perrier Depeursinge, S. 569; Schmid, Art. 70-72 StGB N. 26; Schwarzenegger, Art. 376 StPO N. 2a; kritisch: BSK-Baumann, Art. 70/71 StGB N. 19; Scholl, Art. 70 StGB N. 413; vgl. zur Kritik zudem die in BGE 129 IV 305 E. 4.2.4 zitierten Autoren.

- die einziehungsbegründende Straftat (nicht aber der Einziehungsanspruch als solcher)⁴⁶³ verjährt ist;⁴⁶⁴
- das Strafverfahren gegen den Täter bereits abgeschlossen ist und nachträglich einziehbare Gegenstände oder Vermögenswerte auftauchen, soweit der Strafbehörde die Existenz der einziehbaren Gegenstände oder Vermögenswerte bei Anwendung der notwendigen Sorgfalt nicht hätte bekannt sein können;⁴⁶⁵
- bei Auslandtaten in der Schweiz einzuziehende Vermögenswerte vorhanden sind und die Anlasstat unter schweizerische Gerichtsbarkeit⁴⁶⁶ fällt.⁴⁶⁷

462. BSK-Baumann, Art. 376 StPO N. 4; BSK-Baumann, Art. 70/71 StGB N. 19; Bernasconi, Art. 376 StPO N. 1; Conti/Tunik, Art. 376 StPO N. 10; Jeanneret/Kuhn, Rz. 18027; Jositsch/Schmid, Art. 376 StPO N. 1; Moreillon/Parein-Reymond, Art. 376 StPO N. 3; Perrier Depeursinge, S. 569; Pitteloud, Rz. 1099; Schwarzenegger, Art. 376 StPO N. 2a; vgl. Botschaft StPO, S. 1303 Ziff. 2.8.6.

463. Gemäss Art. 70 Abs. 3 StGB verjährt das Recht zur Einziehung nach sieben Jahren; ist jedoch die Verfolgung der Straftat einer längeren Verjährungsfrist unterworfen, so findet diese Frist auch auf die Einziehung Anwendung. Auf den Beginn und das Ende des Einziehungsrechts sind die allgemeinen Bestimmungen betreffend die Verjährung der Strafverfolgung (vgl. Art. 97 f. StGB) analog anwendbar (BGE 141 IV 305 E. 1.4; BGer 6B_739/2022 vom 22.3.2023 E. 1.5; BGer 6B_425/2011 vom 10.4.2012 E. 4.3 mit Verweis auf die Botschaft 1993, S. 316 Ziff. 224). Ist vor Ablauf der Verjährungsfrist ein erstinstanzliches Urteil im Sinne von Art. 97 Abs. 3 StGB ergangen, verjährt auch das Einziehungsrecht nicht mehr (BGE 141 IV 305 E. 1.4 mit Verweis auf BGer 6B_425/2011 vom 10.4.2012 E. 4.3).

464. BGE 142 IV 383 E. 2.2.2; BGE 129 IV 305 E. 4.2.2; BSK-Baumann, Art. 376 StPO N. 4; Conti/Tunik, Art. 376 StPO N. 10; Moreillon/Parein-Reymond, Art. 376 StPO N. 3; Schwarzenegger, Art. 376 StPO N. 2a. Dabei sind nur diejenige Fälle angesprochen, in welchen zufolge Verjährung der Straftat ein Strafverfahren gar nicht eröffnet worden ist, nicht aber die Fälle, in denen erst im Verlauf des Strafverfahrens die Straftat verjährt beziehungsweise deren Verjährung festgestellt wird und daher eine Einstellung des Verfahrens durch die Staatsanwaltschaft (Art. 319 Abs. 1 lit. d StPO) oder durch das Gericht (Art. 329 Abs. 4 StPO) erfolgt (BGE 142 IV 383 E. 2.2.2); vgl. zur gerichtlichen Verfahrenseinstellung wegen Eintritts der Verfolgungsverjährung: BGer 7B_211/2022 vom 12.3.2024 E. 2.3.1.

465. BGE 144 IV 1 E. 4.1.2 = Pra 107 (2018) Nr. 87; BGer 6B_592/2016 vom 13.1.2017 E. 4.4; BGer 6B_887/2016, 6B_888/2016 und 6B_891/2016 vom 6.10.2016 E. 2.4.2; BGer 6B_801/2008 vom 12.3.2009 E. 2.3; BSK-Baumann, Art. 70/71 StGB N. 21; BSK-Baumann, Art. 376 StPO N. 4; Jeanneret/Kuhn, Rz. 18029; Jositsch/Schmid, Art. 376 StPO N. 2; Perrier Depeursinge, S. 569; Tag, Art. 11 StPO N. 20.

466. Sei dies gestützt auf Art. 3-8 StGB oder Spezialbestimmungen (z.B. Art. 24 BetmG [SR 812.121]).

467. BGE 128 IV 145 E. 2; BSK-Baumann, Art. 376 StPO N. 4; Conti/Tunik, Art. 376 StPO N. 10.

- 24 Nach der Rechtsprechung und der Lehre bestehen gewisse Ausnahmen vom Grundsatz der Subsidiarität⁴⁶⁸ des selbstständigen Einziehungsverfahrens. Darauf wird im Folgenden eingegangen.

2. Ausnahmen vom Grundsatz der Subsidiarität des selbstständigen Einziehungsverfahrens

a. Besondere Art des einzuziehenden Gegenstandes

- 25 Ein selbstständiges Einziehungsverfahren kommt gemäss bundesgerichtlicher Praxis – über den Wortlaut von Art. 376 StPO hinaus – auch dann in Betracht, wenn zwar ein Strafverfahren im Gange ist, aber wegen der Art des allenfalls einzuziehenden Gegenstandes über die Einziehung rasch entscheiden werden sollte, da der fragliche Gegenstand etwa leicht verderblich ist oder einer schnellen Wertverminderung unterliegt.⁴⁶⁹ Diese Voraussetzung kann etwa beim Anbau von Hanf in grösseren Mengen erfüllt sein.⁴⁷⁰ Die Möglichkeit einer selbstständigen Einziehung – trotz laufenden Strafverfahrens – soll auch dann bestehen, wenn sich die Aufrechterhaltung der Beschlagnahme angesichts der Art der beschlagnahmten Gegenstände als komplex und übermässig kostspielig erweist.⁴⁷¹

b. Wahrung der Geschädigteninteressen

- 26 Nach der Praxis des Bundesgerichts besteht mit Blick auf den Schutz der Geschädigteninteressen auch dann Anlass, die Entscheidung über die Einziehung nicht akzessorisch zu einem pendenten ausländischen Strafverfahren, sondern in einem selbstständigen Verfahren zu prüfen, wenn seit der Tat bereits einige Zeit verstrichen ist und nicht zu erwarten ist, dass das ausländische Strafverfahren in naher Zukunft abgeschlossen sein wird. Für eine vorzeitige Herausgabe der Vermögenswerte an den Geschädigten verlangt das Bundesgericht jedoch, dass der Anspruch des Geschädigten «hinreichend liquid» sein muss. Denn eine vorzeitige Herausgabe ist gemäss

468. Vgl. oben N. 18.

469. BGer 6B_733/2011 vom 5.6.2012 E. 3.1; zustimmend Moreillon/Parein-Reymond, Art. 376 StPO N. 6; Perrier Depeursinge, S. 569; kritisch Eicker, S. 235, der für solche Konstellationen auf die Möglichkeit des Notverkaufs gemäss Art. 266 Abs. 5 StPO verweist.

470. BGer 6B_733/2011 vom 5.6.2012 E. 3.1; Bernasconi, Art. 376 StPO N. 6; Jeanneret/Kuhn, Rz. 18028; Jositsch/Schmid, Art. 376 StPO N. 3; Perrier Depeursinge, S. 569; Pitteloud, Rz. 1099.

471. Conti/Tunik, Art. 376 StPO N. 8; Jeanneret/Kuhn, Rz. 18028.

Bundesgericht nur gerechtfertigt, wenn offensichtlich ist, dass die Vermögenswerte aus der entsprechenden strafbaren Handlung stammen und der Berechtigte durch diese Straftat geschädigt ist. Nur wenn die Rechtslage klar ist oder sofort beweisbare tatsächliche Verhältnisse vorliegen und keine besseren Ansprüche Dritter geltend gemacht werden, besteht die Gefahr widersprüchlicher Urteile im Einziehungs- und im Strafverfahren nicht. Ist dies nicht der Fall, ist der Anspruch des Geschädigten nicht liquid und muss das Ergebnis des ausländischen Strafverfahrens abgewartet werden, welches beim Einziehungsentscheid durch den Richter beigezogen werden muss.⁴⁷²

Die Möglichkeit eines solchen vorgezogenen selbstständigen 27 Einziehungsverfahrens wird von einem Teil der Lehre generell (d.h. nicht beschränkt auf Fälle, in denen ein ausländisches Strafverfahren pendent ist) bevorzugt.⁴⁷³

c. Sperrung des Zugangs zu Webseiten mit strafrechtlich relevanten Inhalten?

In Lehre⁴⁷⁴ und Rechtsprechung⁴⁷⁵ wird vereinzelt die Ansicht vertreten, dass 28 die endgültige Sperrung des Zugangs zu Webseiten mit strafrechtlich relevanten (z.B. ehrverletzenden oder rassistischen) Inhalten im Rahmen eines selbstständigen Einziehungsverfahrens nach Art. 376 ff. StPO angeordnet werden könne.

Dagegen wurde zu Recht eingewendet, dass es für eine solche 29 Sperranordnung bereits an den materiellrechtlichen Voraussetzungen einer Sicherheitseinziehung (Art. 69 StGB) mangels eines *instrumentum sceleris*⁴⁷⁶ fehle, da die Zugangsinfrastruktur der Access-Provider weder der Begehung der in Betracht kommenden Kommunikationsdelikte diene noch dazu bestimmt sei.⁴⁷⁷

472. BGer 6S.68/2004 und 6P.119/2004 vom 9.8.2005 E. 6.3 mit Hinweisen.

473. Vgl. Schödler, S. 178; Schwarzenegger, Art. 376 StPO N. 3.

474. Bernasconi, Art. 376 StPO N. 7; Jositsch/Schmid, Art. 376 StPO N. 3; Pitteloud, Rz. 1099.

475. Vgl. Urteil des *Tribunal d'accusation* des Kantons Waadt 197/2008 vom 3.4.2008, auszugsweise publiziert in: *forum poenale* 5/2008, S. 267 ff.; vgl. dazu auch BGer 1B_294/2014 vom 19.3.2015 E. 4.2 ff.

476. D.h. der Tatwerkzeug.

477. Schwarzenegger, Art. 376 StPO N. 4.

VI. VEREINBARKEIT MIT DEN VERTEIDIGUNGSRECHTEN DES TÄTERS?

- 30 Wie bereits erwogen, hängt die Möglichkeit der Anordnung der Einziehung nicht von der Strafbarkeit einer bestimmten Person ab.⁴⁷⁸ Mit der selbstständigen Einziehung geht kein strafrechtlicher Schuldvorwurf an die von der Einziehung betroffene Person einher.⁴⁷⁹
- 31 Das Verfahren der selbstständigen Einziehung wird zu Recht als problematisch erachtet, wenn und soweit die einziehungsbegründende Anlasstat in diesem Verfahren festgestellt wird, ohne dass sich der angebliche Täter im Rahmen eines ordentlichen Strafverfahrens unter Wahrnehmung der ihm zustehenden Verteidigungsrechte zur Wehr setzen konnte.⁴⁸⁰ Aus diesem Grund muss das selbstständige Einziehungsverfahren nur unter strenger Beachtung seines subsidiären Charakters durchgeführt werden (dürfen).⁴⁸¹

VII. VEREINBARKEIT MIT DER UNSCHULDSVERMUTUNG?

- 32 Die Anordnung einer Sicherungseinziehung (Art. 69 StGB) setzt das Vorliegen einer tatbestandsmässigen und rechtswidrigen Anlasstat voraus.⁴⁸² Auch die Vermögenseinziehung (Art. 70 Abs. 1 StGB) setzt ein Verhalten voraus, das den objektiven und den subjektiven Tatbestand einer Strafnorm erfüllt und rechtswidrig ist.⁴⁸³ Dieselbe Voraussetzung gilt für die Ersatzforderung (Art. 71 StGB).⁴⁸⁴
- 33 Gemäss Art. 32 Abs. 1 BV⁴⁸⁵ und Art. 10 Abs. 1 StPO gilt jede Person bis zur rechtskräftigen Verurteilung als unschuldig. Nach Art. 6 Ziff. 2 EMRK⁴⁸⁶ gilt jede Person, die einer Straftat angeklagt ist, bis zum gesetzlichen Beweis ihrer

478. Vgl. oben N. 6 f.

479. BGer 6B_1227/2021 vom 10.10.2022 E. 1.6; BGer 6B_1390/2020 vom 8.6.2022 E. 2.2.5.

480. BSK-Baumann, Art. 376 StPO N. 4.

481. Vgl. oben N. 18.

482. BGE 149 IV 307 E. 2.6; BGE 132 II 178 E. 4 = Pra 96 (2007) Nr. 83; BGE 117 IV 233 E. 3.

483. BGE 144 IV 285 E. 2.2; BGE 141 IV 155 E. 4.1; je mit Hinweisen.

484. BGE 140 IV 57 E. 4.1.2 = Pra 103 (2014) Nr. 71; BGer 7B_135/2022 vom 9.1.2024 E. 4.1.1. Die zur Durchsetzung einer Ersatzforderung mit Beschlag belegten Vermögenswerte (Art. 263 Abs. 1 lit. e StPO) brauchen jedoch – anders als bei der Einziehung (BGE 144 IV 285 E. 2.2; BGE 141 IV 155 E. 4.1) – keinen Zusammenhang mit der untersuchten Straftat aufzuweisen (BGE 140 IV 57 E. 4.1.2 = Pra 103 [2014] Nr. 71; BGE 133 IV 215 E. 2.2.1 = Pra 97 [2008] Nr. 58).

485. Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (BV; SR 101).

Schuld als unschuldig. Fehlt es an einer rechtskräftigen Verurteilung, darf die Staatsanwaltschaft in der Einstellungsverfügung bzw. das Gericht in seinem Urteil mit der Entscheidungsbegründung nicht zum Ausdruck bringen, sie hielten die beschuldigte Person für schuldig.⁴⁸⁷ Art. 6 Ziff. 2 EMRK schützt bei Freispruch oder Verfahrenseinstellung davor, dass Personen behandelt werden, als wären der ihnen vorgeworfenen Straftaten schuldig.⁴⁸⁸

Wird in der selbstständigen Einziehungsentscheidung eine nicht rechtskräftig 34
verurteilte Person vorbehaltlos der Begehung der Anlasstat beschuldigt, ist dies unter dem Gesichtspunkt der Unschuldsvermutung problematisch.⁴⁸⁹ Bei Fehlen einer rechtskräftigen Verurteilung des Täters der Anlasstat soll im Rahmen einer selbstständigen Einziehungsentscheidung davon abgesehen werden, mit der Entscheidungsbegründung zum Ausdruck zu bringen, die Strafbarkeit des Anlasstäters sei gegeben. Da das Vorliegen einer tatbestandsmässigen und rechtswidrigen Anlasstat jedoch Voraussetzung ist, damit überhaupt eine Einziehung angeordnet werden kann,⁴⁹⁰ wird die Begründung der selbstständigen Einziehungsentscheidung mit Vorsicht erfolgen müssen.

Bezüglich der Vermögenseinziehung folgt aus Art. 70 Abs. 2 StGB *e contrario*, 35
dass deliktisch erlangte Vermögenswerte grundsätzlich bei jedem Dritten eingezogen werden können, der diese in Kenntnis der Einziehungsgründe oder ohne gleichwertige Gegenleistung erwirbt.⁴⁹¹ Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann sich der Dritte im Einziehungsverfahren nicht auf die Unschuldsvermutung berufen. Ungeachtet dessen ist der Staat verpflichtet, sämtliche Voraussetzungen für eine Einziehung beim Dritten zu beweisen.⁴⁹² Behauptet der Dritte, eine gleichwertige Gegenleistung im Sinne von Art. 70 Abs. 2 StGB erbracht zu

486. Konvention vom 4.11.1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101).

487. Vgl. BGE 145 IV 42 E. 4.7; BGE 120 Ia 147 E. 3b; BGE 114 Ia 299 E. 2b; je mit Hinweisen.

488. BGer 7B_211/2022 vom 12.3.2024 E. 2.3.5; BGer 6B_1119/2021 vom 6.10.2022 E. 2.3.2; 6B_925/2018 vom 7.3.2019 E. 1.3.2; je mit Hinweisen.

489. BSK-Baumann, Art. 376 StPO N. 4 Fn. 11 mit Verweis auf BGer 6B_425/2011 vom 10.4.2012 E. 2.3.2, wo eine mit Hinblick auf die Unschuldsvermutung problematische Formulierung der Vorinstanz zitiert wird.

490. Vgl. oben N. 32.

491. BGer 6B_502/2020 vom 6.5.2021 E. 1.2.1; BGer 6B_67/2019 vom 16.12.2020 E. 5.3; BGer 6B_334/2019 vom 28.1.2020 E. 4.3.1.

492. BGer 6B_789/2022 vom 17.4.2023 E. 2.2; BGer 6B_1227/2021 vom 10.10.2022 E. 1.5.

haben, muss er bei der Beweiserhebung in zumutbarer Weise mitwirken.⁴⁹³ Das Bundesgericht hat bereits festgehalten, dass sich Zweifel an den Einziehungsvoraussetzungen in analoger Anwendung der Unschuldsvermutung zugunsten des davon Betroffenen auswirken müssen.⁴⁹⁴ Ob es sich dabei wirklich um eine analoge Anwendung der Unschuldsvermutung handelt, ist jedoch fraglich. Bestehen etwa Zweifel, dass eine tatbestandsmässige und rechtswidrige Anlasstat vorliegt, dann wäre es vielmehr naheliegend, in Anwendung des Grundsatzes «in dubio pro reo» (vgl. Art. 10 Abs. 3 StPO)⁴⁹⁵ das Vorliegen einer solchen Anlasstat und damit die entsprechende Einziehungsvoraussetzung zu verneinen, was zugunsten des Einziehungsbetroffenen berücksichtigt werden müsste.

VIII. VEREINBARKEIT MIT DEM GRUNDSATZ «NE BIS IN IDEM»?

- 36 Ein selbstständiges Einziehungsverfahren ist unter anderem möglich, wenn nach rechtskräftigem Abschluss des ordentlichen Strafverfahrens einziehbare Gegenstände und Vermögenswerte zum Vorschein kommen.⁴⁹⁶ Dabei stellt sich die Frage der Vereinbarkeit der selbstständigen Einziehung mit dem Grundsatz «ne bis in idem».
- 37 Der Grundsatz «ne bis in idem» ist in Art. 11 Abs. 1 StPO geregelt. Er ist auch in Art. 4 des Protokolls Nr. 7 zur EMRK⁴⁹⁷ sowie in Art. 14 Abs. 7 UNO-Pakt II⁴⁹⁸ verankert und lässt sich nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung direkt aus der Bundesverfassung ableiten.⁴⁹⁹ Demnach darf, wer in der Schweiz rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, wegen der gleichen Straftat nicht erneut verfolgt werden. Tatidentität liegt vor, wenn dem ersten und dem zweiten Strafverfahren identische oder im Wesentlichen gleiche Tatsachen zugrunde liegen. Auf die rechtliche Qualifikation dieser Tatsachen kommt es nicht an.⁵⁰⁰ Das Verbot der doppelten Strafverfolgung verbietet die

493. BGer 6B_1390/2020 vom 8.6.2023 E. 2.2.4; BGer 6B_502/2020 vom 6.5.2021 E. 1.2.1.

494. BGer 6B_765/2020 vom 23.10.2020 E. 1.1.2; BGer 6B_871/2018 vom 26.4.2019 E. 2.1.2.

495. Vgl. zu diesem Grundsatz: BGE 146 IV 297 E. 2.2.4; BGE 144 IV 235 E. 2.2.3.1.

496. Vgl. oben N. 23.

497. Protokoll Nr. 7 vom 22.11.1984 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101.07).

498. Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16.12.1966 (SR 0.103.2).

499. BGE 149 IV 50 E. 1.1.3; BGE 144 IV 362 E. 1.3.2; BGE 137 I 363 E. 2.1 = Pra 101 (2012) Nr. 46.

500. BGE 149 IV 50 E. 1.1.3; BGE 144 IV 362 E. 1.3.2; BGer 6B_1068/2023 vom 18.7.2024 E. 1.2.1.

Wiederholung eines durch rechtskräftige Entscheidung⁵⁰¹ abgeschlossenen Strafverfahrens.⁵⁰² Es stellt ein Verfahrenshindernis⁵⁰³ dar, das in jedem Verfahrensstadium von Amtes wegen zu berücksichtigen ist.⁵⁰⁴

Kommen nach rechtskräftigem Abschluss des Strafverfahrens neue einziehbare Gegenstände oder Vermögenswerte zum Vorschein, stehen die Rechtskraft des rechtskräftigen Strafentscheids und der Grundsatz «ne bis in idem» der späteren Anordnung der Einziehung im Rahmen des selbstständigen Einziehungsverfahrens grundsätzlich nicht entgegen, da von beiden Verfahren verschiedenen Materien betroffen sind.⁵⁰⁵ Über die Einziehung der fraglichen Gegenstände oder Vermögenswerte wurde in einem solchen Fall im bereits rechtskräftig abgeschlossenen Strafverfahren noch nicht entschieden, sodass diesbezüglich keine abgeurteilte Sache (*res iudicata*) vorliegt.

Die Durchführung eines selbstständigen Einziehungsverfahrens ist hingegen ausgeschlossen, soweit der Strafbehörde bereits im ordentlichen Strafverfahren unter Anwendung der erforderlichen Sorgfalt die Existenz der einziehbaren Gegenstände oder Vermögenswerte hätte bekannt sein können.⁵⁰⁶ Dies gilt auch in Bezug auf zukünftige wirtschaftliche Vorteile, die bereits zum Zeitpunkt des gerichtlichen Strafurteils bzw. der staatsanwaltschaftlichen Verfahrenseinstellung hätten beurteilt und eingezogen werden können.⁵⁰⁷

501. Eine rechtskräftige Einstellungsverfügung kommt einem freisprechenden Entscheid gleich (Art. 320 Abs. 4 StPO; BGE 143 IV 104 E. 4.2; BGer 7B_211/2022 vom 12.3.2024 E. 2.3.3).

502. BGer 6B_1068/2023 vom 18.7.2024 E. 1.2.1; BGer 6B_1110/2023 vom 23.5.2024 E. 2.3.1.

503. Vgl. Art. 310 Abs. 1 lit. b StPO (Nichtanhandnahmeverfügung der Staatsanwaltschaft), Art. 329 Abs. 1 lit. c StPO (Anklageprüfung durch das Gericht).

504. BGE 149 IV 50 E. 1.1.3; BGE 144 IV 362 E. 1.3.2; BGE 143 IV 104 E. 4.2; je mit Hinweisen.

505. BGE 144 IV 1 E. 4.1.2 = Pra 107 (2018) Nr. 87; BGer 6B_887/2016, 6B_888/2016 und 6B_891/2016 vom 6.10.2016 E. 2.4.2; BGer 6B_801/2008 vom 12.3.2009 E. 2.3; Abo Youssef, S. 82; BSK-Baumann, Art. 376 StPO N. 4 Fn. 18; Schmid, Art. 70-72 StGB N. 138; Schwarzenegger, Art. 376 StPO N. 2c.

506. BGE 144 IV 1 E. 4.1.2 = Pra 107 (2018) Nr. 87; BGer 6B_592/2016 vom 13.1.2017 E. 4.4; BGer 6B_887/2016, 6B_888/2016 und 6B_891/2016 vom 6.10.2016 E. 2.4.2; BGer 6B_801/2008 vom 12.3.2009 E. 2.3; Abo Youssef, S. 82; BSK-Baumann, Art. 70/71 StGB N. 21; BSK-Baumann, Art. 376 StPO N. 4 Fn. 18; Oberholzer, Rz. 2012; Perrier Depeursinge, S. 569; Schwarzenegger, Art. 376 StPO N. 2c.

507. BGE 144 IV 1 E. 4.2.4 = Pra 107 (2018) Nr. 87; vgl. zu dieser Konstellation Abo Youssef, S. 78 ff.

IX. ZUSTÄNDIGKEIT DER SCHWEIZER STRAFBEHÖRDEN IM INTERNATIONALEN KONTEXT

- 40 In Fällen der rechtshilfeweisen Herausgabe von Vermögenswerten deliktischer Herkunft zur Einziehung gelangt das GwUe⁵⁰⁸ zur Anwendung. Als «Einziehung» im Sinne dieses Übereinkommens wird eine Strafe oder Massnahme bezeichnet, die von einem Gericht im Anschluss an ein eine Straftat oder mehrere Straftaten betreffendes Verfahren angeordnet wurde und die zur endgültigen Einziehung des Vermögenswertes führt (Art. 1 lit. d GwUe). Art. 13 Ziff. 1 GwUe sieht eine Verpflichtung der Verfahrensparteien zur Einziehung, sei dies durch Vollstreckung einer Einziehungsentscheidung eines Gerichts der ersuchenden Vertragspartei (lit. a) oder durch Weiterleitung des Ersuchens um Einziehung von in ihrem Hoheitsgebiet befindlichen Tatwerkzeugen oder Erträgen an ihre zuständigen Behörden, um eine Einziehungsentscheidung zu erwirken (lit. b). Gemäss der Botschaft bezieht sich die Verpflichtung ausschliesslich auf strafrechtliche Einziehungen, welche durch Gerichtsentscheid der ersuchenden Partei – im Rahmen eines ordentlichen oder eines selbstständigen Strafverfahrens – ergangen sind.⁵⁰⁹
- 41 Eine selbstständige Einziehung von Vermögenswerten in der Schweiz aus Auslandstaten setzt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung⁵¹⁰ und herrschender Lehre⁵¹¹ voraus, dass ein Anknüpfungspunkt nach Art. 3 ff. StGB (betreffend den räumlichen Geltungsbereich) besteht und somit die schweizerische Gerichtsbarkeit gegeben ist oder dass die Einziehung spezialgesetzlich⁵¹² oder staatsvertraglich vorgesehen ist.
- 42 Im Bereich der internationalen Rechtshilfe in Strafsache ist die Herausgabe zur Einziehung in Art. 74a IRSG⁵¹³ geregelt. Die Herausgabe kann in jedem Stadium des ausländischen Verfahrens erfolgen, in der Regel gestützt auf

508. Europäisches Übereinkommen vom 8.11.1990 über Geldwäscherei sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten (GwUe; SR 0.311.53; vgl. dazu BGE 133 IV 215 E. 2.1 = Pra 97 [2008] Nr. 58; BGer 1C_565/2019 vom 10.2.2020 E. 6.1).

509. Botschaft 1992, S. 26.

510. BGE 141 IV 155 E. 4.1; BGE 134 IV 185 E. 2.1; BGE 128 IV 145 E. 2; je mit Hinweisen.

511. Ackermann, S. 37 f.; BSK-Baumann, Art. 70/71 StGB N. 20; Cassani, S. 259 f.; Conti/Tunik, Art. 376 StPO N. 13; Jeanneret/Kuhn, Rz. 18036; Moreillon/Parein-Reymond, Art. 376 StPO N. 4; Oberholzer, Rz. 2012 und 2016; Perrier Depeursinge, S. 568; a.M. Schmid, Art. 70-72 StGB N. 28 f., wonach auch bei Anlasstaten ohne Bezug zur Schweiz i.S.v. Art. 3 ff. StGB hier liegende Vermögenswerte eingezogen werden können.

einen rechtskräftigen und vollstreckbaren Entscheid des ersuchenden Staates (Art. 74a Abs. 3 IRSG). Dabei genügt ein selbstständiger, rechtskräftiger Einziehungsentscheid.⁵¹⁴

Bis zum Vorliegen eines solchen Entscheids des ersuchenden Staates kann 43 praxisgemäss unter Umständen eine beträchtliche Zeit vergehen. In dieser Zeitspanne sind die beschlagnahmten Vermögenswerte von den zuständigen schweizerischen Strafbehörden, i.d.R. die kantonalen Staatsanwaltschaften oder die Bundesanwaltschaft, möglichst sicher, werterhaltend und ertragbringend anzulegen.⁵¹⁵ Macht ein Berechtigter an den beschlagnahmten Gegenständen oder Vermögenswerten Ansprüche nach Art. 74a Abs. 4 IRSG geltend, so wird deren Freigabe an den ersuchenden Staat bis zur Klärung der Rechtslage aufgeschoben (Art. 74a Abs. 5 Satz 1 IRSG). Die streitigen Gegenstände oder Vermögenswerte dürfen dem Berechtigten gemäss Art. 74a Abs. 5 Satz 2 IRSG nur unter bestimmten Umständen herausgegeben werden, etwa dann, wenn der ersuchende Staat zustimmt (lit. a). Lässt sich der ersuchende Staat nicht vernehmen, so haben die zuständigen schweizerischen Strafbehörden über die Aufhebung der Beschlagnahme zu befinden und bei gegebenen Voraussetzungen ein selbstständiges Einziehungsverfahren in der Schweiz nach Art. 376 ff. StPO einzuleiten. Dadurch soll verhindert werden, dass Vermögenswerte deliktischer Herkunft nur wegen der fehlenden Kooperation des ersuchenden Staates herausgegeben werden müssen.⁵¹⁶

Zum Autor

Dr. iur. Tommaso Caprara, Rechtsanwalt, CAS Forensics, ist Gerichtsschreiber bei der II. strafrechtlichen Abteilung des Schweizerischen

512. Etwa in Art. 24 BetmG. Die in diese Norm spezialgesetzlich geregelte Einziehung ist auch zulässig, wenn die Betäubungsmitteldelikte im Ausland begangen wurden und keine Anknüpfungspunkte im Sinne von Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 8 StGB bestehen (vgl. BGE 141 IV 155 E. 4.1; BGE 134 IV 185 E. 2.1 = Pra 97 [2008] Nr. 147; BGE 128 IV 145 E. 2c). Art. 24 Abs. 1 BetmG verankert eine Universalkompetenz der Schweiz zur Einziehung von Vermögenswerten aus dem illegalen Betäubungsmittelhandel (BGer 6B_1227/2021 vom 10.10.2022 E. 1.3; BGer 6B_1390/2020 vom 8.6.2022 E. 2.2.2; je mit Hinweis[en]).

513. Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen vom 20.3.1981 (IRSG; SR 351.1).

514. BSK-Aeppli, Art. 74a IRSG N. 41.

515. Vgl. Art. 1 der Verordnung über die Anlage beschlagnahmter Vermögenswerte vom 3.12.2010 (SR 312.057); Conti/Tunik, Art. 376 StPO N. 15; Moreillon/Nicolet, S. 436.

516. Conti/Tunik, Art. 376 StPO N. 15; Moreillon/Nicolet, S. 437.

LITERATURVERZEICHNIS

Abo Youssef Omar, Einziehung wirtschaftlicher Vorteile, *ContraLegem* 2019/2, S. 78 ff.

Ackermann Jürg-Beat, Geldwäschereinormen - taugliche Vehikel für den privaten Geschädigten?, Zugleich ein Beitrag zum internationalen Adhäsions-/ Zivilprozess in Geldwäschereisachen und zum «Geldwäscherei-Arrest», in: Schmid Niklaus/Ackermann Jürg-Beat (Hrsg.), Wiedererlangung widerrechtlich entzogener Vermögenswerte mit Instrumenten des Straf-, Zivil-, Vollstreckungs- und internationalen Rechts, Zürich 1999, S. 35 ff.

Aeppli Michael, Kommentierung zu Art. 74a IRSG, in: Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), *Basler Kommentar, Internationales Strafrecht*, Basel 2015.

Baumann Florian, Kommentierung zu Art. 70/71 StGB und zu Art. 72 StGB; in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), *Basler Kommentar, Strafrecht, Band I*, 4. Aufl., Basel 2019.

Baumann Florian, Kommentierung zu Art. 376 StPO, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), *Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung*, 3. Aufl., Basel 2023.

Bernasconi Paolo, Kommentierung zu Art. 376 StPO, in: Bernasconi Paolo/Galliani Maria/Marcellini Luca/Meli Edy/Mini Mauro/Nosedo John (Hrsg.), *Commentario, Codice svizzero di procedura penale*, Zürich/St. Gallen 2010.

Cassani Ursula, Die Anwendbarkeit des schweizerischen Strafrechts auf internationale Wirtschaftsdelikte (Art. 3-7 StGB), *ZStrR* 114 (1996), S. 237 ff.

Conti Christelle/Tunik Daniel, Kommentierung zu Art. 376 StPO, in: Jeanneret Yvan/Kuhn André/Perrier Depeursinge Camille (Hrsg.), *Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse*, 2. Aufl., Basel 2019.

Engewald-Dannacher Marnie, Aufarbeitung von Staatsunrecht in rechtsstaatlichen Grenzen?, Zum Revisionsbedarf des Schweizerischen Einziehungsrechts im Hinblick auf Potentatengelder, *AJP* 2009, S. 288 ff.

Hirsig-Vouilloz Madeleine, Le nouveau droit suisse de la confiscation pénale et de la créance compensatrice (art. 69 à 73 CP), AJP 2007, S. 1376 ff.

Jeanneret Yvan/Kuhn André, Précis de procédure pénale, 2. Aufl., Bern 2018.

Jositsch Daniel/Ege Gian/Schwarzenegger Christian, Strafrecht II, Strafen und Massnahmen, 9. Aufl., Zürich 2018.

Jositsch Daniel/Schmid Niklaus, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 4. Aufl., Zürich 2023.

Krumm Jürg, Die Sicherungseinziehung von Motorfahrzeugen, AJP 2013, S. 375 ff.

Moreillon Laurent/Nicolet Yves, La créance compensatrice, ZStrR 135 (2017), S. 416 ff.

Moreillon Laurent/Parein-Reymond Aude, Code de procédure pénale (CPP), Petit commentaire, 2. Aufl., Basel 2016.

Nadelhofer Do Canto Simone, Vermögenseinziehung bei Wirtschafts- und Unternehmensdelikten (Art. 70 f. StGB), Zürich 2008.

Oberholzer Niklaus, Grundzüge des Strafprozessrechts, 4. Aufl., Bern 2020.

Perrier Depeursinge Camille, Code de procédure pénale suisse (CPP) annoté, 2. Aufl., Basel 2020.

Pitteloud Jo, Code de procédure pénale suisse (CPP), Commentaire à l'usage des praticiens, Zürich/St. Gallen 2012.

Schmid Niklaus, Kommentierung zu Art. 69 StGB und zu Art. 70-72 StGB, in: Schmid Niklaus (Hrsg.), Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Band I, 2. Aufl., Zürich 2007.

Schödler Sara, Dritte im Beschlagnahme- und Einziehungsverfahren, Luzern 2012.

Scholl Marcel, Kommentierung zu Art. 70 StGB, in: Jürg-Beat Ackermann (Hrsg.), Kommentar Kriminelles Vermögen - Kriminelle Organisationen, Band I, Zürich 2018.

Schwarzenegger Christian, Kommentierung zu Art. 376 StPO, in: Donatsch Andreas/Lieber Viktor/Summers Sarah/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 3. Aufl., Zürich 2020.

Seelmann Martin/Thommen Marc, Kommentierung zu Art. 72 StGB, in: Jürg-Beat Ackermann (Hrsg.), Kommentar Kriminelles Vermögen - Kriminelle Organisationen, Band I, Zürich 2018.

Tag Brigitte, Kommentierung zu Art. 11 StPO, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2023.

Thommen Marc, Kommentierung zu Art. 69 StGB, in: Jürg-Beat Ackermann (Hrsg.), Kommentar Kriminelles Vermögen - Kriminelle Organisationen, Band I, Zürich 2018.

Tirelli Ludovic/Trajilovic Daniel, L'application du principe de la *lex mitior* à la confiscation de valeurs patrimoniales (art. 70 CP) et à l'infraction de blanchiment d'argent (art. 305^{bis} CP), *forum*poenale 2023, S. 350 ff.

Trechsel Stefan/Jean-Richard-dit-Bressel, Kommentierung zu Art. 70 StGB, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 4. Aufl., Zürich 2021.

Weingart Denise, Das Einspracheverfahren gegen den selbstständigen Einziehungsbefehl nach Art. 377 Abs. 4 StPO, Besonderheiten und offene Fragen, in: Bopp Dominik/Kistler Alexander/Lisik Natalie/Reber Kristof (Hrsg.), *Der Prozess*, Zürich 2023, S. 261 ff.

Wiprächtiger Hans/Keller Stefan, Kommentierung zu Art. 47 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht, Band I, 4. Aufl., Basel 2019.

Wohlers Wolfgang, Kommentierung zu Art. 70 StGB, in: Wohlers Wolfgang/Godenzi Gunhild/Schlegel Stephan (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 5. Aufl., Bern 2024.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft vom 19.8.1992 über die Ratifikation des Übereinkommens Nr. 141 des Europarats über Geldwäscherei sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten, BBl 1992 VI 9 ff. (zit. Botschaft 1992).

Botschaft vom 30.6.1993 über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Revision des Einziehungsrechts, Strafbarkeit der kriminellen Organisation, Melderecht des Financiers), BBl 1993 III 277 ff. (zit. Botschaft 1993).

Botschaft vom 21.12.2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 1085 ff. (zit. Botschaft StPO).

Botschaft vom 14.9.2018 zur Genehmigung und zur Umsetzung des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung des Terrorismus mit dem dazugehörigen Zusatzprotokoll sowie zur Verstärkung des strafrechtlichen Instrumentariums gegen Terrorismus und organisierte Kriminalität, BBl 2018 6427 ff. (zit. Botschaft 2018).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 377 StPO

Eine Kommentierung von Tommaso Caprara

ZITIERVORSCHLAG

Tommaso Caprara, Kommentierung zu Art. 377 StPO, in: Sonja Koch (Hrsg.), Onlinekommentar zur Strafprozessordnung

Kurzzitat: OK-Caprara, Art. 377 StPO N. XXX.

Art. 377 Verfahren

¹ Gegenstände oder Vermögenswerte, die voraussichtlich in einem selbstständigen Verfahren einzuziehen sind, werden beschlagnahmt.

² Sind die Voraussetzungen für die Einziehung erfüllt, so ordnet die Staatsanwaltschaft die Einziehung in einem Einziehungsbefehl an; sie gibt der betroffenen Person Gelegenheit zur Stellungnahme.

³ Sind die Voraussetzungen nicht erfüllt, so verfügt sie die Einstellung des Verfahrens und gibt die Gegenstände oder Vermögenswerte der berechtigten Person zurück.

⁴ Das Einspracheverfahren richtet sich nach den Bestimmungen über den Strafbefehl. Ein allfälliger Entscheid des Gerichts ergeht in Form eines Urteils. Der Entscheid des Gerichts kann mit Berufung angefochten werden.

GLIEDERUNG

I. Allgemeines.....	151
II. Beschlagnahme (Abs. 1)	152
III. Verfahren und Einziehungsbefehl (Abs. 2)	153
A. Zuständige Behörde.....	153
B. Verfahren	154
IV. Verfahrenseinstellung (Abs. 3).....	156
V. Einspracheverfahren und Rechtsmittel (Abs. 4).....	157
A. Rechtsmittel gegen Einstellungs- und Freigabeverfügung	157
B. Einspracheverfahren	158
C. Rechtsmittel gegen gerichtlichen Einziehungsentscheid	159
Literaturverzeichnis	160
Materialienverzeichnis.....	161

I. ALLGEMEINES

Art. 377 StPO stellt die einzige StPO-Bestimmung dar, welche das Verfahren der selbstständigen Einziehung regelt. Beim selbstständigen Einziehungsverfahren geht es – anders als im ordentlichen Strafverfahren – nicht darum, zu beurteilen, ob eine bestimmte Person oder mehrere bestimmte Personen wegen der Begehung oder der Beteiligung an einer bestimmten Straftat strafrechtlich zu verurteilen ist. Vielmehr wird in diesem (besonderen) Verfahren geprüft, ob Gegenstände oder Vermögenswerte vorliegen, die eingezogen werden müssen.⁵¹⁷

Es ist nicht ausgeschlossen, dass eine selbstständige Einziehung gestützt auf die Ergebnisse eines polizeilichen Ermittlungsverfahrens⁵¹⁸ angeordnet wird.⁵¹⁹ Denn nach formeller Eröffnung eines Strafverfahrens besteht grundsätzlich kein Platz mehr für die Durchführung eines selbstständigen Einziehungsverfahrens nach Art. 376 ff. StPO.⁵²⁰ Auch für die Anordnung einer selbstständigen Einziehung wird jedoch stets vorausgesetzt, dass die materiellrechtlichen Einziehungsvoraussetzungen nach Art. 69 ff. StGB erfüllt sind.⁵²¹ Ist dies nach Ansicht der Staatsanwaltschaft der Fall, dann hat sie ein selbstständiges Einziehungsverfahren zu eröffnen.⁵²² Dabei hat sie in analoger Anwendung von Art. 309 StPO vorzugehen und die Eröffnung des selbstständigen Einziehungsverfahrens in einer Verfügung anzuordnen.⁵²³ Diese braucht nicht begründet und eröffnet zu werden und ist nicht anfechtbar (vgl. Art. 309 Abs. 3 Satz 2 und 3 StPO). Die eröffnete Untersuchung ist auf die tatsächliche und rechtliche Sachverhaltsabklärung in Bezug auf die Einziehung bzw. die Ersatzforderung beschränkt.⁵²⁴

517. CR-Conti/Tunik, Art. 377 StPO N. 1; Moreillon/Parein-Reymond, Art. 377 StPO N. 4.

518. Vgl. Art. 306 f. StPO.

519. CR-Conti/Tunik, Art. 377 StPO N. 1; Jeanneret/Kuhn, Rz. 18033 Fn. 68; Perrier Depeursinge, S. 569; vgl. BGE 133 IV 278 E. 1.1 = Pra 97 (2008) Nr. 69.

520. Vgl. OK-Caprara, Art. 376 StPO N. 18.

521. Vgl. OK-Caprara, Art. 376 StPO N. 15.

522. Dass die Staatsanwaltschaft das selbstständige Einziehungsverfahren formell eröffnen muss, ergibt sich indirekt aus Art. 37 Abs. 2 StPO («[...] zuerst eröffnet worden ist»).

523. Bernasconi, Art. 377 StPO N. 3; Jeanneret/Kuhn, Rz. 18033; Jositsch/Schmid, Art. 377 StPO N. 2; Pitteloud, Rz. 1101.

524. Schwarzenegger, Art. 377 StPO N. 2.

II. BESCHLAGNAHME (ABS. 1)

- 3 Nach Art. 377 Abs. 1 StPO werden Gegenstände oder Vermögenswerte, die voraussichtlich in einem selbstständigen Verfahren einzuziehen sind, beschlagnahmt. Die Möglichkeit der Anordnung einer Einziehungsbeschlagnahme im selbstständigen Einziehungsverfahren entspricht derjenige, welche im akzessorischen Einziehungsverfahren vorgesehen ist (Art. 263 Abs. 1 lit. d StPO).⁵²⁵
- 4 Art. 377 Abs. 1 StPO stellt klar, dass für die Durchführung eines selbstständigen Einziehungsverfahrens nicht vorausgesetzt wird, dass Gegenstände oder Vermögenswerte bereits vorgängig beschlagnahmt worden sind. Vielmehr kann die Einziehungsbeschlagnahme erst im Rahmen des selbstständigen Einziehungsverfahrens gestützt auf Art. 377 Abs. 1 StPO angeordnet werden.⁵²⁶
- 5 Die Beschlagnahme ist eine auf die Wahrscheinlichkeit gestützte vorsorgliche Massnahme⁵²⁷ bzw. eine konservatorische provisorische Massnahme.⁵²⁸ Für ihre Anordnung reicht es aus, wenn die Möglichkeit besteht, dass die betroffenen Gegenstände und Vermögenswerte künftig gebraucht, eingezogen oder zurückerstattet werden könnten.⁵²⁹
- 6 Die Beschlagnahme stellt eine strafprozessuale Zwangsmassnahme dar.⁵³⁰ Als solche setzt sie unter anderem einen hinreichenden Tatverdacht voraus (Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO). Dabei ist zu prüfen, ob aufgrund der bisherigen Untersuchungsergebnisse genügend konkrete Anhaltspunkte für eine Straftat und eine Beteiligung der beschuldigten Person an dieser Tat vorliegen.

525. BSK-Baumann, Art. 377 StPO N. 1.

526. Vgl. Bernasconi, Art. 377 StPO N. 2; Jositsch/Schmid, Art. 377 StPO N. 1; Moreillon/Parein-Reymond, Art. 377 StPO N. 3; Schwarzenegger, Art. 377 StPO N. 2a; a.M. CR-Conti/Tunik, Art. 377 StPO N. 6, und Jeanneret/Kuhn, Rz. 18034, wonach Art. 377 Abs. 1 StPO keine selbstständige Bedeutung («pas de portée autonome») zukommt bzw. als blosser Verweis auf Art. 263 ff. StPO zu qualifizieren ist.

527. BGE 143 IV 357 E. 1.2.3 = Pra 107 (2018) Nr. 37; BGE 141 IV 360 E. 3.2; je mit Hinweisen.

528. BGer 7B_169/2024 vom 5.8.2024 E. 3.1.2; BGer 7B_374/2023 vom 25.6.2024 E. 3.3; 7B_200/2023 vom 25.6.2024 E. 3.3; je mit Hinweisen.

529. BGer 7B_169/2024 vom 5.8.2024 E. 3.1.2; BGer 7B_176/2022 vom 6.11.2023 E. 5.1; je mit Hinweisen.

530. BGer 7B_374/2023 vom 25.6.2024 E. 3.3; BGer 1B_455/2022 vom 17.5.2023 E. 4.3.

Hinweise auf eine strafbare Handlung müssen erheblich und konkreter Natur sein, um einen hinreichenden Tatverdacht begründen zu können.⁵³¹

Als strafprozessuale Zwangsmassnahme muss die Beschlagnahme zudem 7 verhältnismässig sein. Sie darf nur soweit angeordnet und aufrecht erhalten werden, als die damit angestrebten Ziele nicht durch mildere Massnahmen erreicht werden können und die Bedeutung der Straftat die Zwangsmassnahme rechtfertigt (Art. 197 Abs. 1 lit. c und d StPO).⁵³² Die Beschlagnahme ist hinsichtlich ihres Umfangs auf das erforderliche Mass zu beschränken.⁵³³ Die Strafbehörden haben während des Verfahrens laufend zu prüfen, ob und in welchem Umfang die Beschlagnahme noch gerechtfertigt ist.⁵³⁴ Eine Beschlagnahme kann auch dadurch unverhältnismässig werden, dass sich ihre Dauer grundlos in die Länge zieht.⁵³⁵ Bei der Einziehungsbeschlagnahme müssen grundsätzlich sämtliche Vermögenswerte beschlagnahmt bleiben, solange nicht geklärt ist, welcher Anteil der betroffenen Vermögenswerte deliktischer Herkunft ist.⁵³⁶ Andernfalls besteht die Gefahr, dass Deliktserlös in den Wirtschaftskreislauf eingespiessen wird und nicht eingezogen respektive der geschädigten Person nicht restituiert werden kann.⁵³⁷

III. VERFAHREN UND EINZIEHUNGSBEFEHL (ABS. 2)

A. Zuständige Behörde

Zuständig für die Anordnung der selbstständigen Einziehung ist die 8 Staatsanwaltschaft (Art. 377 Abs. 2 StPO) an dem Ort, wo sich die einzuziehenden Gegenstände oder Vermögenswerte befinden (Art. 37 Abs. 1 StPO).⁵³⁸ Geht es um die Einziehung von Kontoguthaben, so ist für die

531. BGE 150 IV 239 E. 3.2 und 3.4; BGE 141 IV 87 E. 1.3.1; BGer 7B_128/2023 vom 14.12.2023 E. 2.1; je mit Hinweisen.

532. BGer 7B_169/2024 vom 5.8.2024 E. 3.1.2; BGer 7B_429/2023 vom 3.6.2024 E. 2.2; BGer 1B_455/2022 vom 17.5.2023 E. 4.3.

533. BGer 7B_200/2023 vom 25.6.2024 E. 3.3; BGer 7B_176/2022 vom 6.11.2023 E. 5.1.

534. BGer 7B_169/2024 vom 5.8.2024 E. 3.1.2; BGer 7B_200/2023 vom 25.6.2024 E. 3.3.

535. BGE 132 I 229 E. 11.6 = Pra 96 (2007) Nr. 63; BGer 7B_169/2024 vom 5.8.2024 E. 3.1.2; BGer 7B_185/2023 vom 26.6.2023 E. 2.1.

536. BGer 7B_374/2023 vom 25.6.2024 E. 3.3; BGer 7B_191/2023 vom 14.3.2024 E. 2.3.2; je mit Hinweisen.

537. BGer 7B_374/2023 vom 25.6.2024 E. 3.3 mit Hinweisen.

Festlegung des Gerichtsstandes massgebend, wo die fraglichen Bankkonten geführt werden, d.h. der Sitz des betroffenen Finanzinstituts respektive die tatsächlich kontenführende Zweigstelle einer Bank.⁵³⁹

- 9 Befinden sich die einzuziehenden Gegenstände oder Vermögenswerte in mehreren Kantonen und stehen sie aufgrund der gleichen Straftat oder der gleichen Täterschaft in Zusammenhang, so sind die Behörden des Ortes zuständig, an dem das (selbstständige) Einziehungsverfahren zuerst eröffnet worden ist (Art. 37 Abs. 2 StPO).⁵⁴⁰
- 10 Die Notwendigkeit von Art. 37 StPO als separate Zuständigkeitsnorm für das selbstständige Einziehungsverfahren ergibt sich daraus, dass die allgemeinen Regeln über die örtliche Zuständigkeit (vgl. Art. 31-36 StPO) mangels Anknüpfungsmöglichkeit an eine Täterschaft auf das Verfahren der selbstständigen Einziehung nicht anwendbar sind.⁵⁴¹

B. Verfahren

- 11 Sind die (materiellrechtlichen) Einziehungsvoraussetzungen (nach Art. 69 ff. StGB) erfüllt, so ordnet die Staatsanwaltschaft die Einziehung in einem Einziehungsbefehl an (Art. 377 Abs. 2 erster Satzteil StPO).
- 12 Inhaltlich entspricht der Einziehungsbefehl einem Strafbefehl (vgl. Art. 353 StPO).⁵⁴² Dies ergibt sich bereits daraus, dass sich das Einspracheverfahren gemäss Art. 377 Abs. 4 Satz 1 StPO nach den Bestimmungen über den Strafbefehl (Art. 352 ff. StPO) richtet.
- 13 Vor dem Erlass des Einziehungsbefehls ist der beschuldigten Person⁵⁴³ und dem Einziehungsbetroffenen das rechtliche Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 3

538. Bernasconi, Art. 377 StPO N. 4; Jeanneret/Kuhn, Rz. 18036; Jositsch/Schmid, Art. 377 StPO N. 3; Moreillon/Parein-Reymond, Art. 377 StPO N. 7; Pitteloud, Rz. 1101.

539. CR-Bouverat, Art. 37 StPO N. 3; BSK-Moser/Schlapbach, Art. 37 StPO N. 4.

540. Nach Oberholzer, Rz. 2016, ist «nicht ganz vollziehbar», weshalb hier auf die Eröffnung des Verfahrens und nicht wie üblich auf die ersten Verfolgungshandlungen (vgl. Art. 31 Abs. 2 StPO) abgestellt werde. Nach Ansicht des genannten Autors dürfte aber im Hinblick auf spätere Auseinandersetzungen über die Teilung der eingezogenen Vermögenswerte sinnvoll sein, einen klaren Zeitpunkt festzulegen, der in der Regel mit der Beschlagnahme der einzuziehenden Gegenstände oder Vermögenswerte zusammenfalle.

541. BSK-Moser/Schlapbach, Art. 37 StPO N. 2.

542. Bernasconi, Art. 377 StPO N. 7; Jositsch/Schmid, Art. 377 StPO N. 5.

543. Soweit sie identifiziert werden kann.

Abs. 2 lit. c und Art. 107 StPO) zu gewähren.⁵⁴⁴ Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst als Mitwirkungsrecht all jene Befugnisse, die einem Betroffenen einzuräumen ist, damit er seinen Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann. Daraus folgt das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines in seine Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache zu äussern.⁵⁴⁵ In diesem Sinne sieht Art. 377 Abs. 2 zweiter Satzteil StPO vor, dass die Staatsanwaltschaft der (von der Einziehung) betroffenen Person Gelegenheit zur Stellungnahme geben muss. Die StPO spezifiziert nicht näher, in welcher Form diese Stellungnahme erfolgen soll. Denkbar ist sowohl die Abnahme einer mündlichen Stellungnahme im Rahmen einer formellen Einvernahme nach Art. 142 ff. StPO als auch die Einholung einer schriftlichen Stellungnahme.⁵⁴⁶

Sofern dem Einziehungsbetroffenen nicht der Einziehungsbefehl im Entwurf zur Stellungnahme vorgelegt wird, muss er über Gegenstand und Umfang der Einziehung, die einziehungsbegründende Straftat (d.h. die Anlasstat), die weiteren Einziehungsvoraussetzungen sowie den Grund, weshalb die Einziehung nicht akzessorisch zu einem ordentlichen Strafverfahren erfolgen kann, informiert werden.⁵⁴⁷ Zudem sind dem Einziehungsbetroffenen sämtliche Parteirechte gemäss Art. 107 StPO zu gewähren, insbesondere das Recht auf Akteneinsicht (Art. 107 Abs. 1 lit. a StPO) und das Beweisantragsrecht (Art. 107 Abs. 1 lit. e StPO).⁵⁴⁸

Handelt es sich beim Einziehungsbetroffenen um einen (nicht beschuldigten) Dritten, stehen ihm als durch Verfahrenshandlungen beschwerter Dritter (Art. 105 Abs. 1 lit. f StPO) die zur Wahrung seiner Interessen erforderlichen Verfahrensrechte einer Partei zu, soweit er in seinen Rechten unmittelbar betroffen ist (Art. 105 Abs. 2 StPO).⁵⁴⁹ Denn durch eine Einziehung beschwerte (nicht beschuldigte) Dritte müssen sich – wie die beschuldigte

544. Bernasconi, Art. 377 StPO N. 6; Jositsch/Schmid, Art. 377 StPO N. 4; Pitteloud, Rz. 1102.

545. BGE 149 I 91 E. 3.2; BGE 145 I 167 E. 4.1 = Pra 108 (2019) Nr. 119; BGE 144 II 427 E. 3.1; BGE 144 I 11 E. 5.3; BGer 7B_470/2023 vom 3.9.2024 E. 2.5; BGer 7B_203/2023 vom 26.7.2024 E. 2.2.1; BGer 7B_263/2022 vom 8. April 2024 E. 2.1.1; je mit Hinweisen.

546. Bernasconi, Art. 377 StPO N. 6; Jositsch/Schmid, Art. 377 StPO N. 4; Moreillon/Parein-Reymond, Art. 377 StPO N. 8; Pitteloud, Rz. 1102.

547. BSK-Baumann, Art. 377 StPO N. 2.

548. BSK-Baumann, Art. 377 StPO N. 2; CR-Conti/Tunik, Art. 377 StPO N. 15; Jeanneret/Kuhn, Rz. 18037.

549. BGer 6B_137/2018 vom 7.11.2018 E. 1.2.

Person – gegen einen staatlichen Eingriff in ihre Rechte zur Wehr setzen können. Ihre Stellung ist insofern vergleichbar mit derjenige einer beschuldigten Person, deren Vermögenswerte eingezogen werden.⁵⁵⁰

- 16 Die oben genannten Parteirechte stehen auch dem Geschädigten (im Sinne von Art. 115 Abs. 1 StPO) zu, und dies unabhängig von seiner allfälligen Konstituierung als Privatkläger.⁵⁵¹ Sind im Rahmen des selbstständigen Einziehungsverfahrens etwa Bankkonten beschlagnahmt worden, setzt die Gewährung der Akteneinsicht (Art. 107 Abs. 1 lit. a StPO) zugunsten des mutmasslich Geschädigten einzig voraus, dass dieser einen direkten Konnex zwischen der behaupteten Anlasstat und seiner Geschädigtenstellung glaubhaft macht.⁵⁵² Denn Art. 73 StGB («Verwendung zu Gunsten des Geschädigten») setzt zwar einen direkten Konnex zwischen dem Anlassdelikt und der bei diesem Delikt geschädigten Person voraus, nicht aber zwischen dem Anlassdelikt und dem beschlagnahmten Vermögenswert.⁵⁵³
- 17 Erachtet die Staatsanwaltschaft die Untersuchung als vollständig, so kündigt sie in analoger Anwendung von Art. 318 Abs. 1 StPO den Parteien mit bekanntem Wohnsitz schriftlich den bevorstehenden Abschluss der Untersuchung an und teilt ihnen mit, ob sie ein Einziehungsbefehl (nach Art. 377 Abs. 2 StPO) erlassen oder das Verfahren (nach Art. 377 Abs. 3 StPO) einstellen will.⁵⁵⁴ Zwecks Gewährung des rechtlichen Gehörs ist den Parteien vor Erlass des Einziehungsbefehls respektive der Einstellungsverfügung Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.⁵⁵⁵

IV. VERFAHRENSEINSTELLUNG (ABS. 3)

- 18 Sind die Einziehungsvoraussetzungen (nach Art. 69 ff. StGB) nicht erfüllt, so verfügt die Staatsanwaltschaft die Einstellung des selbstständigen Einziehungsverfahrens und gibt die beschlagnahmten Gegenstände oder Vermögenswerte der berechtigten Person zurück (Art. 377 Abs. 3 StPO).

550. BGE 144 IV 17 E. 2.4.

551. BGer 1B_581/2012 vom 27.11.2012 E. 1; BSK-Baumann, Art. 377 StPO N. 2a und 8; Jeanneret/Kuhn, Rz. 18037.

552. BGer 1B_581/2012 vom 27.11.2012 E. 2.5.

553. BGer 6B_204/2023 vom 25.9.2023 E. 2.2; BGer 1B_581/2012 vom 27.11.2012 E. 2.5.

554. Bernasconi, Art. 377 StPO N. 6; Jositsch/Schmid, Art. 377 StPO N. 4; Moreillon/Parein-Reymond, Art. 377 StPO N. 9; Pitteloud, Rz. 1103.

555. Moreillon/Parein-Reymond, Art. 377 StPO N. 9.

Form und allgemeiner Inhalt der Einstellungsverfügung richtet sich nach Art. 19
80 f. und Art. 320 StPO.⁵⁵⁶

Art. 377 Abs. 3 StPO regelt den Sonderfall nicht, der in Art. 70 Abs. 1 letzter 20
Satzteil StGB geregelt ist, nämlich die Herausgabe von Gegenständen oder
Vermögenswerten an die geschädigte Person «zur Wiederherstellung des
rechtmässigen Zustandes». Auch in einem solchen Fall ist eine
Einstellungsverfügung zu erlassen, in welcher die Herausgabe der
Gegenstände oder der Vermögenswerte an die geschädigte Person im Sinne
von Art. 267 Abs. 2 StPO angeordnet wird.⁵⁵⁷

Die Kostentragungspflicht der Partei im selbstständigen 21
Massnahmenverfahren ist in Art. 426 StPO geregelt.⁵⁵⁸ Die Bestimmungen von
Art. 426 Abs. 1 bis 4 StPO über die Kostentragungspflicht der beschuldigten
Person gelten gemäss Art. 426 Abs. 5 StPO sinngemäss für die Partei im
selbstständigen Massnahmenverfahren, wenn der Entscheid zu ihrem Nachteil
ausfällt.⁵⁵⁹ Wird das selbstständige Einziehungsverfahren (in Anwendung von
Art. 377 Abs. 3 StPO) eingestellt, so können der Partei die Verfahrenskosten
ganz oder teilweise auferlegt werden, wenn sie rechtswidrig und schuldhaft
die Einleitung des Verfahrens bewirkt oder dessen Durchführung erschwert
hat (Art. 426 Abs. 2 StPO).

Der Entschädigungsanspruch des Einziehungsbetroffenen ergibt sich aus Art. 22
429 StPO.⁵⁶⁰

V. EINSPRACHEVERFAHREN UND RECHTSMITTEL (ABS. 4)

A. Rechtsmittel gegen Einstellungs- und Freigabeverfügung

Gegen die Einstellungs- und Freigabeverfügung der Staatsanwaltschaft gemäss 23
Art. 377 Abs. 3 StPO steht das Rechtsmittel der Beschwerde nach Art. 393 ff.
StPO zur Verfügung.⁵⁶¹

556. Bernasconi, Art. 377 StPO N. 8; CR-Conti/Tunik, Art. 377 StPO N. 15; Pitteloud, Rz. 1103.

557. Bernasconi, Art. 377 StPO N. 12; Jositsch/Schmid, Art. 377 StPO N. 7.

558. Bernasconi, Art. 377 StPO N. 9; Jositsch/Schmid, Art. 377 StPO N. 6.

559. BGer 6B_684/2020 vom 21. April 2020 E. 2.3.

560. Bernasconi, Art. 377 StPO N. 9.

561. BSK-Baumann, Art. 377 StPO N. 6.

B. Einspracheverfahren

- 24 Gemäss Art. 377 Abs. 4 Satz 1 StPO richtet sich das Einspracheverfahren nach den Bestimmungen über den Strafbefehl (Art. 352 ff. StPO). Gegen den Einziehungsbefehl nach Art. 377 Abs. 2 StPO kann innert 10 Tagen Einsprache erhoben werden (Art. 354 Abs. 1 StPO).⁵⁶²
- 25 Zur Einsprache legitimiert sind die beschuldigte Person (Art. 354 Abs. 1 lit. a StPO) und der Einziehungsbetroffene (Art. 354 Abs. 1 lit. b StPO). Bei der Vermögenseinziehung ist in erster Linie der formelle Vermögensinhaber zur Erhebung einer Einsprache befugt.⁵⁶³ Darüber hinaus ist auch der an einem Bankkonto oder einem anderen Vermögenswert bloss wirtschaftlich Berechtigten zur Einsprache gegen den Einziehungsbefehl legitimiert.⁵⁶⁴ Die Legitimation zur Einsprache steht auch dem Geschädigten zu (Art. 105 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Art. 105 Abs. 2 StPO), und zwar unabhängig von seiner allfälligen Konstituierung als Privatkläger (vgl. Art. 118 Abs. 1 StPO).⁵⁶⁵
- 26 Ohne gültige Einsprache wird der Einziehungsbefehl zum rechtskräftigen Urteil (Art. 354 Abs. 3 StPO).
- 27 Wird Einsprache erhoben und entscheidet die Staatsanwaltschaft nach Abnahme der zur Beurteilung der Einsprache erforderlichen Beweise (Art. 355 Abs. 1 StPO), am Einziehungsbefehl festzuhalten (Art. 355 Abs. 3 lit. a StPO), so überweist sie die Akten unverzüglich dem erstinstanzlichen Gericht zur Durchführung des Hauptverfahrens (Art. 356 Abs. 1 Satz 1 StPO). Mit der gesetzlich vorgesehenen Möglichkeit der Anfechtung des (selbstständigen) Einziehungsbefehls bei einer gerichtlichen Behörde, die über volle Kognition in Sach- und Rechtsfragen verfügt, wird der Garantie des unabhängigen und unparteiischen Gerichts gemäss Art. 6 EMRK Genüge getan.⁵⁶⁶

562. Siehe eingehend zum Einspracheverfahren gegen den selbstständigen Einziehungsbefehl Weingart, *passim*.

563. BSK-Baumann, Art. 377 StPO N. 7.

564. Vgl. BGer 6B_619/2007 vom 22.11.2017 E. 4.1; BSK-Baumann, Art. 377 StPO N. 7.

565. BSK-Baumann, Art. 377 StPO N. 8.

566. Vgl. zu dieser Thematik: BGE 133 IV 278 E. 2.2 = Pra 97 (2008) Nr. 69; BGE 126 IV 107 E. 1b/cc = Pra 89 (2000) Nr. 126; BGer 6B_592/2016 vom 13.1.2017 E. 4.3; Piquerez/Macaluso, Rz. 1870; Pitteloud, Rz. 1105.

C. Rechtsmittel gegen gerichtlichen Einziehungsentscheid

Nach früherem Recht erging der mittels Einsprache erwirkte gerichtliche 28
Einziehungsentscheid in Form eines Beschlusses oder einer Verfügung (aArt.
377 Abs. 4 Satz 2 StPO). Deshalb konnte dieser Entscheid mit Beschwerde
angefochten werden (Art. 393 Abs. 1 lit. b StPO).

Im Rahmen der letzten StPO-Revision⁵⁶⁷ entschied der Bundesgesetzgeber, 29
dass der selbstständige Einziehungsentscheid des Gerichts aus
Kohärenzgründen wie im akzessorischen Verfahren in Form eines Urteils
ergehen und mit Berufung anfechtbar sein soll.⁵⁶⁸ Nach neuem Recht ergeht
der durch Einsprache erzwungene gerichtliche Entscheid betreffend die
(selbstständige) Einziehung bzw. die Ablehnung des Einziehungsantrags in der
Form eines Urteils (Art. 80 Abs. 1 Satz 1 StPO; Art. 377 Abs. 4 Satz 2 StPO),
welches mit Berufung angefochten werden kann (Art. 377 Abs. 4 Satz 3 StPO;
Art. 398 Abs. 1 StPO).

Die Berufung kann im schriftlichen Verfahren behandelt werden, wenn 30
ausschliesslich Massnahmen im Sinne von Art. 66-73 StGB angefochten sind
(Art. 406 Abs. 1 lit. e StPO). Dazu gehört auch die (selbstständige) Einziehung.
569

Das Urteil des Berufungsgerichts betreffend die selbstständige Einziehung 31
bzw. die Ablehnung des Einziehungsantrags kann mit Beschwerde in

567. Die revidierten StPO-Bestimmungen traten am 1.1.2024 in Kraft (AS 2023 468).

568. Botschaft 2019, S. 6727, 6759 f., 6768. Ob die angestrebte «Kohärenz» zwischen
akzessorischem und selbstständigem Einziehungsverfahren mit der letzten StPO-Revision
erreicht wurde, ist jedoch mehr als fraglich. So sieht Art. 322 Abs. 3 StPO (in der seit dem
1.1.2024 geltenden Fassung) vor, dass gegen die in einer Einstellungsverfügung angeordnete
(akzessorische) Einziehung Einsprache erhoben werden kann (Satz 1); das
Einspracheverfahren richtet sich nach Art. 452 ff. StPO (Satz 2); ein allfälliger Entscheid des
Gerichts ergeht in Form eines Beschlusses oder einer Verfügung (Satz 3). Dagegen steht das
Rechtsmittel der *Beschwerde* offen (Art. 393 Abs. 1 lit. b StPO). In der gleichen Konstellation
ergeht im selbstständigen Einziehungsverfahren ein allfälliger Entscheid des Gerichts in
Form eines Urteils (Art. 80 Abs. 1 Satz 1 StPO; Art. 377 Abs. 4 Satz 2 StPO), welches dann mit
Berufung angefochten werden kann (Art. 377 Abs. 4 Satz 3 StPO; Art. 398 Abs. 1 StPO).
Insofern kann von einer Kohärenz der Rechtsmittelordnung nicht die Rede sein.

569. Vgl. Botschaft 2019, S. 6768.

Strafsachen nach Art. 78 ff. BGG⁵⁷⁰ beim Bundesgericht angefochten werden.
571

Zum Autor

Dr. iur. Tommaso Caprara, Rechtsanwalt, CAS Forensics, ist Gerichtsschreiber bei der II. strafrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts in Lausanne.

LITERATURVERZEICHNIS

Baumann Florian, Kommentierung zu Art. 377 StPO, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2023.

Bernasconi Paolo, Kommentierung zu Art. 377 StPO, in: Bernasconi Paolo/Galliani Maria/Marcellini Luca/Meli Edy/Mini Mauro/Nosedà John (Hrsg.), Commentario, Codice svizzero di procedura penale, Zürich/St. Gallen 2010.

Bouverat David, Kommentierung zu Art. 37 StPO, in: Jeanneret Yvan/Kuhn André/Perrier Depeursinge Camille (Hrsg.), Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, 2. Aufl., Basel 2019.

Conti Christelle/Tunik Daniel, Kommentierung zu Art. 377 StPO, in: Jeanneret Yvan/Kuhn André/Perrier Depeursinge Camille (Hrsg.), Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, 2. Aufl., Basel 2019.

Denys Christian, Kommentierung zu Art. 78 BGG, in: Aubry Girardin Florence/Donzallaz Yves/Denys Christian/Bovey Grégory/Frésard Jean-Maurice (Hrsg.), Commentaire de la LTF, 3. Aufl., Bern 2022.

Jeanneret Yvan/Kuhn André, Précis de procédure pénale, 2. Aufl., Bern 2018.

Jositsch Daniel/Schmid Niklaus, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 4. Aufl., Zürich 2023.

Moreillon Laurent/Parein-Reymond Aude, Code de procédure pénale (CPP), Petit commentaire, 2. Aufl., Basel 2016.

570. Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17.6.2005 (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110).

571. Denys, Art. 78 BGG N. 10; BSK-Thommen/Faga, Art. 78 BGG N. 6.

Moser Samuel/Schlapbach Annia, Kommentierung zu Art. 37 StPO, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2023.

Oberholzer Niklaus, Grundzüge des Strafprozessrechts, 4. Aufl., Bern 2020.

Perrier Depeursinge Camille, Code de procédure pénale suisse (CPP) annoté, 2. Aufl., Basel 2020.

Piquerez Gérard/Macaluso Alain, Procédure pénale suisse, 3. Aufl., Zürich 2011.

Pitteloud Jo, Code de procédure pénale suisse (CPP), Commentaire à l'usage des praticiens, Zürich/St. Gallen 2012.

Schwarzenegger Christian, Kommentierung zu Art. 377 StPO, in: Donatsch Andreas/Lieber Viktor/Summers Sarah/Wohlens Wolfgang (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 3. Aufl., Zürich 2020.

Thommen Marc/Faga Roberto, Kommentierung zu Art. 78 BGG, in: Niggli Marcel Alexander/Uebersax Peter/Wiprächtiger Hans/Kneubühler Lorenz (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl., Basel 2018.

Weingart Denise, Das Einspracheverfahren gegen den selbstständigen Einziehungsbefehl nach Art. 377 Abs. 4 StPO, Besonderheiten und offene Fragen, in: Bopp Dominik/Kistler Alexander/Lisik Natalie/Reber Kristof (Hrsg.), Der Prozess, Zürich 2023, S. 261 ff.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft vom 28.8.2019 zur Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383, Kommission für Rechtsfragen des Ständerats, Anpassung der Strafprozessordnung), BBl 2019 6697 ff. (zit. Botschaft 2019).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 378 StPO

Eine Kommentierung von Tommaso Caprara

ZITIERVORSCHLAG

Tommaso Caprara, Kommentierung zu Art. 378 StPO, in: Sonja Koch (Hrsg.), Onlinekommentar zur Strafprozessordnung

Kurzzitat: OK-Caprara, Art. 378 StPO N. XXX.

Art. 378 Verwendung zugunsten der geschädigten Person

Die Staatsanwaltschaft oder das Gericht entscheidet auch über die Anträge der geschädigten Person auf Verwendung der eingezogenen Gegenstände und Vermögenswerte zu ihren Gunsten. Artikel 267 Absätze 3–6 ist sinngemäss anwendbar.

GLIEDERUNG

I. Grundsatz	165
II. Verwendung zu Gunsten des Geschädigten nach Art. 73 StGB	165
A. Wortlaut	165
B. Regelungszweck	165
C. Geschädigteneigenschaft.....	166
D. Voraussetzungen	167
1. Materielle Voraussetzungen	167
2. Formelle Voraussetzungen.....	168
3. Rechtsanspruch auf Zuspreehung eingezogener Vermögenswerte	169
III. Die sinngemässe Anwendbarkeit von Art. 267 Abs. 3-6 StPO	169
Literaturverzeichnis	170

I. GRUNDSATZ

Gemäss Art. 378 Satz 1 StPO entscheidet die Staatsanwaltschaft (im 1
Einziehungsbefehl gemäss Art. 377 Abs. 2 StPO) oder das Gericht (falls es zu
einem Einspracheverfahren nach Art. 377 Abs. 4 Satz 1 StPO in Verbindung
mit Art. 352 ff. StPO kommt) im Rahmen des selbstständigen
Einziehungsverfahrens auch über die Anträge der geschädigten Person auf
Verwendung der eingezogenen Gegenstände und Vermögenswerte zu ihren
Gunsten.⁵⁷² Die materiellrechtlichen Voraussetzungen dieses Anspruchs der
geschädigten Person sind in Art. 73 StGB geregelt.

II. VERWENDUNG ZU GUNSTEN DES GESCHÄDIGTEN NACH ART. 73 STGB

A. Wortlaut

Gemäss Art. 73 Abs. 1 StGB («Verwendung zu Gunsten des Geschädigten») 2
spricht das Gericht dem Geschädigten, der durch ein Verbrechen oder ein
Vergehen einen Schaden erleidet, der nicht durch eine Versicherung gedeckt
ist, auf dessen Verlangen bis zur Höhe des Schadenersatzes beziehungsweise
der Genugtuung, die gerichtlich oder durch Vergleich festgesetzt wurde,
namentlich eingezogene Gegenstände und Vermögenswerte oder deren
Verwertungserlös unter Abzug der Verwertungskosten (lit. b) zu, wenn
anzunehmen ist, dass der Täter den Schaden nicht ersetzen oder eine
Genugtuung nicht leisten wird. Das Gericht kann die Verwendung zu Gunsten
des Geschädigten jedoch nur anordnen, wenn der Geschädigte den
entsprechenden Teil seiner Forderung an den Staat abtritt (Art. 73 Abs. 2
StGB).

B. Regelungszweck

Art. 73 StGB bezweckt, dem Geschädigten bei der Durchsetzung seiner 3
Schadenersatzforderung zu helfen, indem der Staat auf einen ihm
zustehenden Anspruch verzichtet.⁵⁷³ Diese Bestimmung begründet einen

572. Bernasconi, Art. 378 StPO N. 1; Jositsch/Schmid, Art. 378 StPO N. 1; Schwarzenegger, Art. 378 StPO N. 1.

Anspruch des Geschädigten gegen den Staat im Strafverfahren. Der Staat soll sich nicht auf dessen Kosten bereichern können, sondern vielmehr bei Einziehungen die Rechte des Geschädigten in den Vordergrund stellen. Art. 73 StGB gewährt demnach, soweit die darin genannten Voraussetzungen erfüllt sind, ein Recht des Geschädigten auf Zusprechung der eingezogenen Vermögenswerte.⁵⁷⁴

- 4 Mit der Abtretung der Forderung an den Staat als Voraussetzung für die Verwendung zu Gunsten des Geschädigten (Art. 73 Abs. 2 StGB) wird zudem verhindert, dass sich die geschädigte Person über die Zusprechung der Vermögenswerte und die Durchsetzung des Ersatzanspruches für ihre Forderung zweimal bezahlt machen kann.⁵⁷⁵

C. Geschädigteneigenschaft

- 5 Als «Geschädigte» im Sinne von Art. 73 StGB gilt jede natürliche oder juristische Privatperson,⁵⁷⁶ die zufolge einer Straftat einen Nachteil erlitten hat.⁵⁷⁷ Die Geschädigteneigenschaft nach Art. 73 StGB erweist sich damit als breiter als im Rahmen von Art. 30 StGB⁵⁷⁸ und Art. 115 StPO.⁵⁷⁹ Diese Eigenschaft bezieht sich nicht nur auf den als Inhaber des von der Straftat

573. BGer 6B_511/2020 vom 10.5.2021 E. 5.4.3; 6B_1353/2019 vom 23.9.2020 E. 3.2; BGer 6B_474/2018 vom 17.12.2018 E. 3.1; vgl. bereits BGer 6B_344/2007 vom 1.7.2008 E. 5.1.

574. BGer 6B_204/2023 vom 25.9.2023 E. 2.1; BGer 6B_176/2011 vom 23.12.2011 E. 4.2.

575. BGer 6B_511/2020 vom 10.5.2021 E. 5.4.3; BGer 6B_190/2010 vom 16.7.2010 E. 2.1; CR-Hirsig-Vouilloz, Art. 73 StGB N. 15a; Thommen, Art. 73 StGB N. 72.

576. BGE 145 IV 237 E. 5.1 = Pra 109 (2020) Nr. 6; BGer 6B_834/2011 vom 11.1.2013 E. 4; BSK-Baumann, Art. 73 StGB N. 5; CR-Hirsig-Vouilloz, Art. 73 StGB N. 9; Schmid, Art. 73 StGB N. 16.

577. BGE 145 IV 237 E. 5.1 = Pra 109 (2020) Nr. 6; BSK-Baumann, Art. 73 StGB N. 5; Schmid, Art. 73 StGB N. 16.

578. Ist eine Tat nur auf Antrag strafbar, kann gemäss Art. 30 Abs. 1 StGB jede Person, die durch sie verletzt worden ist, die Bestrafung des Täters beantragen. «Verletzt» im Sinne dieser Norm ist, wer Träger des unmittelbar betroffenen Rechtsguts ist. Dieser ergibt sich durch Auslegung des betreffenden Tatbestands (BGE 146 IV 320 E. 2.3; BGE 128 IV 81 E. 3a = Pra 91 [2002] Nr. 114; BGE 118 IV 209 E. 2 mit Hinweisen). Bei höchstpersönlichen Rechten (z.B. Ehre) ist Verletzter nur der Träger des Rechtsguts selbst (BGE 130 IV 97 E. 2.1; BGE 121 IV 258 E. 2b); bei anderen (d.h. nicht höchstpersönlichen) Rechtsgütern sind auch andere Personen, die ein rechtlich geschütztes Interesse an der Erhaltung des Rechtsguts haben, antragsberechtigt (BGE 121 IV 258 E. 2b; BGE 118 IV 209 E. 3b).

579. BGE 145 IV 237 E. 5.1 = Pra 109 (2020) Nr. 6; a.M. CR-Hirsig-Vouilloz, Art. 73 StGB N. 7, die für die Definition der Geschädigteneigenschaft im Rahmen von Art. 73 StGB auf Art. 115 Abs. 1 StPO verweist.

verletzten Rechtsgutes definierten Geschädigten,⁵⁸⁰ sondern darüber hinaus auch auf jeden Dritten, der einen zivilrechtlichen Anspruch auf Ersatz eines erlittenen Schadens hat.⁵⁸¹ Umfasst sind sowohl Ansprüche auf Schadenersatz als auch auf Genugtuung.⁵⁸²

Die Geschädigteneigenschaft im Sinne von Art. 73 StGB steht in erster Linie 6 dem direkt Geschädigten zu, der über eine Schadenersatzforderung nach Art. 41 ff. OR verfügt.⁵⁸³ Über den Wortlaut von Art. 73 StGB hinaus kommt eine Zuweisung auch zugunsten des indirekt Geschädigten (Reflexgeschädigten) in Betracht, der selber den Schaden des direkt Geschädigten übernommen hat.⁵⁸⁴ Die Zusprechung an Reflexgeschädigte kommt allerdings nur in Betracht, wenn der (direkt) Geschädigte vollständig befriedigt ist und keine besseren Ansprüche an den eingezogenen Vermögenswerten bestehen.⁵⁸⁵

D. Voraussetzungen

1. Materielle Voraussetzungen

Der Anspruch des Geschädigten auf Verwendung zu seinen Gunsten nach Art. 73 StGB beschlägt nur Vermögenswerte, die das Ergebnis einer gegen ihn gerichteten Straftat sind.⁵⁸⁶ Die Bestimmung sieht keine Solidarität zwischen den geschädigten Personen vor.⁵⁸⁷

580. Als «geschädigt» im Sinne von Art. 115 Abs. 1 StPO gilt, wer Träger des durch die verletzte Strafnorm geschützten oder zumindest mitgeschützten Rechtsguts ist (BGE 148 IV 170 E. 3.2; BGE 140 IV 155 E. 3.2; je mit Hinweisen).

581. BGE 145 IV 237 E. 5.1 = Pra 109 (2020) Nr. 6; BSK-Baumann, Art. 73 StGB N. 5 ff.; Thommen, Art. 73 StGB N. 22; Trechsel/Jean-Richard, Art. 73 StGB N. 3; Wohlers, Art. 73 StGB N. 2; enger Bommer, S. 113 f., der auf den Begriff des «Verletzten» abstellt; Schmid schliesst von Art. 73 StGB im Ergebnis Personen aus, die nicht unmittelbar vom Delikt geschädigt worden sind, indem er einen direkten Konnex zwischen Anlassdelikt und Schädigung verlangt (Schmid, Art. 73 StGB N. 15).

582. Trechsel/Jean-Richard, Art. 73 StGB N. 3; Wohlers, Art. 73 StGB N. 2.

583. BGE 145 IV 237 E. 5.1.1 = Pra 109 (2020) Nr. 6; BGer 6B_344/2007 vom 1.7.2008 E. 5.2.

584. BGE 145 IV 237 E. 5.1.1 = Pra 109 (2020) Nr. 6; Wohlers, Art. 73 StGB N. 2.

585. BGer 6B_344/2007 vom 1.7.2008 E. 5.3; Trechsel/Jean-Richard, Art. 73 StGB N. 3; Wohlers, Art. 73 StGB N. 2.

586. BGE 122 IV 365 E. III.2b = Pra 86 (1997) Nr. 45; BGer 6B_204/2023 vom 25.9.2023 E. 2.1; BGer 6B_1084/2022, 6B_1096/2022 vom 5.4.2023 E. 7.1; BGer 6B_1126/2013 vom 21.7.2014 E. 2.3; je mit Hinweisen.

587. BGE 122 IV 365 E. III.2b = Pra 86 (1997) Nr. 45; BGer 6B_1084/2022, 6B_1096/2022 vom 5.4.2023 E. 7.1; 6B_659/2012 vom 8.4.2013 E. 3.1 mit Hinweis.

- 8 Zwischen Schaden, Anlasstat und zuzusprechenden Werten muss ein doppelter Konnex bestehen. Erstens muss der gemäss Art. 73 StGB geltend gemachte Schaden «durch» die Anlasstat entstanden sein, d.h. zwischen Schaden und Anlasstat muss ein Kausalzusammenhang bestehen. Zweitens muss diese Anlasstat dieselbe sein, aus welcher auch die zuzusprechenden Werte (eingezogene Gegenstände etc.) stammen. Die gemeinsame Anlasstat ist somit verbindendes Glied zwischen den zuzusprechenden Werten und dem auszugleichenden Schaden. Nicht deliktiskonnexe Vermögenswerte können hingegen höchstens indirekt nach Beschlagnahme und SchKG-Vollstreckung der Ersatzforderung zugunsten des Geschädigten verwendet werden. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist Art. 73 StGB nicht darauf ausgelegt, als Vollstreckungshilfe für Zivilgeschädigte zu wirken und für diese den Anspruch unter Umgehung des SchKG vorwegzunehmen beziehungsweise sicherzustellen.⁵⁸⁸
- 9 Die Anwendung von Art. 73 StGB setzt weiter voraus, dass die Höhe des Schadenersatzes beziehungsweise der Genugtuung gerichtlich oder durch Vergleich festgesetzt worden ist.⁵⁸⁹ Der erlittene Schaden darf zudem nicht durch eine Versicherung gedeckt worden sein und es muss erwartet werden, dass der Täter den Schaden nicht ersetzen oder eine Genugtuung nicht leisten wird (Art. 73 Abs. 1 StGB).

2. Formelle Voraussetzungen

- 10 In formeller Hinsicht setzt die Verwendung zu Gunsten des Geschädigten voraus, dass dieser erstens eine solche Zuweisung ausdrücklich verlangt (Art. 73 Abs. 1 StGB) und dass er zweitens den entsprechenden Teil seiner Forderung an den Staat abtritt (Art. 73 Abs. 2 StGB).⁵⁹⁰ Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein.
- 11 Der Zuweisungsantrag des Geschädigten kann sowohl im Rahmen des selbstständigen Einziehungsverfahrens vor der Staatsanwaltschaft als auch erst (nach einer allfälligen Einsprache gegen den Einziehungsbefehl; vgl. Art. 377 Abs. 2 und Abs. 4 Satz 1 StPO) vor dem für das Hauptverfahren zuständigen Gericht gestellt werden.⁵⁹¹ Der Zuweisungsantrag kann zudem

588. BGer 6B_204/2023 vom 25.9.2023 E. 2.1 mit Verweis auf BSK-Baumann, Art. 73 StGB N. 11 ff.

589. BGer 6B_64/2021 vom 7.9.2022 E. 4.3 mit Hinweisen; Wohlers, Art. 73 StGB N. 3.

590. BGE 145 IV 237 E. 3.1 = Pra 109 (2020) Nr. 6; BGer 6B_64/2021 vom 7.9.2022 E. 4.1; CR Conti/Tunik, Art. 378 StPO N. 2; Moreillon/Parein-Reymond, Art. 378 StPO N. 3.

auch im hängigen Rechtsmittelverfahren oder sogar erst nach Rechtskraft des Einziehungsentscheides gestellt werden.⁵⁹²

Falls der Einziehungsentscheid im Rahmen einer Einstellung (vgl. Art. 320 12 Abs. 2 Satz 2 StPO), eines Strafurteils (vgl. Art. 81 Abs. 3 lit. a und Abs. 4 lit. b StPO), eines Strafbefehls (vgl. Art. 353 Abs. 1 lit. h StPO) oder eines selbstständigen Einziehungsverfahrens nach Art. 376 f. StPO ergeht, kann sich die Frage einer Verwendung zugunsten der geschädigten Person nach Art. 378 StPO beziehungsweise Art. 73 StGB unter Umständen erst nachträglich stellen, wenn beispielsweise die Ersatzforderung (vgl. Art. 71 StGB) erst später bezahlt wird. In einem solchen Fall hat der Entscheid über die Verwendung zugunsten der geschädigten Person in einem nachträglichen ergänzenden Einziehungsbefehl (im Sinne eines nachträglichen richterlichen Entscheids nach Art. 363 ff. StPO) zu erfolgen.⁵⁹³

3. Rechtsanspruch auf Zusprechung eingezogener Vermögenswerte

Sind die materiellen und formellen Voraussetzungen von Art. 73 StGB erfüllt, 13 hat die geschädigte Person⁵⁹⁴ einen Rechtsanspruch auf Zusprechung der eingezogenen Vermögenswerte.⁵⁹⁵

III. DIE SINNGEMÄSSE ANWENDBARKEIT VON ART. 267 ABS. 3-6 STPO

Art. 378 Satz 2 StPO erklärt bei der Entscheidung über die Verwendung 14 zugunsten der geschädigten Person im selbstständigen Einziehungsverfahren Art. 267 Abs. 3-6 StPO für sinngemäss anwendbar. Dieser Verweis ist jedoch unklar, wird doch in Art. 267 Abs. 3-6 StPO die Situation geregelt, in welcher keine Einziehung der beschlagnahmten Gegenstände oder Vermögenswerte

591. BSK-Baumann, Art. 378 StPO N. 2; Piquerez/Macaluso, Rz. 1873; Schwarzenegger, Art. 378 StPO N. 1c.

592. BGer 6B_53/2009 vom 24. August 2009 E. 2.7; BSK-Baumann, Art. 73 StGB N. 19; BSK-Baumann, Art. 378 StPO N. 2; Schmid, Art. 73 StGB N. 76; Schwarzenegger, Art. 378 StPO N. 1c.

593. Bernasconi, Art. 378 StPO N. 2; Jositsch/Schmid, Art. 378 StPO N. 2; Pitteloud, Rz. 1108; Schwarzenegger, Art. 378 StPO N. 1b.

594. Vgl. oben N. 5.

595. Vgl. BGer 1B_168/2009 vom 14.10.2009 E. 2.2; BSK-Baumann, Art. 73 StGB N. 5; Perrier Depeursinge, S. 571; vgl. oben N. 3.

erfolgt, während Art. 378 StPO die Verwendung zugunsten der geschädigten Person nach erfolgter Einziehung zum Gegenstand hat.⁵⁹⁶ Es ist damit mit der h.L.⁵⁹⁷ festzuhalten, dass der in Art. 378 Satz 2 StPO enthaltene Verweis der Sache nach zu Art. 377 Abs. 3 StPO gehöre, wo die Rückgabe der beschlagnahmten Gegenstände oder Vermögenswerte an die berechnigte Person bei fehlenden Einziehungsvoraussetzungen geregelt wird.

Zum Autor

Dr. iur. Tommaso Caprara, Rechtsanwalt, CAS Forensics, ist Gerichtsschreiber bei der II. strafrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts in Lausanne.

LITERATURVERZEICHNIS

Baumann Florian, Kommentierung zu Art. 73 StGB; in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht, Band I, 4. Aufl., Basel 2019.

Baumann Florian, Kommentierung zu Art. 378 StPO, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2023.

Bernasconi Paolo, Kommentierung zu Art. 378 StPO, in: Bernasconi Paolo/Galliani Maria/Marcellini Luca/Meli Edy/Mini Mauro/Nosedo John (Hrsg.), Commentario, Codice svizzero di procedura penale, Zürich/St. Gallen 2010.

Bommer Felix, Offensive Verletztenrechte im Strafprozess, Bern 2006.

Conti Christelle/Tunik Daniel, Kommentierung zu Art. 378 StPO, in: Jeanneret Yvan/Kuhn André/Perrier Depeursinge Camille (Hrsg.), Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, 2. Aufl., Basel 2019.

596. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 378 Satz 1 StPO: «Die Staatsanwaltschaft oder das Gericht entscheidet auch über die Anträge der geschädigten Person auf Verwendung der *eingezogenen* Gegenstände und Vermögenswerte zu ihren Gunsten» (Hervorhebung nur hier).

597. Bernasconi, Art. 378 StPO N. 3; Jositsch/Schmid, Art. 378 StPO N. 2; Pitteloud, Rz. 1108; Schwarzenegger, Art. 378 StPO N. 2.

Hirsig-Vuilloz Madeleine, Kommentierung zu Art. 73 StGB, in: Moreillon Laurent/Macaluso Alain/Queloz Nicolas/Dongois Nathalie (Hrsg.), Commentaire Romand, Code pénal, Bd. I, 2. Aufl., Basel 2021.

Jositsch Daniel/Schmid Niklaus, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 4. Aufl., Zürich 2023.

Moreillon Laurent/Parein-Reymond Aude, Code de procédure pénale (CPP), Petit commentaire, 2. Aufl., Basel 2016.

Perrier Depeursinge Camille, Code de procédure pénale suisse (CPP) annoté, 2. Aufl., Basel 2020.

Piquerez Gérard/Macaluso Alain, Procédure pénale suisse, 3. Aufl., Zürich 2011.

Pitteloud Jo, Code de procédure pénale suisse (CPP), Commentaire à l'usage des praticiens, Zürich/St. Gallen 2012.

Schmid Niklaus, Kommentierung zu Art. 73 StGB, in: Schmid Niklaus (Hrsg.), Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Band I, 2. Aufl., Zürich 2007.

Schwarzenegger Christian, Kommentierung zu Art. 378 StPO, in: Donatsch Andreas/Lieber Viktor/Summers Sarah/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 3. Aufl., Zürich 2020.

Thommen Marc, Kommentierung zu Art. 73 StGB, in: Jürg-Beat Ackermann (Hrsg.), Kommentar Kriminelles Vermögen - Kriminelle Organisationen, Band I, Zürich 2018.

Trechsel Stefan/Jean-Richard-dit-Bressel, Kommentierung zu Art. 73 StGB, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 4. Aufl., Zürich 2021.

Wohlers Wolfgang, Kommentierung zu Art. 73 StGB, in: Wohlers Wolfgang/Godenzi Gunhild/Schlegel Stephan (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 5. Aufl., Bern 2024.