ONLINEKOMMENTAR
DER FREI ZUGÄNGLICHE
RECHTSKOMMENTAR

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 368 StPO

Eine Kommentierung von Denise Weingart
Herausgegeben von Sonja Koch

Stand der Bearbeitung: 05.12.2022
PDF erstellt am: 06.10.2026
DOI: 10.17176/20230411-200624-0

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 3
II. Persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich 3
III. Gesuch um neue Beurteilung 3
A. Persönliche Zustellung des Urteils (Abs. 1) 3
B. Gesuch und Begründungsobliegenheit (Abs. 2) 4
C. Ablehnungsgründe (Abs. 3) 5
IV. Rechtsfolgen / Rechtskraftwirkung 5
V. Verhältnis zu den ordentlichen Rechtsmitteln und anderen Rechtsbehelfen 6
A. Verhältnis zur Berufung 6
B. Verhältnis zur Beschwerde 6
C. Verhältnis zur Wiederherstellung bei versäumten Terminen (Art. 94 Abs. 5 StPO) 6
Literaturverzeichnis 7

I. ALLGEMEINES

1 Abwesenheitsverfahren sind vor dem Hintergrund von Art. 6 Ziff. 1 EMRK[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.[2] 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.[3]

II. PERSÖNLICHER UND SACHLICHER ANWENDUNGSBEREICH

2 Der Rechtsbehelf der Neubeurteilung steht ausdrücklich nur der im 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.

3 In Bezug auf ein Urteil, das nicht im Abwesenheitsverfahren ergangen ist, ist keine Neubeurteilung nach Art. 368 ff. StPO möglich.[4] Wird das Abwesenheitsverfahren wegen Fehlens einer Prozessvoraussetzung gem. Art. 329 Abs. 4 StPO eingestellt, so kann der Abwesende ebenfalls keine Neubeurteilung verlangen, da es an der Voraussetzung einer Verurteilung fehlt.[5]

III. GESUCH UM NEUE BEURTEILUNG

A. Persönliche Zustellung des Urteils (Abs. 1)

4 Wird der Aufenthaltsort der zweifach unentschuldigt 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.[6]

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,

1. Siehe zu den verfassungsrechtlichen Bedenken bei der Durchführung eines Abwesenheitsverfahrens N. 1 ff. zu Art. 366 StPO.
2. 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.
3. 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.
4. Siehe zur Abgrenzung der Verfahrensarten N. 33 ff. zu Art. 366 StPO.
5. BSK-Maurer, N. 5 zu Art. 371 StPO.

dass der Aufenthaltsort der beschuldigten Person ermittelt wird oder diese sonst wie gestellt wird und ihr dabei das Dispositiv des Abwesenheitsurteils ausgehändigt werden kann.[7] 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.[8] Es muss mit anderen Worten gewährleistet sein, dass der Beschuldigte das Kontumazialurteil tatsächlich in die Hand erhält und damit einhergehend auch tatsächlich zur Kenntnis nimmt. Eine Zustellung an die Verteidigung oder an einen Domizilträger oder eine Urteilspublikation genügt ebenfalls grundsätzlich nicht.[9] 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.

8 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 bedingt[10] und das Urteil ist (noch) nicht vollstreckbar.

B. Gesuch und Begründungsobliegenheit (Abs. 2)

9 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.[11] Vorgebrachte Entschuldigungsgründe haben die Strafbehörden zu prüfen.[12] Fehlt eine Begründung, ist der gesuchstellenden Person vorab eine Nachfrist zu setzen[13] und bei unbenutztem Ablauf der 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

6. Schmid/Jositsch, Praxiskommentar, N. 3 zu Art. 368 StPO.
7. Botschaft StPO, 1301.
8. BSK-Maurer, N. 4 zu Art. 368 StPO.
9. OFK-Riklin, N. 1 zu Art. 368 StPO m.w.H.; BSK-Maurer, N. 3 zu Art. 368 StPO m.w.H.
10. Siehe dazu unten N. 16 f.
11. Urteil 6B_1175/2016 vom 24. März 2017 E. 9.3.
12. Urteil 6B_203/2016 vom 14. Dezember 2016 E. 2.2.2 zur Rechtsprechung des EGMR.
13. Botschaft, 1301.

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,[14] 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.[15] 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.[16] Sie kann später nicht mehr darauf zurückkommen.

13 Die Beweislast für das selbstverschuldete Nichterscheinen liegt allerdings – wie dies auch bei Säumnis nach Art. 366 StPO der Fall ist – beim Staat.[17] 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.[18] Sofern nicht nachweisbar ist, dass die beschuldigte Person der Hauptverhandlung unentschuldigt ferngeblieben ist, ist das Gesuch um Neubeurteilung gutzuheissen.[19]

IV. RECHTSFOLGEN / RECHTSKRAFTWIRKUNG

14 Soweit das Gesuch um Neubeurteilung gutgeheissen und nach Massgabe von Art. 369 f. StPO ein neues Urteil gefällt wird, fällt das Abwesenheitsurteil dahin. Es gilt insofern auch verjährungsrechtlich nicht mehr als erstinstanzliches Urteil.[20]

15 Lehnt das Gericht das Gesuch um neue Beurteilung hingegen ab, fällt es 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

14. Urteil 6B_438/2017, 6B_439/2017 vom 24. August 2017 E. 4.3.
15. 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
16. SK-Summers, N. 6 zu Art. 366 StPO.
17. 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.
18. Urteile 6B_1175/2016, 6B_1176/2016 vom 24. März 2017 E. 9.5.
19. Botschaft, 1301.
20. Urteil 6B_389/2019 vom 28. Oktober 2019.

Abwesenheitsverfahren gefällte Urteil erwächst diesfalls nach den allgemeinen Regeln in Rechtskraft (vgl. Art. 437 ff. StPO).

16 Wird gegen das Abwesenheitsurteil innert der Rechtsmittelfrist, deren 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 (auflösend[21]) 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 Beurteilung i.S. von Art. 368 StPO verlangt oder die Neubeurteilung 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 Neubeurteilung keine aufschiebende Wirkung im Sinne von Art. 369 Abs. 3 StPO gewährt.[22]

V. VERHÄLTNIS ZU DEN ORDENTLICHEN RECHTSMITTELN UND ANDEREN RECHTSBEHELFEN

A. Verhältnis zur Berufung

18 Der Gesetzgeber widmete dem Verhältnis der Neubeurteilung 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.[23]

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 Neubeurteilung eine weitere (dritte) Hauptverhandlung durchgeführt bei welcher die beschuldigte Person erneut unentschuldigt fernblieb, fällt ein weiteres Gesuch um neue 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.[24]

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

21 Im Falle eines ergangenen Kontumazialurteils gehen nach der hier vertretenen Ansicht die Bestimmungen von Art. 368 ff. StPO als *lex specialis* denjenigen der Wiederherstellung bei

21. 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.
22. Urteil 1B_478/2021 vom 28. September 2021 E. 2.3.
23. Vgl. ausführlich die Kommentierung zu Art. 371 StPO.

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.

22 Für die Wiederherstellung hat die beschuldigte Person glaubhaft zu machen, dass sie an der Säumnis kein Verschulden trifft.[25] 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.

23 In Konstellationen, in denen Art. 368 ff. StPO nicht zur Anwendung gelangen kann, weil kein Abwesenheitsurteil sondern ein ordentliches Urteil ergangen ist,[26] steht der säumigen beschuldigten Person der Rechtsbehelf gemäss Art. 94 StPO zur Verfügung.

24 Ebenfalls kann die Wiederherstellung nach der hier vertretenen Ansicht 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.[27]

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.

24. Urteile 6B_438/2017, 6B_439/2017 vom 24. August 2017 E. 4.2.
25. 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.
26. 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.
27. 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.