

SK-Nr. 2008/159

Beschluss der 3. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern,

unter Mitwirkung von Oberrichter Messer (Präsident), Oberrichterin Bratschi und Oberrichterin Schnell sowie Kammerschreiberin Piccioni

vom 26. August 2008

in der Strafsache gegen

A.

vertreten durch Fürsprecher S.

Angeschuldigter

wegen sexueller Handlungen mit Kindern / Appellation gegen Ausschluss Privatklägerschaft (Art. 291 StrV)

X.

gesetzlich vertreten durch Ihre Mutter Y., vertreten durch Fürsprecher Z.

Appellantin

Regeste

Wenn der gesetzliche Vertreter einer unmündigen Person in einer Angelegenheit Interessen hat, die denen des Vertretenen widersprechen (vgl. Art. 392 Abs. 2 ZGB), kann der gesetzliche Vertreter die unmündige Person in dieser konkreten Situation nicht rechtsgültig vertreten.

Ein unter Interessenkollision erfolgter Rückzug der Privatklage der unmündigen Person durch den gesetzlichen Vertreter bleibt für die unmündige Person unverbindlich. Die unmündige Person ist weiterhin als Privatklägerin im Strafverfahren zuzulassen.

Redaktionelle Vorbemerkungen

Die Ehegatten A. und B. vermieteten Frau Y. eine Wohnung, in welcher Y. mit ihrer minderjährigen Tochter X. wohnte. Frau Y. reichte gegen A. eine Strafanzeige wegen sexueller Belästigung z.N. ihrer Tochter X. ein und konstituierte sich im Verfahren im Namen ihrer

Tochter als Privatklägerin. Im Rahmen eines Vergleichs vor Mietamt zog Y. die Privatklage ihrer Tochter X. zurück.

Mit Verfügung der Vorinstanz vom 4. April 2008 wurde X. als Privatklägerin vom erstinstanzlichen Strafverfahren gegen A. ausgeschlossen. Die a.o. Gerichtspräsidentin begründete ihren Entscheid insbesondere damit, dass die Mutter Y. die Privatklage der Tochter X. in rechtsgültiger Form im Rahmen einer mietrechtlichen Vereinbarung mit dem Angeschuldigten A. zurückgezogen hatte. Gegen diese Verfügung der Vorinstanz appellierte Fürsprecher Z. namens von X. und beantragte, die Privatklägerin X. sei zur Teilnahme am Verfahren gegen A. zuzulassen.

Die 3. Strafkammer des Obergerichts hatte nun zu beurteilen, ob der im Rahmen der mietrechtlichen Vereinbarung erfolgte Rückzug der Privatklage der X. durch die Mutter Y. gültig erfolgt ist. Es stellte sich insbesondere die Frage, ob zwischen der Mutter in der Funktion als gesetzliche Vertreterin und ihrer Tochter eine Interessenkollision i.S. von Art. 392 Abs. 2 ZGB bestand, welche letztlich zur Ungültigkeit des Rückzugs der Privatklage führen würde.

Auszug aus den Erwägungen:

1. Formelles

(...)

2. Zur Sache

2.1. Zu Grunde liegende Vorgeschichte

Y. mietete ab 1. September 2004 eine Wohnung der Ehegatten A. und B., welche sie gemeinsam mit ihrer Tochter X. bewohnte. Die Mietwohnung befand sich in derselben Liegenschaft wie die Wohnung, welche die Ehegatten A. und B. bewohnten.

Am 17. September 2007 stellte Y. als gesetzliche Vertreterin von X. Strafantrag gegen A. wegen sexueller Belästigung zum Nachteil von ihrer Tochter X. Gleichzeitig konstituierte sie sich als Privatklägerin im Straf- und Zivilpunkt.

Die Ehegatten A. und B. kündigten ihr daraufhin mit Formular vom 29. Oktober 2007 das Mietverhältnis per 31. Januar 2008. Die Kündigung wurde damit begründet, dass wegen der „haltlosen und schwerwiegenden Anklage wegen unsittlicher Berührung der Tochter

eine untragbare Situation für alle entstanden sei. Dies ermögliche kein friedfertiges und normales Wohnen im gleichen Haus mehr.“

Hierauf ersuchte Y. beim zuständigen Mietamt um Mieterstreckung.

Dem Bericht des Mietamtes vom 28. Februar 2008 (pag. 141ff.) ist zum Ablauf der Verhandlung vom 4. Dezember 2007 vor Mietamt folgendes zu entnehmen:

Im Rahmen von Vergleichsverhandlungen sei klar geworden, dass die Ehegatten A. und B. einer Erstreckung des Mietverhältnisses nur dann zustimmen würden, wenn Y. die Vorwürfe zurücknehmen würde. Y. sei jedoch diesbezüglich weder von den Ehegatten A. und B. noch von deren Anwalt unter Druck gesetzt worden (pag. 141 Ziff. 1 und 3; pag. 143 Ziff. 6). Y. sei des Weiteren darüber orientiert worden, dass sie mit Unterzeichnung der Vereinbarung und mit Rückzug der Privatklage auf das Recht, Strafanträge zu stellen, verzichten würde, das Strafverfahren aber als Offizialdelikt weiter geführt werde (pag. 141 Ziff. 2). Das Mietamt habe damals die Ansicht vertreten, dass – ohne Abschluss einer Vereinbarung – im Urteilsfalle die Kündigung rechtens sei und keine Mieterstreckung gewährt werden könne. Y. sei dies so mitgeteilt worden, sie sei ebenfalls auf den allfälligen Klageweg an das Gericht aufmerksam gemacht worden (pag. 141 Ziff. 4). Nach Ansicht des Mietamtes sei Y. psychisch unter Druck gestanden, sie habe verbittert und verzweifelt gewirkt und habe ohne Vorlage von Beweismitteln geltend gemacht, dass sie sich erfolglos für viele Ersatzwohnungen umgesehen habe (pag. 143 Ziff. 7). Das Mietamt habe grundsätzlich Bedenken, ob Frau Y. in der Lage sei, ihre eigenen Angelegenheiten zu führen und darüber zu bestimmen. Es habe sich grossen Sorgen um den Zustand von Frau Y. und deren Tochter gemacht. Das Mietamt habe Y. zu einer Güterabwägung geraten. Y. habe sich daraufhin zur Unterzeichnung der Vereinbarung entschieden (pag. 143 Ziff. 8).

Y. und die Ehegatten A. und B. haben schliesslich eine Vereinbarung mit folgendem Inhalt unterzeichnet (pag. 97):

Die Parteien „vereinbaren, das Mietverhältnis bis zum 30. April 2008 fortzusetzen. Die Mieterin erklärt auf diesen Termin die Mietwohnung zu verlassen und auf weitere Mieterstreckungsbegehren zu verzichten. Die Mieterin erklärt und verpflichtete sich, die gegen A. erhobenen strafrechtlichen Vorwürfe nicht mehr weiter aktiv zu vertreten, namentlich auf eine Stellung als Privatklägerin für sich und das Kind zu verzichten. Diese Vereinbarung gilt, sofern sie nicht von einer der beiden Parteien bis Donnerstag, 6. De-

zember 2007, 17.00 Uhr gegenüber dem Mietamt mündlich oder schriftlich widerrufen wird.“

Diese Vereinbarung wurde innert Frist von keiner der Parteien widerrufen.

Gestützt auf diesen vor Mietamt in der Vereinbarung festgehaltenen Rückzug der Privatklage wurde X. im darauf folgenden erstinstanzlichen gerichtlichen Verfahren nicht als Privatklägerin zugelassen.

(...)

2.5 Würdigung durch die Kammer

- a) Die Vorrichterin hält richtigerweise fest, dass sich X. in rechtsgültiger Art und Weise als Privatklägerin konstituiert habe und es nun einzig um die Frage gehe, ob die Privatklage von X. in rechtsgültiger Weise zurückgezogen worden sei.

Die 3. Strafkammer schliesst sich zudem der vorinstanzlichen Argumentation an, dass der vor Mietamt geschlossene Vergleich grundsätzlich einer Anfechtung wegen Übervorteilung, Willensmangel oder auch wegen Furchterregung zugänglich bleiben würde. Ob eine Ungültigkeit der Vereinbarung im Sinne der Art. 21, 23 ff. oder 29 f. OR vorliegen würde, kann jedoch vorliegend vorerst offen bleiben, zumal vorab näher zu erörtern sein wird, ob bereits gestützt auf Art. 306 i.V. 392 ZGB der Rückzug der Privatklage ungültig war.

- b) Nach Art. 306 Abs. 2 ZGB finden die Bestimmungen über die Vertretungsbeistandschaft Anwendung, wenn die Eltern in einer Angelegenheit Interessen haben, die denen des Kindes widersprechen. Damit wird auf Art. 392 Ziff. 2 ZGB verwiesen, wo die Ernennung eines Beistandes durch die Vormundschaftsbehörde vorgeschrieben wird, wenn der gesetzliche Vertreter einer unmündigen oder entmündigten Person in einer Angelegenheit Interessen hat, die denen des Vertretenen widersprechen.

„Eine Interessenkollision liegt bereits vor bei abstrakter Gefährdung der Interessen der schutzbedürftigen Person, d.h. bei blosser Möglichkeit der Gefährdung“ (BSK ZGB I-LANGENEGGER, Art. 392 N 26; bestätigt in BGE 107 II 105 E. 4).

„Es ist nicht massgeblich, wie weit sich der gesetzliche Vertreter im Einzelfall um objektive Wahrung der Interessen der schutzbefohlenen Person bemüht, ob er dazu auch fähig ist und wie viel Vertrauen er im Einzelfall verdient. Neben direkter (bei Selbstkontrahieren, in Fällen von Doppelvertretung [wenn nicht gleichzeitig Parallelität der Interessenlagen gegeben ist] und bei Interzessionen) ist auch indirekte Interessenkollision zu beachten (wenn zwischen gesetzlichem Vertreter und Vertragspartner eine nahe Beziehung besteht, wie es etwa bei in gerader Linie Verwandten, aber auch im Verhältnis zu einer im gleichen Haushalt lebenden Stieftochter, anzunehmen ist [BGE 107 II 109]).“ [...] „Die Interessenkollision beseitigt die Vertretungsmacht (BGE 107 II 112) des gesetzlichen Vertreters (bzw. Beistandes) bzw. die Mitwirkungsbefugnis gem. Art. 395 Abs. 1 des Mitwirkungsbeirates. Ein trotzdem abgeschlossenes Geschäft ist für die schutzbedürftige Person einseitig unverbindlich (BK-SCHNYDER/MURER, N 83 und 101); die behördliche Zustimmung mag den Mangel der fehlenden Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters nicht zu heilen (BGE 107 II 114; BK-SCHNYDER/MURER, N 103 m.Hw auf abw.M.). Der gutgläubige Dritte, der trotz erforderlicher Aufmerksamkeit die fehlende Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters nicht erkennen konnte, ist gemäss Rechtsprechung und Lehre in seinem Vertrauen auf Gültigkeit des Geschäftes zu schützen (ZK-EGGER, N 28; BK SCHNYDER/MURER, N 102 m.Hw.; DESCHENAUX/STEINAUER, Personnes, N 1103; Frage offen gelassen in BGE 107 II 114). An die Sorgfaltspflicht der Vertragspartners sind jedoch hohe Anforderung zu stellen (ZK-EGGER, N 39 f.; BGE 107 II 114; BK-SCHNYDER/MURER, N 102)“ (BSK ZGB I-LANGENEGGER, Art. 392 N 26 und 27).

„Bei einer Interessenkollision wird die Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters automatisch aufgehoben, unabhängig davon, ob ein Beistand ernannt wird oder nicht.“ [...] „Ein trotzdem abgeschlossenes Rechtsgeschäft muss daher für das Mündel unverbindlich sein. Abgesehen von der konkreten Angelegenheit, in welcher der Interessenkonflikt besteht, bleibt der gesetzliche Vertreter jedoch befugt und verpflichtet, für das Mündel zu handeln. Die Gefahr der Vertreterlosigkeit, falls die Ernennung eines Beistands unterbleibt, besteht nur in dem sachlich in der Regel eng begrenzten Rahmen, in welchem sich der Interessenkonflikt auswirkt. Dort muss sie aber in Kauf genommen werden, wenn der Abschluss von Rechtsgeschäften, die nicht im Interesse des Mündels liegen, wirksam verhindert werden sollen“ (BGE 107 II 105 E. 5, S. 112 ff.).

- c) Die 3. Strafkammer ist – anders als die Vorinstanz – der Ansicht, dass in vorliegendem Fall zwischen den Interessen der Mutter und den Interessen der Tochter durchaus eine Kollision vorhanden war, gemäss obgenannten Ausführungen handelte es sich hierbei um eine indirekte Interessenskollision. Die Gefährdung der Interessen der Tochter war in casu auf Grund der Beziehungskonstellation zwischen Mutter und Tochter und den nicht vollends identischen Interessen an dem Abschluss des Rechtsgeschäftes durchaus mindestens abstrakt vorhanden. Die Mutter musste einerseits ihre eigenen, die gemeinsamen und die Interessen der Tochter gegeneinander abwägen.

Die Interessen der Mutter waren primär auf den Verbleib der Wohnung gerichtet. Die Interessen der Tochter waren nach Ansicht der Strafkammer sowohl auf die Durchsetzung des Strafverfahrens wie auch auf einen geeigneten Wohnplatz gerichtet. Auf den ersten Blick scheinen Mutter und Tochter ein gemeinsames Interesse an einem „Dach über dem Kopf“ gehabt zu haben, das Interesse an der Art der Umsetzung der Wohnsituation war jedoch verschieden. Während für die Mutter aus Gründen der Praktikabilität primär der vorübergehende Verbleib in der bisherigen Wohnung im Vordergrund stand, ist davon auszugehen, dass für die Tochter auf Grund des Strafverfahrens das Interesse an einer möglichst schnellen neuen Wohnungslösung überwog. Die Tochter konnte kein ernsthaftes Interesse daran gehabt haben, mit dem Angeeschuldigten unter dem gleichen Dach zu wohnen. Die Interessen von Mutter und Tochter widersprachen sich somit bereits diesbezüglich teilweise.

Den Ausführungen von Fürsprecher Z., wonach X. durch den Rückzug der Privatklage die Anfechtungsmöglichkeit gegen einen allfälligen Nichteintretens-, Nichteröffnungs- und Aufhebungsbeschlusses verloren hätte, sind insofern richtig, als ein „rechtsgültig“ erfolgter Rückzug unwiderruflich wäre und somit auch Art. 323 Ziff. 2 StrV keine Anwendung mehr finden würde. Art. 323 Ziff. 2 StrV verleiht nämlich nur demjenigen Opfer die Legitimation zum Weiterzug eines allfälligen Nichteintretens-, Nichteröffnungs- und Aufhebungsbeschlusses, welches sich „noch nicht“ als Privatkläger konstituiert hat. X. hatte sich jedoch bereits rechtsgültig als Privatklägerin konstituiert, weshalb sie durch einen „rechtsgültigen“ Rückzug der Privatklage das Recht auf einen Weiterzug eines allfälligen Nichteintretens-, Nichteröffnungs- und Aufhebungsbeschlusses verloren hätte. Sofern also das Mietamt oder die Parteien in der Tat davon ausgingen, dass es gar nicht erst zu einer Überweisung an das erstinstanzliche Gericht kommen könnte, wäre es unter Umständen zum Abschluss des Strafverfahrens gekommen ohne dass X. diesen Beschluss hätte anfechten können.

Dies wäre für sie ein gewichtiger Nachteil gewesen. Des Weiteren hatte X. ein Interesse daran, die Privatklage nicht zurückzuziehen, um weiterhin im Strafverfahren Anträge stellen zu dürfen und um das Recht nicht zu verlieren, bei einer allfälligen Verurteilung Zivilforderungen durch den Strafrichter beurteilen zu lassen. All diese Interessen kollidierten klar mit dem primären Interesse der Mutter am Verbleib in der Wohnung. Auch in dieser Hinsicht war mindestens eine abstrakte Gefährdung der Kindesinteressen vorhanden.

Die abstrakte Gefährdung der Interessen der Tochter war für Dritte, in casu sowohl für das Mietamt wie auch für die Ehegatten A. und B., durchaus erkennbar. Im Bericht des Mietamtes wird erläutert, dass Y. unter „psychischem Druck“ stand und „verzweifelt“ wirkte. Das Mietamt führte aus, es habe Bedenken, ob Y. in der Lage sei, ihre eigenen Angelegenheiten zu führen und es habe sich grosse Sorgen um den Zustand von Y. und deren Kind gemacht (pag. 143). Die Überforderung von Y. in dieser Situation für sich und ihr Kind richtig zu handeln und zu entscheiden, war somit für Dritte offensichtlich erkennbar.

Zum Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung und der möglichen Widerrufsfrist war somit eine indirekte Interessenkollision zwischen Mutter und Tochter, bzw. eine abstrakte Gefährdung der Kindesinteressen vorhanden. Entsprechend den obgenannten theoretischen Ausführungen (vgl. hiervor lit. b) beseitigt eine solche Interessenkollision die Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters. Ein trotzdem abgeschlossenes Geschäft ist für die schutzbedürftige Person einseitig unverbindlich.

Gestützt auf Art. 392 Abs. 2 ZGB hätte somit für den Entscheid über den Rückzug der Privatklage als Gegenleistung zu einer Mieterstreckung ein Beistand ernannt werden müssen. Da jedoch in der konkreten Situation kein Beistand für X. ernannt wurde, befand sich X. in einem Zustand der Vertreterlosigkeit. Das Bundesgericht nimmt einen solchen Zustand in Kauf und bestätigt, dass bei einer Interessenkollision die Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters automatisch aufgehoben wird, unabhängig davon, ob ein Beistand ernannt wird oder nicht (BGE 107 II 105 E. 5). In casu ist der Rückzug der Privatklage innerhalb der Vereinbarung somit für X. unverbindlich. Die Ansicht der Vorinstanz, ein Beistand könne dieses Dilemma nicht lösen und befände sich in einer ähnlichen Lage wie die Mutter, kann die 3. Strafkammer nicht vollends teilen. Es wäre durchaus möglich gewesen, dass ein Beistand einem Rückzug der Privatklage nicht zugestimmt hätte und allenfalls einen gerichtlichen Weiterzug des negativen Erstreckungsentscheides angestrebt hätte, zumal ja durch den Weiterzug

der provisorische und vorübergehende Verbleib in der Wohnung bis zum richterlichen Entscheid ebenfalls – wenn auch in einem vertragslosen Zustand – erreicht worden wäre. Ein Beistand hätte womöglich auch geholfen, schnell eine andere Wohnmöglichkeit zu suchen. Letztlich ist jedoch einzig entscheidend, dass für dieses Geschäft kein Beistand vorhanden war und die Mutter ihre Tochter diesbezüglich nicht rechtsgültig vertreten konnte und somit der Rückzug der Privatklage für X. unverbindlich war.

Die Strafkammer geht somit zusammenfassend davon aus, dass kein rechtsgültiger Rückzug der Privatklage stattgefunden hat.

Der Argumentation des Angeschuldigten, ein einmal erfolgter Rückzug der Privatklage sei unwiderruflich und bedingungsfeindlich, ist somit entgegenzuhalten, dass der Rückzug der Privatklägerin nicht in gültiger Weise erfolgt ist und somit auch nicht widerrufen oder zurückgezogen werden musste.

Da der Rückzug der Privatklage bereits auf Grund von Art. 306 i.V.m. 392 ZGB ungültig ist, erübrigt sich eine weitere Prüfung betreffend dem Vorliegen eines Willensmangels (Art. 23 ff. OR).

X. wird somit im Strafverfahren gegen A. wegen sexueller Handlung mit Kindern als Privatklägerin zugelassen.

(...)