

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 09
Fax +41 31 635 48 15
obergericht-straf.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Beschluss

BK 16 326

Bern, 15. August 2016

Besetzung

Oberrichterin Schnell (Präsidentin), Oberrichter Trenkel, Oberrichter Stucki
Gerichtsschreiber Müller

Verfahrensbeteiligte

A. _____

Beschuldigter



B. _____

Straf- und Zivilklägerin/Beschwerdeführerin

Gegenstand

Nichtanhandnahme

Strafverfahren wegen Amtsmissbrauchs

Beschwerde gegen die Verfügung der Regionalen Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland vom 28. Juli 2016 (BM 16 29806)

Erwägungen:

1.

1.1 Mit Verfügung vom 28. Juli 2016 nahm die Regionale Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland das Verfahren gegen A._____ (nachfolgend: Beschuldigter) wegen Amtsmissbrauchs nicht an die Hand.

1.2 Dagegen reichte B._____ (nachfolgend: Beschwerdeführerin) Beschwerde ein und stellte folgende Anträge:

1. Herr A._____ sei des Tatbestandes des Amtsmissbrauchs schuldig zu sprechen.
2. Es sei der Klägerin und ihren drei Kindern eine Genugtuung Höchstbetrag und nach Ermessen des Gerichts durch Herrn A._____ und der Staatsanwaltschaft Kanton Bern zu bezahlen.
3. Herr A._____ sei per sofort in allen Belangen, die die Klägerin und ihre drei Kinder betrifft freizustellen. Im Besonderen betritt das alle Kindesschutzmassnahmen und das Ehescheidungsverfahren.

Überdies reichte sie gleichentags eine zweite Eingabe ein und beantragte:

Gemäss Beilage ist es mir nicht möglich, für die Gerichtskosten aufzukommen. Ich beantrage somit gemäss ZPO unentgeltliche Rechtspflege.

1.3 Damit verlangt sie sinngemäss (in erster Linie) die Aufhebung der Verfügung vom 28. Juli 2016. Mit Blick auf das Nachfolgende hat die Verfahrensleitung auf das Einholen einer Stellungnahme verzichtet (Art. 390 Abs. 2 Schweizerische Strafprozessordnung [StPO; SR 312.0]).

2. Gegen Verfügungen und Verfahrenshandlungen der Staatsanwaltschaft kann bei der Beschwerdekammer in Strafsachen innert 10 Tagen schriftlich und begründet Beschwerde geführt werden (Art. 393 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 396 Abs. 1 StPO, Art. 35 des Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1] i.V.m. Art. 29 Abs. 2 des Organisationsreglements des Obergerichts [OrR OG; BSG 162.11]). Die Beschwerdeführerin ist durch die angefochtene Verfügung unmittelbar in ihren rechtlich geschützten Interessen betroffen und somit zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 382 Abs. 1 StPO).

Auf die form- und fristgerechte Beschwerde ist somit einzutreten, soweit sie den Streitgegenstand – das Anfechtungsobjekt ist die Verfügung vom 28. Juli 2016 – betrifft. Darüber hinaus, so namentlich hinsichtlich der Freistellung des Beschuldigten, wird auf diese nicht eingetreten.

3. Die Staatsanwaltschaft begründet die Nichtanhandnahme wie folgt: Im Rahmen einer am 23. Mai 2016 – und damit mehrere Tage vor der gerügten «Straftat» – selbständig verfassten Anzeige werfe die Beschwerdeführerin dem Beschuldigten vor, Amtsmissbrauch sowie Verstösse gegen die EMRK und die UN-Kinderrechte begangen zu haben. Diese Anzeige habe sie am 30. Mai 2016 bei der Polizei in C._____ eingereicht. Im Laufe eines hängigen Ehescheidungsverfahrens habe das Regionalgericht Bern-Mittelland am 25. Februar 2016 gegen die Beschwerdeführerin eine Kontaktsperre zu ihren drei Kindern verfügt. Diese würden zurzeit im

Kinderheim D. _____ wohnen. Die Kontaktsperre sei bis zum 27. Mai 2016 befristet gewesen. Die Beschwerdeführerin mache geltend, dass es ihr mangels Vorliegens einer rechtzeitigen, neuen Verfügung nicht möglich gewesen sei, am 28. Mai 2016 mit ihren Kindern Kontakt aufzunehmen. Aus diesem Grund würden diese unter der ungewissen Beziehung zu ihrer Mutter leiden und in ihrer Entwicklung beeinträchtigt. Zudem hätten auch keine Rechtsmittel und Einsprachen rechtzeitig ergriffen werden können. Wie allerdings den Akten zu entnehmen sei, habe das Regionalgericht Bern-Mittelland am 27. Mai 2016 durchaus eine neue Verfügung erlassen. Diese sei gleichentags an Rechtsanwalt E. _____, den Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin im Scheidungsverfahren, um 15:11 Uhr gefaxt worden. Da dessen Kanzlei am fraglichen Freitagnachmittag offenbar bereits geschlossen gewesen sei, sei die Verfügung erst am 30. Mai 2015 nachmittags per E-Mail an die Beschwerdeführerin weitergeleitet worden. Trotz Kenntnis davon halte die Beschwerdeführerin an ihrer Anzeige fest. Im vorliegenden Fall sei zu prüfen, ob eine strafbare Handlung des Beschuldigten im Sinne eines Amtsmissbrauchs gemäss Art. 312 Schweizerisches Strafgesetzbuch (StGB; SR 311.0) vorliege. Dazu bedürfe es eines missbräuchlichen Handelns, wodurch ein unrechtmässiger Vorteil erlangt oder jemandem ein Nachteil zugefügt werde. Die neue Verfügung sei rechtzeitig am 27. Mai 2016 ergangen und sei – in jeder Hinsicht rechtskonform – gleichentags Rechtsanwalt E. _____ per Fax eröffnet worden. Von missbräuchlichem Handeln und insofern strafrechtlich relevantem Verhalten könne keine Rede sein. Abgesehen davon missbrauche nur derjenige die Amtsgewalt, der die Machtbefugnisse, die ihm sein Amt verleihe, unrechtmässig anwende. Selbst eine allfällige Unterlassung des Erlasses einer Verfügung stelle keinen Missbrauch von Amtsgewalt dar. Dadurch würde weder eine hoheitliche Verfügung getroffen noch auf eine andere Art Zwang ausgeübt. Der Straftatbestand von Art. 312 StGB sei somit selbst nach der Darstellung beziehungsweise den aktenwidrigen Behauptungen der Beschwerdeführerin klarerweise nicht erfüllt. Für eine inhaltliche Überprüfung der Verfügung sei die Staatsanwaltschaft im Übrigen nicht zuständig.

4. In der Beschwerdeschrift wird im Wesentlichen Folgendes vorgebracht [offensichtliche Rechtschreibfehler wurden korrigiert]:

Mit Anzeige vom 30.05.2016 hat die Klägerin [...] Anzeige gemacht gegen Herrn A. _____ in Folge der als Verfügung ausgegebenen Schrift vom 27.05.2016 betreffend Kinderschutzmassnahmen, die nicht fristgerecht und den Rechtsvorschriften entsprechend bei der Klägerin eingetroffen ist und weder Beweise, Begründung noch Rechtsmittelbelehrung in Bezug auf den Entscheid enthielt.

Die Klägerin habe die Anzeige bereits am 23.05.2016 verfasst, also mehrere Tage vor der angeblichen Straftat. Das ist richtig. Auf Grund von entsprechenden Erfahrungen mit dem betreffenden Gerichtspräsidenten bereitete sich die Klägerin vor. Für den Entscheid der Staatsanwaltschaft ist das insofern irrelevant, als dass die Anzeige nach der Tat aufgegeben wurde. Es ist nicht nachvollziehbar inwiefern diese Tatsache rechtlich entscheidungswirksam sein kann. Gemäss EMRK Artikel 6 dient diese Begründung der Staatsanwaltschaft Bern als unfair, gegebenenfalls parteiisch und somit rechtswidrig eingesetzter Ermittlungsgrund.

Die Klägerin habe die Anzeige selber verfasst. Das ist falsch. Die Klägerin hat diese Schrift selber verfasst, die Anzeige wurde von der Polizei in C. _____ ausgestellt. Es gibt keinen rechtlichen Grund, der das Verfassen einer solchen Schrift einer Klägerin verbieten würde, auch die Staatsanwaltschaft

kann keinen solchen nennen. Wieder handelt es sich gemäss EMRK Artikel 6 um einen unfair, gegebenenfalls parteiisch und somit rechtswidrig eingesetzten Ermittlungsgrund.

Die Privatklägerin mache nun geltend, dass es ihr mangels Vorliegens einer rechtzeitigen, neuen Verfügung nicht möglich gewesen sei, bereits am 28.05.2016 mit ihren Kindern Kontakt aufzunehmen. Aus diesem Grund würden diese unter der ungewissen Beziehung zu ihrer Mutter leiden und würden in ihrer Entwicklung beeinträchtigt. Das ist falsch. Der Wortlaut der Klägerin lautet: „Gerade für Kinder ist der Zustand im Ungewissen gelassen zu werden höchst schädigend. Nachweislich vermissen die Kinder die Mutter sehr... Sie weiter im Ungewissen zu lassen ist schlicht weg menschenunwürdig und kindswohlschädigend.“ Die Klägerin hat somit klar formuliert, dass die Ungewissheit schädlich sei und nicht dass sie keinen Kontakt mit den Kindern aufnehmen konnte. [...] Den Tatbestand, den die Klägerin als kindswohlschädigend rügt, ist das absichtlich und rechtswidrige im Unwissen lassen begangen durch Herrn A._____. Es ist richtig, dass die Klägerin rügt, dass die Vorgehensweise von Herrn A._____ sowohl die Befragung der Kinder gemäss UN-Kinderrecht Artikel 12, rechtmässige Stellungnahmen von Heim und Beistand und sowie ein rechtmässiges Verfahren gemäss EMRK Artikel 6 ausschliesst. Das entspricht eindeutig dem Tatbestand des Amtsmissbrauchs. Somit wurden zahlreiche weitere UN-Kinderrechte und EMRK verletzt. Die Staatsanwaltschaft Kanton Bern nimmt mit keinem Wort Stellung dazu, was ein Vergehen gemäss EMRK Artikel 13 bedeutet.

Die Staatsanwaltschaft hält entgegen, dass das Regionalgericht Bern-Mittelland am 27.05.2016 eine Verfügung erlassen habe. Das ist falsch. Die am 27.05.2016 verfasste und am Nachmittag per Fax verschickte Schrift entspricht rechtlich in Bezug auf die Kontaktsperre und deren Lockerung keiner rechtmässigen und somit rechtsgültigen Verfügung. Der Entscheid des Obergerichts Kanton Bern vom 24.06.2016 sagt in Punkt 15.2 eindeutig: Die Ziffern 6 und 7 der Verfügung vom 27.05.2016 betreffen die Aufhebung der Kontaktsperre zwischen Beschwerdeführerin und ihren Kindern. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz handelt es sich dabei nicht um eine prozessleitende Verfügung, sondern um einen Sachentscheid über vorsorgliche Massnahmen. Der Entscheid hätte demnach begründet werden müssen. Ein Fact, der Herrn A._____ als Gerichtspräsident des Regionalgerichts Bern-Mittelland sehr wohl bewusst sein muss, hält er sein Amt gerechtfertigt inne. [...] Der Tatbestand des Amtsmissbrauchs ist auch hiermit eindeutig bewiesen, weil Herr A._____ zu Ungunsten der Klägerin und ihrer Kinder eine Schrift rechtswidrig als Verfügung ausgegeben hat. Als Richter war Herr A._____ zweifelsfrei bewusst, dass seine am 27.05.2016 erlassene Schrift nicht den Rechtsvorschriften einer Verfügung entspricht. Somit stellt sich unweigerlich die Frage, wieso er es trotzdem so gemacht hat. Am Wahrscheinlichsten ist, dass Herr A._____ sehr wohl wusste, dass es keine rechtskräftigen Gründe für die Kontaktsperre wie das beschämende Besuchsrecht mit rechtswidrigen Auflagen nach der Kontaktsperre von Mutter und Kind gibt. Indem er der Klägerin den Rechtsweg verweigerte, versuchte er sein rechtswidriges Verhalten aufrechtzuerhalten und begann Fehler zu decken. Dabei zählte er auf die Rechtsunkenntnis der Klägerin und ihre äusserst ausgelieferte Lage. Das wiederum entspricht u.A. einem Rechtsverstoss gemäss EMRK Artikel 6 und Artikel 14. Grundsätzlich werden Verfügungen nicht per Fax, sondern per Einschreiben verschickt. Zudem muss Herr A._____ als Gerichtspräsident gewusst haben, dass der 27.05.2016 ein kirchlicher Feiertag im Kanton F._____ ist und somit die Kanzlei des Rechtsanwalts E._____ geschlossen sein wird. Die rechtswidrige Verfügung wurde eindeutig zu spät erlassen, was dem Tatbestand Amtsmissbrauch gemäss StGB 312 entspricht. [...] Die Aussage der Staatsanwaltschaft Kanton Bern „trotzdem hielt die Klägerin an ihrer Anzeige fest“ dient wiederum nur einem gemäss EMRK Artikel 6 unfair, gegebenenfalls parteiisch und somit rechtswidrig eingesetzter Ermittlungsgrund.

Gemäss Staatsanwaltschaft Kanton Bern erging die neue Verfügung rechtzeitig am 27.05.2016 und wurde in jeder Hinsicht rechtskonform gemäss Artikel 137 ZPO Rechtsanwalt E._____ gleichtags

per Fax eröffnet. Wie in Punkt 5 dargelegt, handelt es sich bei der Schrift vom 27.05.2016 rechtlich nicht um eine Verfügung, da sowohl Beweise, rechtliche Begründungen wie Rechtsmittelbelehrung fehlen. Da der 27.05.2016 im Kanton F. _____ ein kirchlicher Feiertag war, wurde das Schriftstück auch nicht rechtmässig eröffnet. Es handelt sich also eindeutig um missbräuchliches Handeln, wodurch Kindsvater, Heim, Beistand wie dem Gericht unrechtmässige Vorteile erschaffen wurden und der Klägerin wie ihren Kindern erhebliche Nachteile zugefügt wurden.

Die Staatsanwaltschaft Kanton Bern führt aus, dass nur Amtsmissbrauch vorliege, wenn Machtbefugnisse, die einem Amt verliehen sind, unrechtmässig angewendet, d.h. Kraft des Amtes verfügt oder Zwang ausgeübt werden würde, wo es nicht geschehen dürfe. So stelle selbst eine allfällige Unterlassung des Erlasses einer Verfügung keinen Missbrauch der Amtsgewalt dar, da weder eine hoheitliche Verfügung getroffen werde noch eine andere Art des Zwanges ausgeübt werde. Somit sei der Tatbestand des Amtsmissbrauchs gemäss StGB 312 selbst dann nicht erfüllt, wenn die Verfügung zu spät oder rechtswidrig erstellt worden wäre. Diese Aussage widerspricht [...] UN-Kinderrecht Artikel 8. [...] Im Weiteren wird EMRK Artikel 6 und UN-Kinderrecht Artikel 9 aufs grösste verletzt. Wenn die Kontaktsperre bis am 27.05.2016 angesetzt wurde, ist es das ultimative Recht der Kinder wie der Mutter, nach Ablauf der Frist eine rechtmässige Verfügung in der Hand zu halten und es ist die Aufgabe des Gerichts, dieses sicherzustellen. [...] Es zeugt von einem diskriminierenden, menschenrechtswidrigen und erniedrigenden Verhalten gemäss EMRK Artikel 3 und 14 Mutter wie Kindern gegenüber, als Staatsanwaltschaft auszusagen, es würde beim Nicht-Erlassen einer termingerechten Verfügung keinerlei Zwang ausgeübt, wenn eine Kontaktsperre besteht. [...] Das Nichterlassen einer neuen rechtmässigen Verfügung ist auch ein klarer Entscheid von Herrn A. _____ und er missbraucht seine Macht und sein Amt [...]. Das Decken dieses frauen- und kindermisshandelnden Verhaltens bedeutet ein eindeutiger Verstoß der Staatsanwaltschaft Kanton Bern gemäss EMRK Artikel 13. [...]

5. Gemäss Art. 310 Abs. 1 Bst. a-c StPO verfügt die Staatsanwaltschaft die Nichtanhandnahme, sobald aufgrund der Strafanzeige oder des Polizeirapports feststeht, dass die fraglichen Straftatbestände oder die Prozessvoraussetzungen eindeutig nicht erfüllt sind, Verfahrenshindernisse bestehen oder aus den in Art. 8 StPO genannten Gründen auf eine Strafverfolgung zu verzichten ist.
6. Aus strafrechtlicher Sicht – und nur hierfür ist die Beschwerdekammer zuständig – ist festzustellen, dass die Tatbestandselemente von Art. 312 StGB nicht erfüllt sind. Die Beschwerdekammer schliesst sich diesbezüglich den Argumenten der Staatsanwaltschaft an und verweist darauf (vorne E. 3). Daran vermögen auch die Ausführungen der Beschwerdeführerin nichts zu ändern. Art. 312 StGB verlangt einen *Missbrauch der Amtsgewalt*, um sich oder einem andern einen *unrechtmässigen Vorteil* zu verschaffen oder einem andern einen *Nachteil* zuzufügen. Nichts davon liegt hier vor. Insbesondere der Missbrauch der Amtsgewalt, definiert als wenn «der Täter von der ihm von Amtes wegen zustehenden hoheitlichen Gewalt Gebrauch mache, dass er kraft hoheitlicher Gewalt verfüge oder zwingen, wo es nicht geschehen dürfte» (TRECHSEL/VEST, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Aufl. 2013, N. 3 zu Art. 312 StGB; BGE 101 IV 410), ist selbst dann eindeutig nicht gegeben, wenn – was aufgrund der Aktenlage nicht so ist – der Erlass der einschlägigen Verfügung tatsächlich unterblieben wäre. Eine Verfügung bleibt trotz Formmängeln materiell eine Verfügung, unabhängig etwa ihrer Bezeichnung (zu den [hier erfüllten] Strukturelementen einer Verfügung HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2006, Rz. 854 ff.). Was die

Beschwerdeführerin dazu vorbringt – «Der Tatbestand des Amtsmissbrauches ist auch hiermit eindeutig bewiesen, weil Herr A. _____ zu Ungunsten der Klägerin und ihrer Kinder eine Schrift rechtswidrig als Verfügung ausgegeben hat. Als Richter war Herr A. _____ zweifelsfrei bewusst, dass seine am 27.05.2016 erlassene Schrift nicht den Rechtsvorschriften einer Verfügung entspricht. Somit stellt sich unweigerlich die Frage, wieso er es trotzdem so gemacht hat. Am Wahrscheinlichsten ist, dass Herr A. _____ sehr wohl wusste, dass es keine rechtskräftigen Gründe für die Kontaktsperre wie das beschämende Besuchsrecht mit rechtswidrigen Auflagen nach der Kontaktsperre von Mutter und Kind gibt. Indem er der Klägerin den Rechtsweg verweigerte, versuchte er sein rechtswidriges Verhalten aufrechtzuerhalten und begann Fehler zu decken. Dabei zählte er auf die Rechtsunkenntnis der Klägerin und ihre äusserst ausgelieferte Lage.» – erschöpft sich deshalb in unsachlicher und ungerechtfertigter Kritik am Beschuldigten. In Ziffer 15.2 des Entscheids der 1. Zivilkammer des Obergerichts ZK 16 282 wird bloss erläutert, dass dieser in einer anderen *Form* hätte *verfügen* sollen, nämlich «im Kleide» eines begründeten Sachentscheids. Missbrauch lässt sich daraus nicht ableiten.

Folglich ist der Straftatbestand von Art. 312 StGB (und auch jeder andere) offensichtlich nicht erfüllt, weswegen die Nichtanhandnahme gemäss Art. 310 StPO Abs. 1 StPO rechtmässig war. Ebenfalls ist keine Verletzung internationalen Rechts ersichtlich. Die Beschwerde ist unbegründet und abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

7. Die Beschwerdeführerin stellt ausserdem einen Antrag auf unentgeltliche Rechtspflege. Die Erfolgsaussichten der Beschwerde sind indes in keiner Weise glaubhaft gemacht. Eine Partei mit ausreichenden Mitteln hätte sich bei vernünftiger Überlegung von vornherein gegen den Prozess entschieden. Das Gesuch ist daher – unabhängig der Finanzlage der Beschwerdeführerin – wegen *Aussichtslosigkeit* abzuweisen.
8. Die Kostenauflegung richtet sich nach Art. 428 Abs. 1 StPO. Die Verfahrenskosten werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Es wird ihr keine Genugtuung ausgerichtet.

Die Beschwerdekammer in Strafsachen beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.
3. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens, bestimmt auch CHF 500.00, werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Zu eröffnen:
 - der Straf- und Zivilklägerin/Beschwerdeführerin
 - dem Beschuldigten
 - der Generalstaatsanwaltschaft

Mitzuteilen:

- der Regionalen Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland, Leitender Staatsanwalt Wenger (mit den Akten)

Bern, 15. August 2016

Im Namen der Beschwerdekammer
in Strafsachen

Die Präsidentin:

Oberrichterin Schnell

Der Gerichtsschreiber:

Müller

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden durch die Beschwerdekammer in Strafsachen in Rechnung gestellt.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung beim Bundesgericht, Av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Strafsachen gemäss Art. 39 ff., 78 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) geführt werden. Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen.