Urteilskopf

105 IV 229

60. Urteil des Kassationshofes vom 21. August 1979 i.S. Y. gegen X. (Nichtigkeitsbeschwerde)
Regeste (de):
Art. 2 ZGB.

Rechtsmissbräuchlicher Strafantrag eines geschiedenen Ehemannes, der seiner früheren Ehefrau, die das ihr zustehende Besuchsrecht geringfügig überschritt, dazu durch grobes rechtswidriges Verhalten unmittelbar Anlass gegeben hatte, indem er die Ausübung des Besuchsrechts während längerer Zeit ohne triftigen Grund vereitelte oder erschwerte und darauf ausging, ihr die Kinder zu entfremden.

Regeste (fr):
Art. 2 CC.

Plainte pénale déposée abusivement par un homme divorcé contre son ex-épouse, parce qu'elle a excédé de peu le droit de visite qui lui avait été accordé, poussée à cela par le comportement gravement contraire au droit du plaignant.

Celui-ci avait en effet réussi à détacher l'enfant de sa mère en empêchant soit en rendant plus difficile l'exercice du droit de visite en cause, sans motif valable et pendant une longue période.

Regesto (it):
Art. 2 CC.

Querela penale presentata abusivamente da un marito divorziato nei confronti dell'ex-moglie per il fatto che essa, a ciò indotta dalla condotta del querelante gravemente lesiva del diritto, aveva ecceduto in modesta misura il diritto di visita spettantele.

Il querelante aveva durante un periodo prolungato e senza un valido motivo impedito o reso difficile l'esercizio del diritto di visita dell'ex-moglie, mirando in tal modo a far venir meno i rapporti affettivi dei figli con quest'ultima.

Sachverhalt ab Seite 229

BGE 105 IV 229 S. 229

A.- Gisèle Y. wurde am 28. Oktober 1977 von der II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern wegen Entziehens

BGE 105 IV 229 S. 230

und Vorenthaltens von Unmündigen (Art. 220 StGB) zu einer Busse von Fr. 20.- verurteilt, weil sie in Überschreitung des Besuchsrechts ihre Kinder Patricia und Sandra über Weihnachten 1975 drei Tage zu lange bei sich behielt. In der gegen dieses Urteil erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde berief sich Gisèle Y. unter anderem auf erlaubte Selbsthilfe und darauf, ihr geschiedener Ehemann, François X. habe den Strafantrag rechtsmissbräuchlich gestellt, denn er habe die Ausübung des Besuchsrechts selber weitgehend verhindert und erschwert. Das Bundesgericht erachtete den Rechtfertigungsgrund der erlaubten Selbsthilfe als nicht gegeben, schloss dagegen die Möglichkeit, dass der Strafantrag auf Rechtsmissbrauch beruhe, nicht aus. Da die für die Beurteilung dieser Frage erforderlichen tatsächlichen Verhältnisse nicht hinreichend festgestellt waren, hob der Kassationshof am 9. Juni 1978 das angefochtene Urteil gemäss Art. 277 BStP auf und wies die Sache zur Ergänzung des Sachverhalts und zur Beurteilung des geltend gemachten Rechtsmissbrauchs an die Vorinstanz zurück (BGE 104 IV 90).

B.- Die II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern verneinte nach Durchführung von Erhebungen die Frage des Rechtsmissbrauchs und bestätigte am 15. Dezember 1978 ihr erstes Urteil.

C.- Gisèle Y. führt wiederum Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, das neue Urteil sei aufzuheben, der Strafantrag wegen Rechtsmissbrauchs nichtig zu erklären und die Sache zur Freisprechung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

D.- François X. beantragt die Abweisung der Beschwerde.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Wie im Rückweisungsentscheid ausgeführt wurde, darf ein Strafantrag nur dann als unbeachtlich erklärt werden, wenn er offensichtlich rechtsmissbräuchlich gestellt worden ist, was voraussetzt, dass der Antragsteller selber durch grobes rechtswidriges Verhalten zur strafbaren Handlung des Täters unmittelbar Anlass gegeben hat. Diese Weisungen waren nicht nur für das Obergericht verbindlich (Art. 277ter Abs. 2 BStP), sie binden auch das Bundesgericht, das in einem neuen Beschwerdeverfahren auf seine rechtlichen Erwägungen nicht mehr zurückkommen kann (BGE 101 IV 105 /106).

Das Obergericht hat sich an die rechtliche Begründung des Rückweisungsentscheides insofern nicht gehalten, als es die Auffassung vertritt, die Rechtsmissbräuchlichkeit eines Strafantrages müsse rasch erkannt und entschieden werden können und sei daher enger zu fassen und strenger zu beurteilen als ein Rechtfertigungs- oder Strafmilderungsgrund, der in einem weitern Rahmen zum Ausschluss oder zur Milderung der Strafe führe; fehle aber ein Rechtfertigungsgrund, wie es hier nach der Verneinung der erlaubten Selbsthilfe zutreffe, könne auch kein Rechtsmissbrauch angenommen werden.
Dieser Ansicht kann nicht beigepflichtet werden. Der Strafantrag ist eine Prozessvoraussetzung, deren Fehlen eine Verurteilung auch dann verbietet, wenn eine Tat strafbar ist. Die Gültigkeit des Strafantrages ist aber nicht davon abhängig, ob der Täter bestraft wird oder wegen eines Rechtfertigungs- oder eines andern Strafausschliessungsgrundes straflos bleibt. Umgekehrt schliesst der Mangel eines Strafausschliessungsgrundes auch nicht zum vornherein aus, dass der Strafantrag das Verbot des Rechtsmissbrauchs verletzt. Unzutreffend ist auch die Meinung, der Rechtsmissbrauch müsse immer sofort klar erkennbar sein. Dass sich die Frage des Rechtsmiss-

brauchs erst im spätern Verlaufe des Verfahrens stellen kann, zeigt gerade der vorliegende Fall, wo sie vorerst von keiner Seite aufgeworfen wurde, weil der entsprechende Sachverhalt nicht hinreichend abgeklärt war.

2. Die Vorinstanz verneint den Rechtsmissbrauch im wesentlichen mit der Begründung, X. habe der Beschwerdeführerin nach Zahl und Art der Verweigerung des Besuchsrechts kein objektiv schweres Unrecht zugefügt. Werde die Zeit der Besuchssperre vom 18. Juni bis 15. Oktober 1975 ausgeklammert, so habe die Beschwerdeführerin das Besuchsrecht, wenn auch mit Schwierigkeiten, in der Zeit vom 25. Januar 1975 bis zur Tat (19. Dezember 1975) etwa zur Hälfte und nachher zu zwei Dritteln ausüben können. Beziehe man das Besuchsrecht nur auf Sandra und Patricia (ohne Didier), sei der mütterliche Anspruch bei drei Verweigerungen auf 19 legal vollzogene Besuche lediglich zu 1/7 beeinträchtigt worden. Zu Beschimpfungen und Drohungen seitens X. sei es nur in vereinzelten Fällen gekommen und ab Neujahr 1976 seien sie gänzlich ausgeblieben. Offenbare Schikanen könnten nur für den 6. Dezember 1975 und 7. Februar 1976 nachgewiesen werden. Hinzu komme,

dass X. für die Hindernisse, die der Ausübung des Besuchsrechts in den Weg gelegt wurden, nur zum Teil verantwortlich gemacht werden könne, da Gemeinderat W., vormundschaftliche Aufsichtsperson, und andere Behörden zur Behinderung wesentlich beigetragen hätten und X. in seiner Haltung von seiner Frau und der Psychologin W. unterstützt worden sei.

3. Die Tatsache, dass die Behörden, insbesondere Gemeinderat W., an der Behinderung und an der vom 18. Juni bis 15. Oktober 1975 dauernden Besuchssperre wesentlich mitverantwortlich waren, vermag den Beschwerdegegner nur zu einem geringen Teil zu entlasten. Er war es, der schon kurz nach dem Urteil des Amtsgerichts Delsberg vom 25. Januar 1975 mit seinem Begehren vom 15. März 1975 die Vormundschaftsbehörde veranlasste, das gerichtlich festgelegte Besuchsrecht zu unterbinden. Kennzeichnend für das offensichtliche Bestreben des Beschwerdegegners, das Besuchsrecht der Mutter zu vereiteln, ist ferner, dass er sich dem Begehren der Beschwerdeführerin um Vollstreckung des gerichtlichen Urteils widersetzte und dadurch erheblich dazu beitrug, dass der Entscheid über das Vollzugsbegehren sich bis zum 9. März 1976 verzögerte. Der Umstand aber, dass die Beschwerdeführerin das Begehren erst am 18. Oktober 1975 beim Gerichtspräsidenten von Laupen einreichte, ist offensichtlich darauf zurückzuführen, dass sie sich vorerst beim Gerichtspräsidenten von Delsberg beschwerte und sich erst später herausstellte, dass dessen Intervention bei der Vormundschaftsbehörde (Schreiben vom 25. Juni 1975) wirkungslos blieb und diese den Beschwerdegegner weiterhin in ungerechtfertigter Weise unterstützte. Nach der Rechtsprechung hätte die Vormundschaftsbehörde in das Urteil vom 25. Januar 1975 nur eingreifen dürfen, wenn die zum Schutz der Kinder nötigen vorsorglichen Massnahmen vom Richter voraussichtlich nicht rechtzeitig hätten getroffen werden können (HEGNAUER, Kommentar N. 191-197 zu Art. 283 ZGB). Diese Voraussetzung war nicht gegeben. Es ist nicht ersichtlich und in keiner Weise dargetan, inwiefern die Ausübung des Besuchsrechts durch die Beschwerdeführerin das Wohl der Kinder beeinträchtigt hätte. Insbesondere hat die Beschwerdeführerin die Kinder nie gegen deren Willen gezwungen, zu ihr zu gehen. War aber die Beschränkung des Besuchsrechts, namentlich dasjenige gegenüber den beiden Mädchen, die sich nie geweigert hatten, zur Mutter

zu gehen, offensichtlich unbegründet und rechtswidrig, so ist zum mindesten hinsichtlich der Mädchen die in die Zeit vom 18. Juni bis 15. Oktober 1975 fallende Verhinderung des Besuchsrechts entgegen der Ansicht

der Vorinstanz mitzurechnen. Somit wiegt auch rein zahlenmässig die Behinderung wesentlich schwerer, als im angefochtenen Urteil angenommen wurde. Beim Vorfall vom 6. Dezember 1975 weigerte sich der Beschwerdegegner, die Kinder der Mutter vor dem Schulhaus zu übergeben unter dem Vorwand, sie müssten bei ihm zu Hause abgeholt werden. Ferner wird durch die Sozialassistentin, die bei der Durchführung des Besuchsrechts am 7. Februar und 6. März 1976 dabei war, bezeugt, dass der Beschwerdegegner die Kinder mit der Bemerkung, sie müssten nicht zur Mutter gehen, wenn sie nicht wollten, ungünstig zu beeinflussen versuchte und dass er die Bereitschaft von Sandra, zur Beschwerdeführerin zu gehen, durch kühle Behandlung des Kindes deutlich missbilligte. Auch wenn offenbare Schikanen nur vereinzelt nachweisbar sind, so ist das erwähnte Verhalten des Beschwerdegegners dennoch unmissverständlicher Ausdruck seiner allgemeinen Einstellung, aus der heraus er darauf ausging, die Ausübung des Besuchsrechts zu vereiteln und die Kinder, jedenfalls die beiden Mädchen, vom Besuch ihrer Mutter abzuhalten. Nach den Feststellungen des angefochtenen Urteils hat X. in der Befragung über die Beweggründe seines Verhaltens sich weitgehend hinter das Wohl der Kinder verschanzt. Die Vorinstanz findet, hierin möge er subjektiv mindestens teilweise Recht gehabt haben, zumal er sich in seiner Ansicht durch die Behörden bestärkt gesehen habe. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass auch die Vorinstanz keine Gründe nennt, die den Beschwerdegegner berechtigt hätten, sich auf das Wohl der Kinder zu berufen. Er stützte sein Vorgehen vielmehr auf die hinsichtlich der Mädchen unwahre Behauptung, die Kinder weigerten sich, die Mutter zu besuchen. Unter diesem Vorwand erreichte er auch die Unterstützung der Vormundschaftsbehörde und ihr unbegründetes Eingreifen.

4. Gesamthaft betrachtet hat X. das der Beschwerdeführerin zustehende Besuchsrecht während verhältnismässig langer Zeit ohne triftigen Grund grob verletzt. Das ihr zugefügte Unrecht wiegt objektiv und subjektiv weit schwerer als die Tat der Beschwerdeführerin, die sie in einer für sie damals

ausweglos erscheinenden Lage beging, konnte sie doch nach dem vorausgegangenen Verhalten der Behörden nicht mehr mit der Ausübung des Besuchsrechts über Weihnachten 1975 rechnen und musste befürchten, auch die beiden Mädchen könnten ihr, wie es bei Didier zutraf, entfremdet werden. Zwischen dem rechtswidrigen Verhalten des Beschwerdegegners und der Zwangslage, in der die Beschwerdeführerin handelte, besteht unzweifelhaft ein enger Kausalzusammenhang. Unter den gegebenen Umständen war daher der Strafantrag vom 17. März 1976 offensichtlich rechtsmissbräuchlich. Daran ändert nichts, dass X. vielleicht bereit gewesen wäre, keinen Antrag zu stellen, wenn die Beschwerdeführerin sich entschuldigt und ihm die Reisekosten nach Courtételle ersetzt hätte.

5. Die Gutheissung der Beschwerde hat zur Folge, dass über die Verteilung der Kosten und Entschädigungen im kantonalen Verfahren die Vorinstanz neu zu entscheiden hat.

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Nichtigkeitsbeschwerde wird gutgeheissen, das Urteil der II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern vom 15. Dezember 1978 aufgehoben und die Vorinstanz angewiesen, das Verfahren mangels gültigen Strafantrags einzustellen.