

# **BGer 7B\_105/2023 vom 5. Februar 2025**

Bundesgericht, 2025-02-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_7B\\_105\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_7B_105_2023)

FR: TF 7B\_105/2023 du 5 février 2025

IT: TF 7B\_105/2023 del 5 febbraio 2025

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Angefochten ist ein Endentscheid ( Art. 90 BGG ) in Strafsachen einer letzten kantonalen Instanz, die als oberes Gericht auf Beschwerde hin geurteilt hat ( Art. 80 BGG ). Die Beschwerdeführerin macht als Privatklägerin im Hauptverfahren geltend, Opfer von Sexualdelikten geworden zu sein und insoweit über Zivilansprüche gegen die Beschwerdegegner zu verfügen, weshalb sie gemäss Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5 BGG unter Vorbehalt der nachfolgenden Ausführungen zur Beschwerdeführung berechtigt ist.

### **E. 2.1**

Die Beschwerdeführerin rügt, es fehle an den Voraussetzungen für die Einstellung des Strafverfahrens. Betreffend den Vorwurf der sexuellen Handlungen mit einem Kind gehe die Vorinstanz in unzulässiger Weise davon aus, dass die Beschuldigten nicht über ihr Schutzalter Bescheid wussten bzw. hätten wissen müssen. Es sei unhaltbar, dass die Vorinstanz trotz divergierender Aussagen zu den Altersangaben (sowohl betreffend das Alter selbst, als auch die Frage, ob das Alter überhaupt thematisiert wurde) eine vorsätzliche und eine fahrlässige Tatbegehung klarerweise ausschliesse. Die Beurteilung der Aussagen zum Alter obliege dem Sachgericht. Hierbei sei eine erhöhte Sorgfalt angebracht, wenn eine Person nur wenig als 16 Jahre älter scheine, wobei sich die Beschwerdeführerin mit 13 Jahren deutlich im Schutzalter befunden habe. In Bezug auf den Vorwurf der Schändung macht die Beschwerdeführerin geltend, die Vorinstanz erachte in willkürlicher Weise als klar erstellt, dass ihre Widerstandsunfähigkeit und ihre Fähigkeit zur Willensbildung trotz Alkoholintoxikation und ihrem schlechten physischen Zustand im Tatzeitpunkt nicht vollständig aufgehoben gewesen seien. Die Gesamtwürdigung der objektiven Beweismittel und der Aussagen ergebe ein anderes Bild. Insgesamt verletze die Vorinstanz damit die Pflicht zur Fortführung des Strafverfahrens (Grundsatz "in dubio pro durore"), Art. 319 Abs. 1 lit a StPO und die Pflicht, den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären ( Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 StPO ).

### **E. 2.2.1**

Eine Verfahrenseinstellung hat nach Art. 319 Abs. 1 lit. a und b StPO namentlich dann zu erfolgen, wenn kein Tatverdacht erhärtet ist, der eine Anklage rechtfertigt, oder wenn kein Straftatbestand erfüllt ist. Bei der Entscheidung über die Einstellung eines Verfahrens ist der Grundsatz "in dubio pro durore" zu beachten. Das Verfahren darf grundsätzlich nur bei offensichtlicher Straflosigkeit oder offensichtlichem Fehlen der Prozessvoraussetzungen eingestellt werden ( BGE 146 IV 68 E. 2.1 ). Hingegen ist Anklage zu erheben, wenn eine Verurteilung wahrscheinlicher erscheint als ein Freispruch und eine Erledigung durch Strafbefehl nicht in Betracht kommt. Halten sich Freispruch und Verurteilung in etwa die Waage, drängt sich in der Regel, insbesondere bei schwereren Delikten, eine

Anklageerhebung auf ( BGE 143 IV 241 E. 2.2.1). Bei der Prüfung dieser Fragen verfügen die Staatsanwaltschaft und die Vorinstanz über einen gewissen Beurteilungsspielraum, in den das Bundesgericht nur zurückhaltend eingreift ( BGE 146 IV 68 E. 2.2; 143 IV 241 E. 2.3.3; 138 IV 186 E. 4.1).

### **E. 2.2.2**

Wie die Beweise nach dem Grundsatz "in dubio pro duriore" zu würdigen sind und ob die Vorinstanz gestützt darauf einen hinreichenden Tatverdacht verneinen durfte, prüft das Bundesgericht nur auf Willkür. Es prüft aber im Rahmen einer Beschwerde gegen eine Einstellung nicht wie etwa bei einem Schuldspruch, ob die vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen willkürlich sind ( Art. 97 Abs. 1 BGG ), sondern ob die Vorinstanz willkürlich von einer "klaren Beweislage" ausgegangen ist oder willkürlich bestimmte Tatsachen als "klar festgestellt" angenommen hat. Dies ist dann der Fall, wenn von einer klaren Sachverhaltsfeststellung offensichtlich nicht gesprochen werden kann oder eine solche Schlussfolgerung schlechthin unhaltbar ist ( BGE 143 IV 241 E. 2.3.2 f.; Urteile 7B\_163/2022 vom 30. August 2023 E. 2.2.2; 7B\_153/2022 vom 20. Juli 2023 E. 3.3.3; 6B\_790/2022 vom 15. Juni 2023 E. 4.2.3).

### **E. 2.3.1**

Die Vorinstanz erwägt, ein Mitglied der Kinderschutzgruppe des Inselspitals Bern habe der Polizei am 22. Juli 2021 Meldung hinsichtlich der Konsultation der Beschwerdeführerin im Kindernotfall vom Vorabend, dem 21. Juli 2022, um 21.56 Uhr erstattet. Es seien anlässlich der rechtsmedizinischen Untersuchung am betreffenden Abend Schleimhautläsionen an den kleineren Schamlippen sowie eine eher frische teilweise Durchtrennung des Hymens festgestellt worden. In der Folge habe die Polizei am 27. Juli 2021 eine Videoeinnahme mit der Beschwerdeführerin durchgeführt. Darin habe die Beschwerdeführerin angegeben, sich nicht mehr an die genauen Geschehnisse des Abends zu erinnern. Aufgrund der Ergebnisse der körperlichen Untersuchung vermute sie, nach dem Konsum von Alkohol sexuell missbraucht worden zu sein.

### **E. 2.3.2**

Gemäss der Vorinstanz ist erwiesen, dass es am 20. Juli 2021 im Toilettenbereich der D.\_\_\_\_\_ Bar an der Strasse E.\_\_\_\_\_ in U.\_\_\_\_\_ zu sexuellen Handlungen zwischen der damals 13-jährigen Beschwerdeführerin und den beiden damals 18-jährigen Beschwerdegegnern gekommen ist. Direkte Beweise oder objektive Hinweise, wonach die Beschwerdeführerin zu Sexualkontakten genötigt oder körperlich gezwungen worden sei, gebe es keine. Gemäss IRM-Gutachten bestünden keine Anhaltspunkte für eine Gewaltanwendung. Die Beschwerdeführerin belaste die Beschwerdegegner auch nicht dahingehend. Ebenso könne der Einsatz von K.O.-Tropfen nicht nachgewiesen werden. Für solche Analysen sei es zu spät gewesen. Ausserdem vermöge sich die Beschwerdeführerin nicht mehr an den Vorfall zu erinnern; sie habe einen "Filmriss". Die am fraglichen Abend beteiligten Personen (die beiden Beschwerdegegner, F.\_\_\_\_\_, G.\_\_\_\_\_) seien mit Ausnahme der Beschwerdeführerin über einen Monat nach den Ereignissen befragt worden. Damit hätten sich die Beteiligten absprechen können und bestehe die Gefahr, dass die Erinnerungen verfälscht seien. G.\_\_\_\_\_ sei ausserdem am fraglichen Abend gar nicht vor Ort gewesen.

### **E. 2.3.3**

Zwar seien gemäss der Vorinstanz anlässlich der gynäkologischen Untersuchung die genannten Verletzungen festgestellt worden. Diese reichten jedoch nicht aus, um auf eine Gewaltanwendung schliessen zu lassen. Die Verletzungen könnten nach den Erwägungen der Vorinstanz auch durch die vom Beschwerdegegner 3 eingestandene Manipulation mit dem Finger entstanden sein. Die kleineren Hämatome und Hautläsionen auf der linken Körperseite seien mutmasslich nach dem Verlassen der Bar entstanden, als die Beschwerdeführerin aufgrund des vorgängigen Alkoholkonsums zusammengebrochen sei bzw. das Gleichgewicht verloren habe und gestürzt sei. Auch mit diesen Spuren liesse sich keine Gewaltanwendung bei den sexuellen Handlungen nachweisen. Weiter habe sich die Beschwerdeführerin nach dem Sexualkontakt mit dem Beschwerdegegner 3 auf der Toilette gegenüber F. \_\_\_\_\_ normal verhalten und ihr gegenüber nur gesagt, sie habe mit dem Beschwerdegegner 3 "sozusagen gefiggt". Hinsichtlich der im Raum stehenden Vorwürfe der Vergewaltigung und sexuellen Nötigung nach Art. 189 und Art. 190 StGB lasse sich nach Ansicht der Vorinstanz kein Tatverdacht erhärten, der eine Anklage rechtfertige.

#### **E. 2.3.4**

Im Hinblick auf den Vorwurf der Schändung ( Art. 191 StGB ) sei gemäss der Vorinstanz lediglich erwiesen, dass die Beschwerdeführerin 36 Stunden nach dem Vorfall einen Ethylglucuronid-Wert von 0.18 mg/l aufgewiesen habe. Insoweit sei ein vorangegangener Alkoholkonsum bestätigt. Hingegen stehe damit nicht fest, wie viel Alkohol die Beschwerdegegnerin konsumiert habe. Ebenso wenig könne daraus auf die Urteils- und Widerstandsunfähigkeit bei den Sexualkontakten geschlossen werden. Die Vorinstanz geht aufgrund der Aussagen der verschiedenen Beteiligten davon aus, dass die Beschwerdegegnerin im Zeitpunkt der Sexualkontakte nicht widerstandsunfähig gewesen sei.

#### **E. 2.3.5**

Zum Vorwurf der sexuellen Handlungen mit einem Kind (der im Tatzeitpunkt erst 13-jährigen Beschwerdeführerin) nach Art. 187 Ziff. 1 und Ziff. 4 StGB würdigt die Vorinstanz die unterschiedlichen Aussagen betreffend die Altersangabe bzw. das Alter der Beschwerdeführerin. Der Mitarbeiter der Bar, H. \_\_\_\_\_, der Beschwerdegegner 2 und F. \_\_\_\_\_ hätten ausgesagt, das Alter von der Beschwerdeführerin und/oder das Alter von F. \_\_\_\_\_ sei am Tatabend ein Thema gewesen, wobei hierzu verschiedene divergierende Aussagen bestehen würden. Soweit die Beteiligten Angaben gemacht hätten, seien alle davon ausgegangen, die Mädchen seien ca. 16- oder 17-jährig. Jedenfalls hätten die Mädchen Alkohol getrunken, Shisha geraucht und sich nachts in einer Bar aufgehalten. Aufgrund der am Tatabend aufgenommenen Bilder der Mädchen hätten die beiden Beschuldigten nicht daran gezweifelt oder zweifeln müssen, dass die Mädchen bereits 16 Jahre alt seien.

#### **E. 2.4**

Keinen Anlass zur Kritik bildet die vorinstanzliche Würdigung, dass sich die Vorwürfe der Vergewaltigung bzw. der sexuellen Nötigung nach Art. 189 und Art. 190 StGB nicht mit einer für eine Anklage hinreichenden Sicherheit halten lassen. Für eine Gewaltanwendung bestehen weder objektive Anzeichen noch entsprechende Aussagen, die ein solches Geschehen nahe legen.

#### **E. 2.5**

Hingegen ist der vorinstanzlichen Würdigung nicht zu folgen, wonach hinsichtlich des Tatbestands der Schändung nach Art. 191 StGB kein Tatverdacht erhärtet sei, der eine Anklage rechtfertige.

#### **E. 2.5.1**

Nach den gemäss Art. 105 Abs. 1 BGG verbindlichen Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz gab F. \_\_\_\_\_ gegenüber der Staatsanwaltschaft an, die Beschwerdeführerin habe nach dem Beginn des Gesprächs mit den beiden Beschwerdegegnern innert kurzer Zeit anderthalb Gläser Wodka Red Bull getrunken und einen betrunkenen Eindruck gemacht. Dass die Beschwerdeführerin nach dem (ersten Verfahrensgegenstand bildenden) Sexualkontakt mit dem Beschwerdegegner 3 auf der Toilette gemäss F. \_\_\_\_\_ noch ein "einigermaßen funktionierendes" Gespräch über die erfolgten sexuellen Handlungen führen konnte, lässt keinen zuverlässigen Schluss auf deren Urteils- und Widerstandsfähigkeit im Zeitpunkt der sexuellen Handlungen zu. Immerhin gab F. \_\_\_\_\_ nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz auch an, die Beschwerdeführerin sei so betrunken gewesen, dass sie nicht mehr habe antworten können.

#### **E. 2.5.2**

Es bestehen weitere Aussagen, die gegen eine klare und eindeutige Strafflosigkeit sprechen. Einerseits benötigte die Beschwerdeführerin gemäss den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz offenbar Hilfe beim Gehen, bevor ein weiterer (zweiter) Sexualkontakt auf der Toilette mit dem Beschwerdegegner 2 stattfand. Die Beschwerdeführerin war insoweit bereits in der Bar in einer schlechten körperlichen Verfassung. Die Vorinstanz geht diesbezüglich davon aus, trotz ihrer Betrunkenheit habe die Beschwerdeführerin ein zweites Mal zur Toilette gehen können, wo sie den Beschwerdegegner 2 oral befriedigt habe. Der Beschwerdegegner 2 sei gemäss eigenen Aussagen mitgegangen bzw. habe nach ihr geschaut, weil es ihr nicht gut gegangen sei. Weiter habe er ihr anschliessend nach eigenen Aussagen die Treppe hoch helfen müssen, weil es ihr noch immer nicht gut gegangen sei. Andererseits musste die Beschwerdeführerin kurz nach dem zweiten Vorfall auf der Toilette vom Beschwerdegegner 2 aus dem Lokal getragen werden, brach anschliessend auf der Strasse zusammen und übergab sich.

#### **E. 2.5.3**

Ob die Zustimmung zu beiden Sexualkontakten freiwillig war oder aber die Beschwerdegegner 2 und 3 eine allfällige Widerstandsunfähigkeit der Beschwerdeführerin ausnutzten, scheint unter diesen Umständen nicht von vornherein klar. Diese Frage wird ein Sachgericht in umfassender Würdigung sämtlicher Beweise entscheiden müssen. Hierbei wird auch die Frage zu klären sein, wo der Sexualkontakt der Beschwerdeführerin mit dem Beschwerdegegner 2 stattgefunden hat. Insoweit bestehen gemäss den Ausführungen der Vorinstanz gewisse Unsicherheiten, ob der Oralverkehr im Toilettenbereich der D. \_\_\_\_\_ Bar oder bei einer Strassenkreuzung stattgefunden hat (siehe angefochtener Beschluss vom 22. März 2023 E. 7.3.4 f).

#### **E. 2.6**

Auch die Verfahrenseinstellung wegen des Vorwurfs der sexuellen Handlungen mit einem Kind lässt sich nicht halten. Die beiden Beschwerdegegner hatten gemäss den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz je einen sexuellen Kontakt mit der Beschwerdegegnerin, welche sie zuvor nicht kannten. Zuvor waren das Alter von F. \_\_\_\_\_ und/oder der Beschwerdeführerin gemäss den Aussagen mehrerer Anwesender ein Thema im Gespräch

mit den beiden Beschwerdegegnern. Auch ein Mitarbeiter der Bar fragte gemäss den Ausführungen der Vorinstanz offenbar nach dem Alter der beiden Mädchen. Soweit Altersangaben gemacht wurden, bewegten sich diese im Bereich von 16 bis 17 Jahren und damit im kritischen Bereich kurz nach dem Schutzalter. Daraus lässt sich schliessen, dass eine gewisse Unsicherheit über die Zuverlässigkeit der Angaben der Mädchen zum Alter nicht ausgeschlossen werden kann. Aus dem Alkoholkonsum, dem Rauchen der Shisha und dem nächtlichen Aufenthalt in einer Bar kann im Hinblick auf das Alter der Barbesucherinnen nichts mit hinreichender Sicherheit abgeleitet werden. Ob das Alter ein Thema war und von welchem Alter der Beschwerdeführerin die Beschwerdegegner ausgegangen sind, wird das zuständige Sachgericht klären müssen. Die Beschwerde ist auch in diesem Punkt gutzuheissen und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.

### **E. 2.7**

Soweit die Beschwerdeführerin sich auf das Recht der Unversehrtheit nach Art. 11 BV und das Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK beruft, gehen ihre Rügen nicht über die Frage des Grundsatzes in dubio pro duriore und den Untersuchungsgrundsatz hinaus. Sie begründet diese auch nicht weiter ( Art. 106 Abs. 2 BGG ). Darauf ist nicht gesondert einzugehen.

### **E. 3.1**

Insgesamt ist die Beschwerde hinsichtlich der Einstellung betreffend die gegenüber den Beschwerdegegnern 2 und 3 erhobenen Tatvorwürfe der Schändung und der sexuellen Handlungen mit einem Kind gutzuheissen. Hingegen ist sie in Bezug auf die Vorwürfe der sexuellen Nötigung und der Vergewaltigung abzuweisen.

### **E. 3.2**

Das Gesuch der Beschwerdeführerin um unentgeltliche Rechtspflege ist gutzuheissen, soweit es nicht gegenstandslos geworden ist. Die Voraussetzungen von Art. 64 Abs. 1 BGG hierfür sind erfüllt. Ihre Anwältin ist diesbezüglich als unentgeltliche Rechtsvertreterin einzusetzen und es ist ihr eine Entschädigung aus der Bundesgerichtskasse auszurichten ( Art. 64 Abs. 2 BGG ). Die Beschwerdeführerin wird darauf aufmerksam gemacht, dass sie unter den Voraussetzungen von Art. 64 Abs. 4 BGG zur Rückerstattung der Entschädigung verpflichtet werden kann. Zu Lasten der teilweise unterliegenden Beschwerdeführerin werden keine Gerichtskosten erhoben ( Art. 64 Abs. 1 BGG ).

### **E. 3.3**

Die Beschwerdegegner 2 und 3 werden im Umfang ihres Unterliegens kostenpflichtig ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Der Kanton Bern hat der teilweise obsiegenden Beschwerdeführerin eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen ( Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG ). Diese ist praxismässig direkt an die Rechtsvertreterin auszurichten (Urteil 6B\_764/2021 vom 18. August 2021 E. 3.2). Die gegenseitig geschuldeten Parteientschädigungen der Beschwerdeführerin auf der einen und der Beschwerdegegner 2 und 3 auf der anderen Seite sind miteinander zu verrechnen, so dass keine weiteren Parteientschädigungen zuzusprechen sind.