

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB110302-O/U/cs/kw

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. Spiess, Präsident, lic. iur. Ruggli und lic. iur. et phil. Glur sowie die Gerichtsschreiberin Schlegel

Urteil vom 30. September 2011

in Sachen

A._____,

Beschuldigter und Berufungskläger

gegen

Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Entziehen von Unmündigen**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, Einzelgericht,
vom 4. März 2011 (GG100065)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland vom 24. September 2010 (Urk. 32) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist schuldig des Entziehens von Unmündigen im Sinne von Art. 220 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 45 Tagessätzen zu Fr. 70.–.
3. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf zwei Jahre festgesetzt.
4. Der Beschuldigte wird verpflichtet, der Privatklägerin B. _____ Schadenersatz von Euro 630.00 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird die Privatklägerin B. _____ mit ihrem Schadenersatzbegehren auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.
5. Die Gerichtsgebühr wird angesetzt auf:

Fr.	1'200.–	; die weiteren Auslagen betragen:
Fr.	360.–	Ausserkantonale Verfahrenskosten
Fr.		Untersuchungskosten (ausstehend)
Fr.		Kosten KAPO (ausstehend)

Fr.	_____	
6. Die Kosten werden dem Beschuldigten auferlegt.

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

Berufungsanträge:

a) **Des Beschuldigten:**

(sinngemäss, Urk. 83 und Urk. 95)

1. Freispruch vom Vorwurf des Entziehens von Unmündigen im Sinne von Art. 220 StGB.
2. Abweisung der Schadenersatzforderung der Privatklägerin im EUR 630.– übersteigenden Umfange.
3. Auferlegung sämtlicher Verfahrenskosten auf den Staat oder die Privatklägerin.

b) **Der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland:**

(Urk. 88, schriftlich)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

I.

1. Am 24. September 2010 erhob die Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland Anklage gegen den Beschuldigten wegen des Entziehens von Unmündigen. Am 1. März 2011 fand die Hauptverhandlung vor dem Einzelrichter des Bezirksgerichts Bülach statt, der den Beschuldigten mit Urteil vom 4. März 2011 des Entziehens von Unmündigen schuldig sprach und ihn mit einer bedingten Geldstrafe von 45 Tagessätzen zu CHF 70.00 bestrafte und ihn verpflichtete, der Privatklägerin Schadenersatz von EUR 630.00 zu bezahlen, während deren Schadenersatzforderung im Mehrbetrag auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen wurde.
2. Dieses Urteil wurde am 4. März 2011 mündlich eröffnet (Prot. I S. 13). Mit Eingabe vom 7. März 2011 liess der Beschuldigte rechtzeitig die Berufung anmelden (Urk. 73). Die schriftliche Urteilsbegründung, die am 15. April 2011 versandt

wurde (vgl. Urk. 81 S. 26 unten), konnte dem nicht mehr anwaltlich vertretenen (vgl. Urk. 76) Beschuldigten nicht zugestellt werden (Urk. 79). Mit Schreiben vom 2. Mai 2011, dem sie eine Kopie des begründeten Urteils beilegte, teilte die Vorinstanz dem Beschuldigten mit, dass das nicht abgeholte Urteil gemäss Art. 85 Abs. 4 lit. a StPO am siebten Tag nach dem ersten erfolglosen Zustellversuch als zugestellt gelte, was am 26. April 2011 der Fall sei, und wies ihn darauf hin, dass die Frist zur Einreichung der schriftlichen Berufungserklärung am 18. Mai 2011 ablaufe (Urk. 80). Daraufhin reichte der Beschuldigte am 15. Mai 2011 rechtzeitig die schriftliche Berufungserklärung ein (Urk. 81).

3. Die Staatsanwaltschaft verlangte mit Eingabe vom 23. Mai 2011 die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils und verzichtete auf Beweisanträge (Urk. 88). Die Privatklägerin teilte mit Eingabe vom 3. Juni 2011 mit, dass sie keine Anschlussberufung erhebe und sich nicht am Berufungsverfahren beteilige, ersuchte jedoch um die Zustellung des Entscheids (Urk. 91).

4. In seiner Berufungserklärung vom 15. Mai 2011 verlangt der Beschuldigte einen Freispruch und die Abweisung der Schadenersatzforderung der Privatklägerin. Die Berufung wurde demnach nicht eingeschränkt, und das vorinstanzliche Urteil ist mithin in keinem Teil rechtskräftig geworden.

5. Der Beschuldigte stellte in seiner Eingabe vom 15. Mai 2011 ein Gesuch um Bestellung eines amtlichen Verteidigers (Urk. 83 S. 5 I.1.c), das er nach dessen Abweisung mit Präsidialverfügung vom 18. Mai 2011 (Urk. 86) mit Eingabe vom 1. Juni 2011 erneuerte (Urk. 89 S. 2), worauf dieses mit Präsidialverfügung vom 6. Juni 2011 unter Verweis auf die Voraussetzungen von Art. 132 StPO, die vorliegend nicht erfüllt sind, erneut abgewiesen wurde (Urk. 92).

6. Neben der Einreichung verschiedener Urkunden, Fotografien und einer Video-CD (Urk. 84/1-20), die allesamt abgenommen wurden, beantragte der Beschuldigte in seiner Berufungserklärung vom 15. Mai 2011 die Befragung verschiedener Zeugen, was sich jedoch als unnötig erweist, weil die Tatsachen, die damit bewiesen werden sollen, nicht entscheidenderheblich sind, worauf im Fall der Zeugin C. _____ unten kurz zurück zu kommen sein wird (vgl. unten II.9). Bei den

beiden Polizisten (Urk. 83 S. 6 Ziff. 4) und dem Chefarzt des Kantonsspitals D._____ (Urk. 83 S. 8 Ziff. 9) fehlt es hingegen von vornherein an einem Bezug zum entscheiderelevanten Sachverhalt, so dass sich weitere Ausführungen dazu erübrigen.

II.

1. Der Beschuldigte und die Privatklägerin sind die Eltern der Kinder E._____, geboren am tt.mm.2004, und F._____, geboren am tt.mm.2006. Sie hatten im Jahr 2004 geheiratet. Seit Juni 2007 leben sie getrennt. Mit Verfügung des Präsidenten des Bezirksgerichts V._____ (Gemeinde im Kanton Thurgau) vom 14. August 2007 wurden die Kinder unter die alleinige Obhut der Privatklägerin gestellt (Urk. 66/7 S. 2 f.; Urk. 65/4 Anhang). Im Februar 2008 machte der Beschuldigte eine Klage auf Abänderung der im Eheschutzverfahren getroffenen Massnahmen anhängig und verlangte namentlich die Übertragung der Obhut an sich. Im März 2008 zog die Privatklägerin zu ihren Eltern und weiteren Verwandten nach Österreich und setzte sich damit über ein gerichtliches Verbot hinweg, den Aufenthaltsort der Kinder nicht in das Ausland zu verlegen (vgl. Urk. 6/8). Ein Rückführungsbegehren gestützt auf das Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführungen wurde jedoch vom Österreichischen Obersten Gerichtshof am 30. September 2008 letztinstanzlich abgewiesen (Urk. 66/7 S. 6, Urk. 95 S. 11). Am 26. Februar 2009 teilte das Bezirksgericht W._____ in Österreich der Privatklägerin die alleinige Obsorge zu unter Einräumung eines Besuchsrechts zugunsten des Beschuldigten. Diese Regelung wurde vom Landesgericht X._____ (Stadt in Österreich) jedoch am 29. April 2009 wieder aufgehoben mit der Begründung, dass angesichts der in der Schweiz getroffenen Anordnungen kein dringendes Regelungsbedürfnis bestehe. Somit lebten die eheschutzrichterliche Regelung vom 14. August 2007, ergänzt durch eine Vereinbarung über das Besuchsrecht, die die Parteien am 27. Februar 2009 vor dem Präsidenten des Obergerichts des Kantons Thurgau geschlossen hatten, wieder auf (Urk. 66/7 S. 7). Am 14. Juli 2009 erklärte sich das Bezirksgericht W._____ erneut für zuständig und setzte - vermutlich als Folge der Ereignisse, die Gegenstand

dieses Verfahrens bilden - das Besuchsrecht des Beschuldigten auf unbestimmte Zeit aus (Urk. 66/7 S. 4). Das im Februar 2008 angehobene Abänderungsverfahren wurde mit Beschluss des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 19. Mai 2010 in Bezug auf die Obhut und das Besuchsrecht mit der Begründung abgewiesen, dass die internationale Zuständigkeit der Schweizer Gerichte zwischenzeitlich weggefallen sei, weil die Kinder seit mehr als zwei Jahren in Österreich lebten und während dieser Zeit dort zweifellos gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne der einschlägigen kollisionsrechtlichen Bestimmungen begründet hätten (Urk. 66/7 S. 4 E. 2). Dieser Entscheid wurde laut den Angaben des Beschuldigten vor der Vorinstanz durch das Bundesgericht bestätigt (Urk. 64 S. 9). Anlässlich der Berufungsverhandlung führte der Beschuldigte aus, vor einer Woche sei ihm vor einem österreichischen Gericht das gemeinsame Sorgerecht abgesprochen worden. Es handle sich dabei allerdings um einen vorläufigen Entscheid. Der Endentscheid stehe noch aus (Urk. 95 S. 5 und S. 7). Die Parteien sind bis heute nicht geschieden. Die Privatklägerin zog eine Scheidungsklage, die sie in Österreich angehoben hatte, wieder zurück. Das Scheidungsverfahren in der Schweiz wurde ergebnislos abgeschlossen. Anlässlich der Berufungsverhandlung führte der Beschuldigte aus, jetzt finde der dritte Anlauf statt: Letzte Woche habe die Privatklägerin im Rahmen eines Verfahrens vor dem Bezirksgericht Y._____ (Stadt im Kanton Thurgau) die Scheidung verlangt (Urk. 67/1 S. 4; Urk. 64 S. 7 f.; Urk. 95 S. 5 und 8).

2. Wie oben erwähnt, schlossen der Beschuldigte und die Privatklägerin im Rahmen des Verfahrens betreffend Abänderung von Eheschutzmassnahmen an einer Referentenaudienz vor dem Präsidenten des Obergerichts des Kantons Thurgau am 27. Februar 2009 eine Vereinbarung über das Besuchsrecht. Darin findet sich die folgende Bestimmung (Urk. 9 Ziff. 2 lic. c):

"Frau B._____ bringt die Kinder am 3. Juni 2009 in die Schweiz. Herr A._____ nimmt die Kinder am 10. Juni 2009 im Empfang und verbringt mit ihnen die folgenden Tage in der Schweiz. Die Tageszeit und der Ort der Übergabe ist zwischen den Parteien direkt zu vereinbaren. Herr A._____ verpflichtet sich, die Kinder am 10. Juni 2009 spätestens um 15.00 Uhr wieder an Frau B._____ zu übergeben."

3. Die Anklageschrift vom 24. September 2010 wirft dem Beschuldigten vor, er habe die Kinder E. _____ und F. _____ am 10. Juni 2009 bewusst nicht an den zwischen den Parteien vereinbarten Übergabeort am G. _____ gebracht, und auch nach dem Erlass einer von der Privatklägerin erwirkten superprovisorischen Verfügung des Bezirksgerichtspräsidiums Z. _____ (Gemeinde im Kanton Thurgau) vom 10. Juni 2009, von der er noch am selben Tag Kenntnis erlangt habe, die seine Verpflichtung zur Herausgabe der Kinder wiederholt habe, habe er die Kinder nicht an die Privatklägerin herausgegeben, sondern er habe sich bis zum 17. Juni 2009 mit den Kindern an einem geheimen Ort aufgehalten, weil er gewusst habe, dass er von der Polizei gesucht wurde, bis er die Kinder am 17. Juni 2009 schliesslich der Kantonspolizei Thurgau übergeben habe (Urk. 32 S. 2).

4. Der Beschuldigte bestreitet nicht, dass er die Kinder am 10. Juni 2009 nicht an die Privatklägerin übergab im Wissen darum, dass er damit die Vereinbarung vom 27. Februar 2009 und die entsprechende Anordnung des Bezirksgerichts Z. _____ vom 10. Juni 2009 verletzte (vgl. Urk. 64 S. 16 f.).

Mit dem Verweis darauf, dass nirgendwo schriftlich festgehalten worden sei, dass die Rückgabe der Kinder im Kanton Zürich stattzufinden habe, stellt der Beschuldigte ferner erneut die örtliche Zuständigkeit der Zürcherischen Strafjustiz in Frage (Urk. 83 S. 6 Ziff. 2). Die Vorinstanz hat sich mit diesem bereits vor der Vorinstanz vom Beschuldigten erhobenen (vgl. Prot. I S. 8 f.) Einwand auseinandergesetzt und die örtliche Zuständigkeit mit überzeugender Begründung bejaht (Urk. 81 S. 6), worauf verwiesen werden kann.

Zu seiner Entlastung beruft sich der Beschuldigte auf höherwertige Interessen im Sinne eines rechtfertigenden oder zumindest entschuldbaren Notstandes (Urk. 83 S. 6 Ziff. 1.3; Urk. 67 S. 3 i.V.m. S. 6 ff.; Urk. 95 S. 9 und S. 12). Unter objektiver Würdigung der nachfolgend dargelegten Umstände habe er annehmen dürfen, dass eine Rückkehr der Kinder in die Obhut der Privatklägerin eine dringende Gefährdung ihrer physischen und psychischen Gesundheit bewirken würde (Urk. 67 S. 5).

a) Der jüngere Sohn F._____ (geboren am tt.mm.2006) weise seit der Geburt ein Muttermal an der Fusssohle auf, das wegen der Gefahr einer Entartung der fachärztlichen Kontrolle bedürfe, um es nötigenfalls zu entfernen. Da sich die Privatklägerin solchen Massnahmen bisher immer widersetzt habe, sei dem Beschuldigten nichts anderes übrig geblieben, als F._____ während seines Aufenthalts in der Schweiz durch einen Kinderarzt untersuchen zu lassen. Dieser Termin sei zwei oder drei Wochen vor dem Aufenthalt der Kinder auf den 8. Juni 2009 vereinbart worden. Anstatt selber eine Diagnose zu stellen, habe der Kinderarzt F._____ an einen Facharzt für Dermatologie überwiesen, der F._____ am 11. Juni 2009 untersucht habe und die Entfernung des Muttermals empfohlen habe (Urk. 67 S. 3 ff.; Urk. 64 S. 13 f.). Je länger damit zugewartet werde, umso grösser seien die operativen Eingriffe, auch verschlechterten sich die Heilungschancen (Urk. 83 S. 8 Ziff. III.10; Urk. 95 S. 10).

b) Der ältere Sohn E._____ (geboren am tt.mm.2004) habe dem Beschuldigten während seines Aufenthalts bei ihm im Juni 2009 gesagt, er wolle nicht zur Privatklägerin zurück, worauf er ihn auf den 9. Juni 2009 bei einem Facharzt für Kinder- und Jugendpsychiatrie angemeldet habe, der bei seiner Untersuchung eine psychische Belastung der Kinder durch die Trennungssituation festgestellt habe. Aufgrund dieses Befundes habe der Beschuldigte dringenden Handlungsbedarf für das Wohlergehen der Kinder erkannt (Urk. 67 S. 5; Urk. 64 S. 14 f.; Urk. 95 S. 10). Am Abend nach dieser Untersuchung beim Kinder- und Jugendpsychiater habe er zudem von den Kindern erfahren, dass sie von der Privatklägerin geschlagen würden. E._____ habe ihm berichtet, dass er von der Privatklägerin am Geschlechtsteil festgehalten und geschlagen worden sei. Bereits früher sei es zu Misshandlungen gekommen (Urk. 83 S. 7 Ziff. III.6 m.H. auf Urk. 84/9 und 10; Urk. 95 S. 10).

5. Aus den Akten geht hervor, dass sich beide Parteien während dieser Geschehnisse auf der Suche nach Rechtsschutz an das Bezirksgericht Z._____ wandten, die Privatklägerin mit einem Vollstreckungsbegehren und der Beschuldigte mit dem Ziel, die Rechtslage in seinem Sinn zu verändern:

Auf einen entsprechenden Antrag der Privatklägerin vom 10. Juni 2009 (Urk. 10) ordnete der Präsident des Bezirksgerichts Z. _____ am selben Tag superprovisorisch an, der Beschuldigte habe die Kinder gleichentags spätestens um 15 Uhr bzw. raschestmöglich der Privatklägerin herauszugeben (Urk. 12). Mit Eingabe vom 15. Juni 2009 begründete die damalige Rechtsvertreterin des Beschuldigten die Verweigerung der Rückgabe der Kinder mit den laufenden ärztlichen Abklärungen hinsichtlich des Muttermals von F. _____ und der klaren Willensäusserung von E. _____ und seinen Erzählungen von Schlägen durch die Privatklägerin, und verlangte die Aussetzung der Rückführung, um eine kinderpsychiatrische Abklärung durchführen zu können (Urk. 14). Daraufhin setzte der Präsident den Vollzug seines Rückgabebefehls mit Verfügung vom 16. Juni 2009 vorerst aus (Urk. 15), um ihn nach erfolgter Anhörung der Parteien zum Austrittsbericht des Kantonsspitals D. _____ vom 17. Juni 2009 (Urk. 21/1) mit Verfügung vom 18. Juni 2009 erneut in Kraft zu setzen und dem Beschuldigten zu befehlen, die Kinder der Privatklägerin unverzüglich herauszugeben, bzw. sich ihrer Herausgabe durch die Organe des Kantonsspitals D. _____ nicht zu widersetzen (Urk. 17).

Der Beschuldigte seinerseits liess am 10. Juni 2009 beim Präsidenten des Bezirksgerichts Z. _____ verlangen, die Kinder seien ohne vorgängige Anhörung der Gegenpartei unter seine Obhut zu stellen (Urk. 11 S. 5). Mit Verfügung vom 11. Juni 2009 setzte der Bezirksgerichtspräsident der Privatklägerin Frist zur Stellungnahme an und wies den Antrag auf eine superprovisorische Umteilung der Obhut ab (Urk. 13).

6. Indem sich der Beschuldigte bewusst über die oben zitierte Vereinbarung vom 27. Februar 2009 hinwegsetzte und die unmündigen Kinder E. _____ und F. _____ am Ende der vereinbarten Besuchsperiode am 10. Juni 2009 der Privatklägerin nicht zurückgab, erfüllte er den Tatbestand des Entziehens von Unmündigen gemäss Art. 220 StGB in objektiver und subjektiver Hinsicht.

Art. 220 StGB schützt das Aufenthaltsbestimmungsrecht, das eine Ausprägung der elterlichen Obhut darstellt. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte (Urk. 81 S. 7 f.), kann Art. 220 StGB deshalb nach der Lehre und Rechtsprechung insbesondere auch von einem Elternteil angerufen werden, dem im Rahmen eines

Trennungs- oder Scheidungsverfahrens die alleinige elterliche Obhut zugewiesen wurde, wenn ihm der andere Elternteil die Kinder ausserhalb seines Besuchsrechts vorenthält (vgl. BGE 110 IV 35; BGE 91 IV 136).

Das von der Privatklägerin angestrebte Vollstreckungsverfahren, das während dieser Ereignisse im Hintergrund lief, hat darauf grundsätzlich keinen Einfluss, da es lediglich der Durchsetzung der bestehenden Rechtsansprüche diene, ohne diese zu verändern. Allerdings führte die Aussetzung des Vollzugs des Rückgabebefehls mit der Verfügung des Bezirksgerichtspräsidenten vom 16. Juni 2009 dazu, dass das Verhalten des Beschuldigten ab diesem Zeitpunkt nicht mehr rechtswidrig war, da die Verpflichtung des Beschuldigten zur Rückgabe der Kinder damit zumindest vorübergehend aufgehoben wurde. Eine Rückwirkung geht davon allerdings nicht aus, so dass sich an der anfänglichen Tatbestandsmässigkeit des Handelns des Beschuldigten nichts ändert.

Art. 220 StGB ist ein Antragsdelikt. Die Privatklägerin liess am 11. Juni 2009 Strafantrag stellen (Urk. 2). Diese Strafbarkeitsvoraussetzung ist demnach erfüllt.

7. Der Beschuldigte beruft sich auf verschiedene Rechtfertigungsgründe (vgl. oben 4), die er grundsätzlich korrekt unter Art. 17 StGB (Notstand) subsumiert, womit allerdings noch nichts darüber gesagt ist, ob die Anwendungsvoraussetzungen dieser Bestimmung erfüllt sind.

Ein Notstand im Sinne des Gesetzes liegt vor, wenn ein Rechtsgut mit einer unmittelbaren Gefahr bedroht ist. Der Beschuldigte beruft sich auf eine Gefährdung der Gesundheit bzw. des geistigen und körperlichen Wohlergehens seiner Kinder E. _____ und F. _____. Aus seiner Sicht handelt es sich dabei um Rechtsgüter von Dritten. Es liegt demnach Notstandshilfe vor, was ebenfalls von Art. 17 StGB erfasst wird (vgl. dazu Susanne Hüppi, Straf- und zivilrechtliche Aspekte der Kindesentziehung gemäss Art. 220 StGB mit Schwergewicht auf den Kindesentführungen durch einen Elternteil, Diss. Zürich 1988, S. 175 f.).

Eine Notstandssituation vermag eine Rettungshandlung, die in ein strafrechtlich geschütztes Rechtsgut eingreift, zu rechtfertigen, wenn die Gefahr nicht anders

abzuwenden ist (Grundsatz der Subsidiarität) und wenn die dadurch gewährten Interessen höherwertig sind als diejenigen, die dabei verletzt werden (Grundsatz der Proportionalität).

8. Der Beschuldigte rechtfertigt sein Verhalten zum einen mit dem Muttermal an F. _____s Fusssohle. Die Vorinstanz billigte ihm in diesem Umfang "bei grosszügiger Auslegung" eine Notstandshilfesituation zu (vgl. Urk. 81 S. 18 oben). Die erhöhte Wahrscheinlichkeit einer Entartung zu einem Tumor stelle eine Gesundheitsgefährdung dar. Da nach Ansicht des behandelnden Arztes eine sofortige Operation nicht indiziert war, sondern damit noch zwei Monate zugewartet werden konnte, erscheine die Gefährdung rückblickend zwar nicht als unmittelbar. Angesichts der bei der Geburt erteilten Empfehlung einer Abklärung im Alter von zwei Jahren und der Tatsache, dass der damals bereits 2 $\frac{3}{4}$ Jahre alte F. _____ vom Kinderarzt an einen Dermatologen überwiesen worden sei, sei jedoch aus damaliger Sicht eine besondere Dringlichkeit zu bejahen (Urk. 81 S. 14 f.).

Dem kann nicht gefolgt werden. Der bei der Geburt genannte Zeithorizont von zwei Jahren zeigt, dass es dabei nicht um eine Angelegenheit von Tagen oder Wochen ging, so dass der Beschuldigte den Besuch beim Dermatologen ohne Weiteres für den nächsten Ferienaufenthalt der Kinder im August hätte vorsehen können, was er jedoch nicht einmal in Erwägung zog (Urk. 64 S. 18). Dass bloss von der Wahrscheinlichkeit einer Entartung die Rede ist, belegt zudem, dass keine konkrete Gefahr vorlag. Nicht jedes Muttermal stellt eine Gefährdung der Gesundheit dar, was darin zum Ausdruck kommt, dass nur eine Abklärung, aber nicht zwangsläufig die Entfernung empfohlen wird. Hinzu kommt, dass das Risiko der Ausbreitung einer Entartung durch Metastasen gering ist, so dass die periodische Beobachtung genügt, um das Gesundheitsrisiko zu minimieren, und dass auch bei einer nicht sofortigen Entdeckung noch keine unmittelbare Gefahr für die Gesundheit besteht. Das Muttermal von F. _____ begründet somit keine Notstandshilfesituation und kann vom Beschuldigten nicht wirksam zu seiner Entlastung herangezogen werden.

Hinzu kommt, dass der Beschuldigte eine allfällige Dringlichkeit sich selbst zuschreiben müsste, da er nicht früher handelte, obwohl ihm diese Problematik laut

eigenem Bekunden schon länger bewusst war, zumindest seit ihm bekannt war, dass die Privatklägerin selbst keine Abklärungen unternahm, sondern untätig blieb. Wie der Beschuldigte vor der Vorinstanz auf Befragen betonte, kam die Notwendigkeit einer Abklärung des Muttermals von F. _____ bereits im Rahmen der Referentenaudienz vor dem Präsidenten des Obergerichts des Kantons Thurgau am 27. Februar 2009 zur Sprache (Urk. 64 S. 19). Der Beschuldigte kann sich zur Rechtfertigung dafür, dass er die bei der selben Gelegenheit geschlossene Vereinbarung über das Besuchsrecht nicht einhielt, nicht auf einen Umstand berufen, der ihm damals bekannt war, ohne dass seither eine wesentliche Veränderung der Verhältnisse eingetreten wäre, was nicht der Fall ist. So vermag insbesondere der Zeitablauf zwischen Februar und Juni vor dem Hintergrund seiner eigenen Untätigkeit keine Dringlichkeit zu begründen. Die Vorinstanz erachtete deshalb die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismässigkeit zurecht als nicht erfüllt (Urk. 81 S. 15 ff.). Das Gleiche gilt erst recht für die vom Beschuldigten angeführte fehlende Aufrechterhaltung der Mundhygiene, die zu Karies geführt habe (Urk. 95 S. 11)

9. Ausser mit der Sorge um die Gesundheit von F. _____ rechtfertigt der Beschuldigte sein Verhalten mit Berichten von E. _____ über Misshandlungen durch die Privatklägerin. Die Vorinstanz verneinte in diesem Zusammenhang zurecht das Vorliegen einer akuten Gefährdungssituation (Urk. 81 S. 12 f.).

Der Beschuldigte berichtet von Schlägen und Misshandlungen und sogar von sexuellen Übergriffen (Urk. 83 S. 7 Ziff. 6 und S. 8 Ziff. 10; Urk. 95 S. 10 und S. 14). Was er konkret vorbringt, vermag diese Vorwürfe allerdings nicht zu erhärten. Die Schilderung von E. _____ auf der eingereichten Filmsequenz (deren Inhalt im vom Beschuldigten eingereichten Gutachten einer österreichischen Sachverständigen korrekt zusammengefasst wird; Urk. 65/1 S. 54 f.), dass er von der Privatklägerin einmal geschlagen worden sei, ist völlig undramatisch. Der Vorwurf eines sexuellen Missbrauchs ist auf dieser Grundlage überzogen.

Das in diesem Zusammenhang als Beweismittel angerufene Schreiben der Mutter des Beschuldigten vom 25. Mai 2010 (Urk. 84/14) entstand beinahe ein Jahr nach diesen Ereignissen und bezieht sich auf ein am 5. Mai 2010 über Skype geführtes

Telefongespräch und somit auf einen anderen Zeitraum, so dass der Beschuldigte sein Verhalten im Juni 2009 von vornherein nicht damit rechtfertigen kann. Abgesehen davon liegt die Deutung des darin berichteten Verhaltens von E._____ keineswegs auf der Hand, wie bereits der Kommentar der Mutter des Beschuldigten zeigt:

"Ich kann das nicht verstehen, was für Gründe ihn dazu bewogen haben."

Auch wenn man der Sachdarstellung des Beschuldigten Glauben schenkt, waren diese Vorwürfe nicht derart schwerwiegend, dass sofortiges Handeln angezeigt gewesen wäre in dem Sinn, dass die Kinder nicht länger in der Obhut der Privatklägerin verbleiben konnten, ohne Schaden zu nehmen. Das zeigt auch der Umstand, dass im parallelen Verfahren betreffend Obhutsumteilung, wo diese Vorwürfe ebenfalls zur Sprache kamen, dem Vernehmen nach keine solch weitgehenden Massnahmen in Erwägung gezogen wurden. Das eigenmächtige Vorgehen des Beschuldigten war somit unverhältnismässig.

Es ist dem Beschuldigten zuzugestehen, dass die erhobenen Vorwürfe nicht auf die leichte Schulter zu nehmen waren und eine ernsthafte Prüfung verdienten. Das konnte jedoch auch durch die zuständigen Behörden am bisherigen Aufenthaltsort der Kinder bei der Privatklägerin in Österreich erledigt werden - was ja dann auch geschah, wie das vom Beschuldigten eingereichte Gutachten aus dem dortigen Verfahren beispielhaft zeigt (Urk. 65/1) - und setzte nicht den Verbleib der Kinder in der Schweiz voraus. Der Beschuldigte verletzte demnach mit seinem Verhalten den Grundsatz der Subsidiarität.

Dieses Ergebnis wird durch den Befund des Kinder- und Jugendpsychiaters Dr. H._____ bestätigt, der dem Beschuldigten zumindest in den Grundzügen am 9. Juni 2009 bekannt war. Wie der Beschuldigte vor der Vorinstanz erwähnte, stellte dieser eine Entwurzelung der Kinder fest, einhergehend mit einer psychischen Dauerbelastung, wobei er weiter darauf hinwies, dass Kinder bei Trennungssituationen im Regelfall in ihrem gewohnten, angestammten Lebensumfeld bleiben sollten (Urk. 67 S. 5 m.H. auf Urk. 21/2 S. 2 Ziff. 4). Hinweise auf eine

akute Gefährdung der Kinder bei der Privatklägerin finden sich in diesem Befund nicht.

10. Der Beschuldigte rechtfertigt sein Verhalten weiter mit entsprechenden Willensäußerungen der Kinder. E. _____ und F. _____ waren im Juni 2009 4 ½ bzw. 2 ¾ Jahre alt und damit noch nicht in einem Alter, in dem Kinder nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in Bezug auf den Entscheid über die Frage der Obhutszuteilung als urteilsfähig gelten (BGE 131 III 553). Das heisst nicht, dass ihre Meinungsäußerungen in diesem Zusammenhang ohne Belang wären. Diese bedürfen jedoch der (sachverständigen) Würdigung und können nicht das allein ausschlaggebende Kriterium für die Zuteilung der Obhut sein. Zudem ist auf die Gefahr einer Beeinflussung durch einen Elternteil hinzuweisen. Mit den Willensäußerungen der Kinder kann der Beschuldigte die Verweigerung der Rückgabe somit von vornherein nicht rechtfertigen. Es erübrigt sich daher auch die Zeugeneinvernahme von C. _____, die für die Organisation I. _____ für die Übergaben verantwortlich war und in dieser Funktion miterlebt haben soll, dass die Kinder nicht zur Privatklägerin zurück wollten (Urk. 83 S. 7 Ziff. 7). Ergänzend ist anzumerken, dass der vom Beschuldigten eingereichte Bericht über die Begleitung der Übergaben ein differenzierteres Bild der Beziehung der Kinder zur Privatklägerin zeigt (Urk. 84/11), was im Übrigen auch das vom Beschuldigten eingereichte Gutachten aus dem österreichischen Verfahren bestätigt (Urk. 65/1).

11. Der vorliegende Sachverhalt ist ein typisches Beispiel dafür, was passiert, wenn die Parteien in einer ehelichen Auseinandersetzung um die Kinder zur Selbsthilfe greifen und sich nicht an Vereinbarungen oder gerichtliche Anordnungen halten. Im Hinblick darauf, dass in erster Linie die Kinder die Leidtragenden sind, die zum Spielball der elterlichen Auseinandersetzung werden, ist bei der Rechtfertigung solcher Verhaltensweisen ein strenger Massstab anzulegen.

Dass der Beschuldigte der Privatklägerin auf der Elternebene Gleiches mit Gleichem vergalt, nachdem diese im Jahr zuvor die Kinder entgegen einer gerichtlichen Anordnung in das (benachbarte) Ausland verbracht hatte und so anscheinend einer bevorstehenden Umteilung der Obhut zuvorgekommen war (vgl.

Urk. 6/8; Urk. 11 S. 2 Ziff. 3), vermag ihn vor diesem Hintergrund nicht zu entlasten.

Wie oben gezeigt wurde, lässt sich das Verhalten des Beschuldigten mit den von ihm angeführten höherwertigen Interessen nicht entschuldigen, geschweige denn rechtfertigen. Der angefochtene Entscheid ist daher im Schuldpunkt zu bestätigen. Der Beschuldigte ist wegen des Entziehens von Unmündigen im Sinne von Art. 220 StGB zu bestrafen.

III.

1. Der Beschuldigte ist demnach schuldig des Entziehens von Unmündigen i.S. von Art. 220 StGB. Dafür ist er zu bestrafen mit Geldstrafe oder mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren. Obwohl zwei Kinder von seinem Handeln betroffen waren, liegt keine Deliktsmehrheit vor, wie die Vorinstanz zutreffend anmerkte, weil mit einer einzigen Tathandlung das selbe Rechtsgut verletzt wurde. Anders als im Urteil der Vorinstanz kommt es nicht zu einer Strafmilderung wegen Notstandshilfeexzess (Urk. 81 S. 18), weil das Vorliegen einer Notstandssituation in Bezug auf F. _____ verneint wird (vgl. oben II.7).

2. Das Gericht misst die Strafe innerhalb des oben erwähnten Strafrahmens nach dem Verschulden des Täters zu, wobei das Verschulden nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt wird, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden. Ferner berücksichtigt das Gericht das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters (Art. 47 StGB).

3. Wie die Vorinstanz zutreffend festhielt, verletzte der Beschuldigte mit seinem Verhalten eine mit der Privatklägerin geschlossene gerichtliche Vereinbarung über das Besuchsrecht (Urk. 81 S. 19). Mit diesem Verhalten sabotierte er die Bemühungen der Behörden, im Konflikt mit seiner Frau zu einer Entspannung beizutragen und längerfristig eine Lösung zu finden. Er beruft sich zwar auf die

Wahrung höherwertiger Interessen (Urk. 83 S. 6 Ziff. 3; Urk. 95 S. 9 und S. 12). Vor dem Hintergrund des Konflikts mit seiner Frau, in dem er Partei ist, ist jedoch offensichtlich, dass er zuallererst seine eigenen Interessen wahrnahm. Er verhielt sich damit egoistisch und rücksichtslos. Das damit verbundene Verschulden wird allerdings ein Stück weit dadurch relativiert, dass sich die Privatklägerin in der Vergangenheit ebenfalls nicht sehr zimperlich verhielt und wenig Rücksicht für seine Interessen oder behördliche Auflagen zeigte (vgl. Urk. 6/8; Urk. 11 S. 2 Ziff. 3).

Es liegt auf der Hand, dass der Beschuldigte mit dem parallelen Antrag auf Umteilung der Obhut versuchte, sein Verhalten nachträglich sanktionieren zu lassen. Ob er damit weitere Motive verband und etwa die Absicht verfolgte, die internationale Zuständigkeit in seinem Sinn zu beeinflussen und eine Heimatzuständigkeit zu begründen, wie die Vorinstanz zu vermuten scheint (Urk. 81 S. 19 f.), kann offen bleiben. Er benutzte jedenfalls den Umstand, dass sich die Kinder in seinem Gewahrsam befanden, für die Veranlassung von Abklärungen, mit denen er Material für die Begründung seines Standpunkts zu erhalten hoffte, und versuchte damit aus dem begangenen Unrecht einen praktischen Vorteil zu ziehen. Durch die Sistierung des Befehlsverfahrens am 16. Juni 2009 durfte er sich allerdings zumindest vorübergehend in seinem Standpunkt bestätigt fühlen. Es ist ihm sodann zugute zu halten, dass er die Kinder am 17. Juni 2009 freiwillig den Behörden übergab, noch bevor der Rückgabebefehl am 18. Juni 2009 erneuert wurde.

Zu seinen Gunsten ist weiter zu berücksichtigen, dass er (mit der Unterstützung seiner Mutter und weiterer Bekannter; vgl. Urk. 3 S. 4; Urk. 4 S. 9 f.) für eine kindgerechte Unterbringung der Kinder während dieser Zeit sorgte. Erschwerend sind hingegen die negativen mittelbaren Auswirkungen seines Verhaltens auf das Kindeswohl zu berücksichtigen, auf die der von ihm beigezogene Kinder- und Jugendpsychiater Dr. H. _____ in seiner schriftlichen Beurteilung vom 12. Juni 2009 ausdrücklich hinwies (Urk. 21/2):

"Durch die Konflikte, die Unsicherheiten, die Inkonstanz, die teils traumatischen Erfahrungen bei der Übergabe der Kinder besteht für die beiden Kinder eine psychische Dauerbelastung, die sich stark entwicklungsbehindernd auswirken kann."

Es musste für den Beschuldigten absehbar sein, dass sein Verhalten zu einer weiteren Eskalation des Konflikts führen würde, unter der vor allem die Kinder litten. Gerade vor dem Hintergrund seiner vorgeblichen Orientierung am Kindeswohl erscheint besonders rücksichtslos, dass er die Kinder instrumentalisierte und mehr als ohnehin unvermeidlich in den Konflikt hineinzog, indem er sie durch seine Handlung - die Verweigerung der Rückgabe - direkt zum Streitobjekt machte. Damit nahm er insbesondere einen Polizeieinsatz in Kauf (vgl. Urk. 1; Urk. 18), was anscheinend schon einmal vorgekommen war und vom Angeklagten aus der Perspektive der Kinder als schlechte Erinnerung und tiefsitzender Schock beschrieben wird (vgl. Urk. 83 S. 3 m.H. auf Urk. 84/21; Urk. 11 S. 2 Ziff. 3; Urk. 95 S. 14).

Unter Berücksichtigung sämtlicher erwähnter Tatumstände und bezogen auf den Strafraum (der bis drei Jahre reicht) wiegt das Tatverschulden jedoch insgesamt noch eher leicht.

4. Der Beschuldigte arbeitet mit einem 90%-Pensum als Psychiatriepfleger in der Klinik J. _____. Daneben hat er an der Hochschule K. _____ eine berufsbegleitende Ausbildung zum Case-Manager absolviert, welche er diesen Sommer erfolgreich abschloss. Momentan plant er eine berufliche Neuorientierung. Er beabsichtigt, sich selbständig zu machen und einen Psychiatrie-Spitexdienst aufzubauen (Urk. 95 S. 4 und S. 8). Wie dieser Prozess zeigt, ist seine familiäre Situation von Unruhe und Turbulenzen geprägt. Es ist anzunehmen, dass eine Beruhigung eintreten wird, wenn die Ehe mit der Privatklägerin einmal aufgelöst und die Beziehungen zu den Kindern definitiv geregelt sind. Daraus ergeben sich keine Folgerungen für die Strafzumessung. Er ist nicht vorbestraft (Urk. 82). Im Verfahren war er in Bezug auf den Sachverhalt geständig und verhielt sich kooperativ, was sich strafmindernd auswirkt.

5. Alles in Allem erscheint eine Bestrafung mit einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen dem Verschulden und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten angemessen.

6. Die Vorinstanz hat die Grundsätze der Bemessung des Tagessatzes unter Verweis auf Art. 34 Abs. 2 StGB korrekt angeführt (Urk. 81 S. 20). Angesichts der praktisch unveränderten finanziellen Verhältnisse (vgl. Urk. 90/1 und 2; Urk. 95 S. 6), namentlich eines monatlichen Einkommens von CHF 5'600.00, Unterstützungspflichten für die Kinder von monatlich rund CHF 1'200.00 und den üblichen Auslagen für Steuern und Krankenkasse, erscheint der von der Vorinstanz festgesetzte Tagessatz von CHF 70.00 angemessen und ist zu bestätigen.

7. Die objektiven Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten Strafvollzugs gemäss Art. 42 Abs. 2 StGB sind vorliegend erfüllt. Wie die Vorinstanz zutreffend erwog, ist im Fall des nicht vorbestraften Beschuldigten nichts ersichtlich, was gegen die gesetzliche Vermutung einer günstigen Prognose gemäss Art. 42 Abs. 1 StGB sprechen würde. Der Vollzug der Strafe ist deshalb aufzuschieben. Die Probezeit ist auf zwei Jahre anzusetzen.

IV.

1. Die Privatklägerin verlangte mit ihrer adhäsionsweise geltend gemachten Zivilklage, der Beschuldigte sei zur Bezahlung von Schadenersatz in der Höhe von CHF 4'078.10 zu verpflichten (Urk. 41/1 f.). Die Vorinstanz hiess diese Forderung im Umfang von EUR 630.00 gut und verwies sie im Übrigen wegen unzureichender Begründung des Kausalzusammenhangs auf den Zivilweg (Urk. 81 S. 22 ff.).

2. Der Beschuldigte hat die Forderung der Privatklägerin anlässlich der Berufungsverhandlung im Umfang von EUR 630.– anerkannt (Flugkosten der Privatklägerin vom 18. Juni 2009; Urk. 95 S. 13). Im Mehrbetrag ist die Privatklägerin mit ihrem Schadenersatzbegehren auf den Zivilweg zu verweisen. Der vorinstanzliche Entscheid wurde diesbezüglich nicht angefochten.

V.

Der Beschuldigte obsiegt mit seiner Berufung in Bezug auf die Zivilklage und erhält eine tiefere Strafe, während er in Bezug auf den Schuldpunkt unterliegt. Bei

diesem Ausgang ist der vorinstanzliche Kostenentscheid zu bestätigen. Die Kosten des Berufungsverfahrens sind zur Hälfte dem Beschuldigten zu auferlegen und im Übrigen auf die Gerichtskasse zu nehmen.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte ist schuldig des Entziehens von Unmündigen im Sinne von Art. 220 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu CHF 70.–.
3. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf zwei Jahre festgesetzt.
4. Der Beschuldigte wird gemäss seiner Anerkennung verpflichtet, der Privatklägerin EUR 630.– zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird die Privatklägerin mit ihrem Schadenersatzbegehren auf den Zivilweg verwiesen.
5. Das erstinstanzliche Kostendispositiv (Ziffer 5 und 6) wird bestätigt.
6. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 3'000.–.
7. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden zur Hälfte dem Beschuldigten auferlegt und im Übrigen auf die Gerichtskasse genommen.
8. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an
 - den Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland
 - die Privatklägerin B._____, ... (Adresse) im Dispositivauszug (Ziffer 4)sowie nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
 - das Migrationsamt des Kantons Thurgau
 - die Vorinstanz
 - die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A.

9. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Strafkammer

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. Spiess

lic. iur. Schlegel