

Obergericht des Kantons Zürich

III. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: UE110209-O/U/mp

Mitwirkend: die Obergerichter lic. iur. K. Balmer, Präsident, Dr. P. Martin und Ersatzoberrichter lic. iur. A. Schärer sowie die Gerichtsschreiberin Dr. C. Schoder

Beschluss vom 23. März 2012

in Sachen

A. _____,

Beschwerdeführer

gegen

1. **B.** _____,

2. **C.** _____,

3. **D.** _____,

4. **Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl,**

Beschwerdegegner

1 vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

betreffend **Nichtanhandnahme einer Untersuchung**

Beschwerde gegen die Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 19. August 2011, E-4/2011/3307

Erwägungen:

I.

1. A._____ erstattete am 10. / 13. Juni 2011 bei der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl und am 16. Juni 2011 bei der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland Strafanzeige gegen seine von ihm getrennt lebende Ehefrau, B._____, gegen deren Verwandte, C._____ und D._____, sowie gegen Unbekannt wegen Freiheitsberaubung (Art. 183 f. StGB) und Entziehung von Unmündigen (Art. 220 StGB) bzw. Gehilfenschaft dazu. Er wirft seiner Ehefrau vor, im Zeitraum vor dem 27. Mai 2011 zusammen mit den beiden gemeinsamen Kindern, E._____ (geboren am tt.mm.2005) und F._____ (geboren am tt.mm.2009), ihre Wohnung verlassen und die Kinder nach H._____ [Land] bzw. an einen ihm nicht bekannten Ort verbracht zu haben. Des Weiteren soll B._____ die Fürsorge- und Erziehungspflicht bezüglich ihrer Tochter G._____ (geboren am tt.mm.1997) verletzt haben (Art. 219 StGB).

2. Am 19. August 2011 entschied die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl, die Untersuchung nicht anhand zu nehmen (Urk. 5). Zur Begründung führte sie aus, dass das Verbringen der Kinder an einen anderen Aufenthaltsort durch einen Elternteil, der das Sorgerecht innehat, nicht unter den Tatbestand von Art. 183 StGB falle. Der Tatbestand der Entziehung von Unmündigen sei ebenfalls nicht erfüllt. A._____ habe den Aufenthaltsort seiner Kinder stets gekannt. Zudem habe B._____ die Kinder nicht deshalb ins Ausland verbracht, um sie dem Vater zu entziehen, sondern um mit ihnen zusammen den siebzigsten Geburtstag des Grossvaters zu feiern. Der subjektive Tatbestand könne daher nicht erfüllt sein. Nach der Rückkehr aus H._____ habe B._____ mit den Kindern während zwei Wochen bei ihrem Onkel D._____ gewohnt. Während dieser Zeit habe das Bezirksgericht Zürich auf Antrag von B._____ am 10. Juni 2011 das Getrenntleben der Eheleute bewilligt und der Gesuchstellerin einstweilen die Obhut über die gemeinsamen Kinder E._____ und F._____ zugeteilt. Ein strafbares Verhalten im Sinne der Anzeige komme daher für den Zeitraum nach dem 10. Juni 2011 nicht in Betracht. Auch gebe es keine konkreten Verdachtsmomente, dass B._____ ihre

Fürsorge- und Erziehungspflicht bezüglich ihrer Tochter G._____ verletzt haben könnte.

3. Mit Eingabe vom 10. Oktober 2011 (Urk. 2) erhob A._____ (nachfolgend: Beschwerdeführer) gegen die Nichtanhandnahmeverfügung der Staatsanwaltschaft beim Obergericht des Kantons Zürich Beschwerde und stellte folgende Anträge: Die Staatsanwaltschaft sei zu verpflichten, die Strafuntersuchung durchzuführen und zur Anklage zu bringen (Antrag 1). Es sei dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen (Antrag 2). Infolge "Verdunkelungsgefahr" durch die Beamten der Kantonspolizei Zürich sei eine neutrale ausserkantonale Stelle mit der Strafuntersuchung zu beauftragen (Antrag 3). Die Strafuntersuchung gegen B._____, C._____, D._____, I._____ und J._____ sei je in einem separaten Verfahren durchzuführen (Antrag 4). Im Sinne des Kinderschutzes seien die Kinder E._____ und F._____ der Kindsmutter sofort zu entziehen (Antrag 5).

4. Die Staatsanwaltschaft verzichtete am 30. Januar 2012 auf Stellungnahme (Urk. 11). Mit Eingabe vom 6. Februar 2012 liess sich B._____ (nachfolgend: Beschwerdegegnerin 1) vernehmen und stellte ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 8).

5. Mit Verfügung vom 17. Februar 2012 (Urk. 13) wies der Präsident der III. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege ab. Das Gesuch der Beschwerdegegnerin 1 um unentgeltliche Rechtspflege nahm er als Gesuch um Bestellung eines amtlichen Verteidigers entgegen und erwog, dass es sich rechtfertige, darüber in einem späteren Zeitpunkt zu entscheiden. Gleichzeitig übermittelte der Präsident der III. Strafkammer dem Beschwerdeführer die Stellungnahme der Beschwerdegegnerin 1 zur freigestellten Äusserung innert 10 Tagen.

6. Die per Gerichtsurkunde zugestellte Verfügung vom 17. Februar 2012 wurde vom Beschwerdeführer nicht abgeholt (Urk. 14).

II.

1. Gegen Verfügungen und Verfahrenshandlungen der Staatsanwaltschaft kann beim Obergericht Beschwerde nach den Vorschriften der Art. 393 ff. StPO erhoben werden (Art. 393 Abs. 1 lit. a StPO i.V.m. § 49 GOG). Hingegen ist das Obergericht als Beschwerdeinstanz in Strafsachen für die Anordnung von Kinderschutzmassnahmen nicht zuständig. Auf den Antrag des Beschwerdeführers, der Kindsmutter seien die Kinder E. _____ und F. _____ sofort zu entziehen, ist folglich nicht einzutreten. Ebenfalls nicht zuständig ist das Obergericht zur Beurteilung von Ausstandsbegehren gegen Beamte der Kantonspolizei (vgl. § 59 StPO). Auch auf den Antrag, das Untersuchungsverfahren sei "wegen Verdunkelungsgefahr" durch die Beamten der Kantonspolizei einer ausserkantonalen Stelle zu übertragen, ist nicht einzutreten. Ob der sinngemäss lautende Antrag, der Staatsanwaltschaft sei die Weisung zu erteilen, die Strafuntersuchung gegen die beanzeigten Personen B. _____, C. _____, D. _____, I. _____ und J. _____ je in einem getrennten Verfahren durchzuführen, zulässig ist (vgl. dazu JEREMY STEPHENSON/GILBERT THIRIET, Basler Kommentar StPO, 2011, N. 7 zu Art. 397 StPO), kann im Hinblick auf den Verfahrensausgang offen bleiben.

2. Die Staatsanwaltschaft eröffnet eine Untersuchung, wenn sich aus den Informationen und Berichten der Polizei, aus der Strafanzeige oder aus ihren eigenen Feststellungen ein hinreichender Tatverdacht ergibt (Art. 309 Abs. 1 lit. a StPO). Die Staatsanwaltschaft verzichtet auf die Eröffnung, wenn sie sofort eine Nichtanhandnahmeverfügung oder einen Strafbefehl erlässt (Art. 309 Abs. 4 StPO). Die Nichtanhandnahme wird verfügt, sobald aufgrund der Strafanzeige oder des Polizeirapports feststeht, dass die fraglichen Straftatbestände oder die Prozessvoraussetzungen eindeutig nicht erfüllt sind (Art. 310 Abs. 1 lit. a StPO). Ersteres ist der Fall, wenn sicher ist, dass der Sachverhalt unter keinen Straftatbestand fällt, es also klarerweise an einem strafbaren Verhalten fehlt (BGE 137 I 285 E. 2.3; Urteile des Bundesgerichts 1B_587/2011 vom 24. November 2011 E. 2; 1B_514/2011 vom 2. Dezember 2011 E. 3.2).

3.

3.1 Wer jemanden unrechtmässig festnimmt oder gefangen hält oder jemandem in anderer Weise unrechtmässig die Freiheit entzieht, wer jemanden durch Gewalt, List oder Drohung entführt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft (Art. 183 Ziff. 1 StGB). Ebenso wird bestraft, wer jemanden entführt, der urteilsunfähig, widerstandsunfähig oder noch nicht 16 Jahre alt ist (Art. 183 Ziff. 2 StGB). Art 184 StGB nennt qualifizierende Umstände des gegen die Bewegungsfreiheit der betroffenen Person gerichteten Straftatbestandes. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 183 StGB begeht der Inhaber der elterlichen Sorge, der das Recht zur Bestimmung des faktischen Aufenthalts des Kindes hat, keine Entführung, wenn er das Kind an einen anderen Ort verbringt. Anders verhält es sich erst, wenn das Obhutsrecht aufgrund von Eheschutzmassnahmen (Art. 176 Abs. 3 ZGB) oder vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren (Art. 137 ZGB) einem Elternteil allein zugeteilt wird. In einem solchen Fall ist der andere Elternteil nicht mehr berechtigt, über den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen. Wechselt er dennoch eigenmächtig dessen Aufenthaltsort, liegt unter den Voraussetzungen von Art. 183 Ziff. 2 StGB eine Entführung vor (BGE 126 IV 221 E. 1b; Urteil des Bundesgerichts 6B_685/2007 vom 5. März 2008 E. 3.3).

3.2 Die Staatsanwaltschaft erachtete den Tatbestand von Art. 183 Ziff. 2 StGB als nicht erfüllt, weil die Beschwerdegegnerin 1 im Mai 2011, als sie zusammen mit ihren Kindern E._____ und F._____ nach H._____ fuhr, Inhaberin der elterlichen Sorge gewesen sei und somit das Recht gehabt habe, den Aufenthaltsort der Kinder zu bestimmen. Diese Rechtsauffassung ist nicht zu beanstanden. Aus den Akten ergibt sich, dass bis zum 10. Juni 2011 beide Eltern das Sorgerecht über die gemeinsamen Kinder innehatten und dass überdies der Kindsmutter am 10. Juni 2011 im Rahmen eines auf ihr Begehren eingeleiteten Eheschutzverfahrens die elterliche Obhut über die Kinder E._____ und F._____ übertragen wurde (Urk. 12 / HD 4/1). Die Staatsanwaltschaft ging somit zu Recht davon aus, dass der Tatbestand von Art. 183 Ziff. 2 StGB nicht erfüllt sein kann, weshalb die Einleitung einer Strafuntersuchung wegen Verletzung von Art. 183 f. StGB ausser Betracht fällt.

4.

4.1 Wer eine unmündige Person dem Inhaber der elterlichen oder der vormundschaftlichen Gewalt entzieht oder sich weigert, sie ihm zurückzugeben, wird, auf Antrag, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft (Art. 220 StGB). Geschütztes Rechtsgut ist primär die Befugnis des Inhabers der elterlichen Sorge, über die unmündige Person, insbesondere ihren Aufenthaltsort, ihre Erziehung und ihre Lebensgestaltung zu bestimmen, mittelbar aber auch der Familienfrieden bzw. das Kindeswohl (BGE 128 IV 154 E. 3.1). Solange beide Eltern die elterliche Gewalt gemeinsam innehaben, kommen beide als Täter in Frage. Der Tatbestand des Entziehens von Unmündigen schützt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung den Mitinhaber der elterlichen Gewalt in seiner Befugnis, über den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen (BGE 125 IV 14 E. 2a; 118 IV 61 E. 2a; Urteile des Bundesgerichts 6P.21/2007 und 6S.57/2007 vom 20. April 2007 E. 6.2). Ein Teil der Lehre vertritt die Ansicht, dass das Tatbestandselement des Entziehens das Verbringen des unmündigen Kindes an einen neuen Aufenthaltsort voraussetzt, was bedeutet, dass das Kind dem Berechtigten dauernd oder doch für eine längere Zeit vorenthalten wird. Das Mitnehmen des Kindes auf einen Ausflug reicht nach dieser Lehrmeinung zur Erfüllung von Art. 220 StGB nicht aus (ANDREAS ECKERT, in: Basler Kommentar StPO, 2. Aufl., 2007, N. 23 zu Art. 220 StGB; ANDREAS DONATSCH/WOLFGANG WOHLERS, Strafrecht IV, 3. Aufl., 2004, S. 26; STEFAN TRECHSEL/CHARLOTTE CHRISTENER-TRECHSEL, Praxiskommentar StGB, 2008, N.3 zu Art. 220 StGB; JOSÉ HURTADO POZO, Droit pénale, partie spéciale, 2009, N. 3558). In subjektiver Hinsicht verlangt der Straftatbestand vorsätzliches Handeln (Art. 12 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 220 StGB).

4.2 Die Staatsanwaltschaft erachtet den Tatbestand von Art. 220 StGB als nicht erfüllt, weil die Beschwerdegegnerin 1 die Kinder nicht ins Ausland verbrachte, um dem Vater die elterliche Sorge zu entziehen, sondern um den siebzigsten Geburtstag des Grossvaters zu feiern. Laut Akten reiste die Beschwerdeführerin am 25./26. Mai 2011 nach K._____ [Stadt in H._____] (Urk. 12 / HD1 S. 5). Der Geburtstag fand am 28. Mai 2011 statt (Urk.12 / HD 4/9). Am 30. Mai 2011 kehrte die Beschwerdegegnerin 1 mit den Kindern nach Zürich zurück (Urk. 12 / HD1 S. 5). Unter diesen Umständen ist (zumindest nach einem Teil der Lehre) fraglich, ob

das objektive Tatbestandsmerkmal des Entziehens durch das Verbringen der Kinder an einen anderen Aufenthaltsort erfüllt ist, da die Beschwerdeführerin mit den Kindern lediglich eine kurz andauernde Reise unternahm. Wie die Staatsanwaltschaft zu Recht annahm, ist vorliegend aber in erster Linie entscheidend, dass der Wille der Beschwerdegegnerin 1 nicht darauf ausgerichtet war, die Kinder dem Beschwerdeführer vorzuenthalten, sondern dass es ihr darum ging, mit den Kindern den Geburtstag des Grossvaters zu feiern. Ein in subjektiver Hinsicht strafbares Verhalten seitens der Beschwerdeführerin ist nicht erkennbar. Nach der Rückkehr aus H._____ verbrachte die Beschwerdeführerin mit den beiden Kindern zunächst zwei Wochen bei ihrem Onkel in L._____, wobei sie, wie bereits gesagt, in dieser Zeit den Eheschutzrichter des Bezirks Zürich um Bewilligung des Getrenntlebens ersuchte. Diesem Gesuch wurde am 10. Juni 2011 stattgegeben, der Beschwerdeführerin die Obhut über die Kinder übertragen und die eheliche Wohnung zur alleinigen Benützung zugewiesen (Urk. 12 / HD 4/1). Am 19. August 2011 auferlegte das Zwangsmassnahmengericht am Bezirksgericht Zürich dem Beschwerdeführer überdies ein Rayon- und Kontaktverbot gegenüber der Beschwerdegegnerin 1, der nicht gemeinsamen Tochter G._____ und den gemeinsamen Kindern E._____ und F._____ (Urk. 12 / Im Nachgang zu den Akten). Bei dieser Sachlage hat die Staatsanwaltschaft zu Recht davon abgesehen, gegen die Beschwerdegegnerin 1 und weitere Personen eine Strafuntersuchung wegen Verletzung von Art. 220 StGB einzuleiten.

5.

5.1 Wer seine Fürsorge- oder Erziehungspflicht gegenüber einer unmündigen Person verletzt oder vernachlässigt und sie dadurch in ihrer körperlichen oder seelischen Entwicklung gefährdet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft (Art. 219 Ziff. 1 StGB). Handelt der Täter fahrlässig, so kann statt auf Freiheitsstrafe oder Geldstrafe auf Busse erkannt werden (Art. 219 Ziff. 2 StGB).

5.2 Laut Staatsanwaltschaft liegen entgegen den Behauptungen des Beschwerdeführers keine konkreten Hinweise vor, dass die Beschwerdegegnerin 1 ihre Fürsorge- und Erziehungspflicht gegenüber der nicht gemeinsamen Tochter

G._____ verletzt oder vernachlässigt hätte. Eine nochmalige Durchsicht der Akten führt zu keinem anderen Ergebnis. Im Gegenteil kann diesen entnommen werden, dass die Beschwerdegegnerin 1 die Einleitung des Eheschutzverfahrens auch zum Schutz der Kinder anbegehrte, da sich der Beschwerdeführer nicht nur gegenüber ihr, sondern auch gegenüber den Kindern und insbesondere gegenüber der nicht gemeinsamen Tochter G._____ sehr aggressiv verhalten habe (Urk. 12 / HD 4/1 S. 2 f.). Die Beschwerdegegnerin 1 stellte sich durch ihr Verhalten schützend vor ihre Tochter. Eine Verletzung der Fürsorgepflicht ist nicht ersichtlich. Die Staatsanwaltschaft hat bezüglich Art. 219 StGB zu Recht keine Strafuntersuchung anhand genommen.

6. Nach dem Gesagten erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Die weiteren Vorbringen des Beschwerdeführers sind nicht Gegenstand der angefochtenen Nichtanhandnahmeverfügung, weshalb darauf nicht weiter einzugehen ist.

Bei diesem Verfahrensausgang hat der Beschwerdeführer die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Dem Gesuch der Beschwerdegegnerin 1 um Bestellung von Rechtsanwältin lic. iur. X._____ als amtliche Verteidigerin wird stattgegeben. Diese wird aus der Gerichtskasse mit Fr. 500.-- zuzüglich MWST von 8% entschädigt. Den Beschwerdegegnern 2 und 3 wird mangels Aufwendungen keine Entschädigung zugesprochen.

Es wird verfügt:

(Oberrichter lic. iur. K. Balmer)

1. Rechtsanwältin lic. iur. X._____, ..., wird als amtliche Verteidigerin der Beschwerdegegnerin 1 ernannt und für das vorliegende Beschwerdeverfahren aus der Gerichtskasse mit Fr. 540.-- entschädigt.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Beschluss.

3. Rechtsmittel:

Gegen diese Verfügung kann innert **10 Tagen** ab Zustellung bei der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts, Postfach 2720, 6501 Bellinzona, schriftlich und begründet **Beschwerde** geführt werden (Art. 135 Abs. 3 bzw. Art. 138 Abs. 1 i.V.m. Art. 384 lit. b und Art. 396 Abs. 1 StPO sowie Art. 37 Abs. 1 StBOG).

Es wird beschlossen:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Die Verfahrenskosten, bestehend aus
 - Gerichtsgebühr von Fr. 500.--
 - Auslagen für die amtliche Verteidigung von Fr. 540.--werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
3. Schriftliche Mitteilung an:
 - den Beschwerdeführer (gegen Gerichtsurkunde);
 - die amtliche Verteidigerin der Beschwerdegegnerin 1, zweifach, für sich und die Beschwerdegegnerin 1 (gegen Gerichtsurkunde);
 - die Beschwerdegegner 2 und 3 (gegen Gerichtsurkunde);
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl, unter Rücksendung der Akten E-4/2011/3307 (gegen Empfangsschein);
 - das Zentrale Inkasso des Obergerichts des Kantons Zürich.
4. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden. Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang an gerechnet, bei der Ersten öffentlich-rechtlichen 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.

Zürich, 23. März 2012

Obergericht des Kantons Zürich
III. Strafkammer

Präsident:

Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Balmer

Dr. C. Schoder