

Obergericht des Kantons Zürich

III. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: UE130100-O/U/br

Mitwirkend: die Obergerichter lic. iur. Th. Meyer, Präsident, lic. iur. W. Meyer und der Ersatzobergerichter Dr. T. Graf sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Borer

Beschluss vom 19. August 2013

in Sachen

A._____,
Beschwerdeführerin

vertreten durch **B.**_____

gegen

1. **C.**_____,
2. **Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl,**
Beschwerdegegner

betreffend **Nichtanhandnahme**

**Beschwerde gegen die Nichtanhandnahmeverfügung der
Staatsanwaltschaft Zürich - Sihl vom 28. März 2013, E-1/2012/4828**

Erwägungen:

I.

1. Am 4. Juli 2012 erstattete B. _____ als Vertreterin ihrer Enkelin A. _____ (nachfolgend: Beschwerdeführerin) bei der Kantonspolizei Zürich Anzeige gegen C. _____ (nachfolgend: Beschwerdegegner 1) wegen Veruntreuung etc. (Urk. 11/1 S. 1, 3). Am 28. März 2013 entschied die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl (nachfolgend: Staatsanwaltschaft), dass eine Untersuchung gegen den Beschwerdegegner 1 nicht anhand genommen werde (Urk. 4/1 = Urk. 6 = Urk. 11/8). Dagegen liess die Beschwerdeführerin durch ihre Vertreterin, B. _____, mit Eingabe vom 12. April 2013 fristgerecht Beschwerde erheben und sinngemäss die Aufhebung der Nichtanhandnahmeverfügung und die Durchführung einer Strafuntersuchung beantragen (Urk. 2, Beilagen: Urk. 4/1-8).
2. Mit Verfügung vom 29. April 2013 wurde dem Beschwerdegegner 1 die Beschwerdeschrift samt den Beilagen Urk. 4/3, 4/6 und 4/8 und der Staatsanwaltschaft die Beschwerdeschrift samt den Beilagen Urk. 4/2-8 zur (freigestellten) Stellungnahme innert Frist übermittelt (Urk. 7 = Prot. S. 2). Während der Beschwerdegegner 1 in seiner Stellungnahme vom 5. Mai 2013 sinngemäss die Abweisung der Beschwerde beantragt (Urk. 8, Beilagen: Urk. 9/1-5), beantragt die Staatsanwaltschaft in ihrer Stellungnahme vom 3. Mai 2013, es sei auf die Beschwerde nicht einzutreten, eventualiter sei sie abzuweisen (Urk. 10). Mit Verfügung vom 30. Mai 2013 wurden beide Stellungnahmen samt den Beilagen der Beschwerdeführerin zur freigestellten Replik innert Frist zugesandt (Urk. 12 = Prot. S. 3). Am 9. Juli 2013 ging im Verfahren UE130085 am hiesigen Gericht ein Schreiben der Vertreterin der Beschwerdeführerin vom 7. Juli 2013 ein, in welchem sich diese erneut zu den gegen den Beschwerdegegner 1 erhobenen Vorwürfen äussert, weshalb das besagte Schreiben zu den Akten im vorliegenden Verfahren genommen wurde (Urk. 13, Beilagen: Urk. 14/1-3). Die Eingabe der Beschwerdeführerin vom 7. Juli 2013 erfolgte nicht innerhalb der mit Verfügung vom 30. Mai 2013 angesetzten Frist. Da indes die Parteien jederzeit Eingaben machen können und den anderen Parteien

Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben ist (Art. 109 StPO), wurde die Eingabe dennoch samt Beilagen der Staatsanwaltschaft und dem Beschwerdegegner 1 mit Einschreiben "Zustellung von Rechtsschriften" vom 9. Juli 2013 zugesandt (Urk. 16/1-2; Prot. S. 4). Weder die Staatsanwaltschaft noch der Beschwerdegegner 1 liessen sich innert Frist vernehmen. Damit erweist sich das Verfahren als spruchreif.

3. Wegen Krankheit eines Richters ergeht der Entscheid nicht in der den Parteien in der Verfügung vom 29. April 2013 angekündigten Besetzung.

II.

1. Dem Beschwerdegegner 1 wird von Seiten der Beschwerdeführerin zusammengefasst vorgeworfen, er habe – ohne hierzu berechtigt gewesen zu sein – am 7. Januar 2005 Bargeld in der Höhe von Fr. 32'250.– aus der Wohnung von †D._____ (Ex-Mann von B._____ und Grossvater der Beschwerdeführerin) genommen, während Letzterer im Spital gelegen habe und kurz bevor dieser am 11. Januar 2005 verstorben sei. Ein Mandatsverhältnis zwischen †D._____ und dem Beschwerdegegner 1 habe nicht bestanden. Von dem entwendeten Geld habe der Beschwerdegegner 1 Fr. 11'310.95 unrechtmässig mit seiner Honorarnote für ein Ehrverletzungsverfahren innerhalb der Familie verrechnet und den Restbetrag über Fr. 20'939.05 erst nach Intervention von B._____ bzw. der Vormundschaftsbehörde über ein Jahr später, am 15. August 2006, zurückerstattet. Die Fr. 32'250.– seien indessen Bestandteil der Erbmasse, welche der Beschwerdeführerin als Alleinerbin zustehe (vgl. Urk. 11/1 S. 2 f.; vgl. Urk. 11/4 S. 2; vgl. Urk. 11/5 S. 2-5).

2. Die Staatsanwaltschaft nahm eine Untersuchung gestützt auf Art. 310 Abs. 1 lit. a StPO nicht anhand und erwog, es sei nicht erkennbar, dass sich der Beschwerdegegner 1 strafrechtlich schuldig gemacht habe. Zum einen habe er die Wohnung von †D._____ zusammen mit der Polizei aufgesucht und sich so korrekt verhalten. Zum anderen sei die Verrechnung mit einer zu Lebzeiten von †D._____ entstandenen Honorarforderung legitim. Selbst wenn die Verrechnung zivilrechtlich unzulässig wäre, wäre kein Straftatbestand erfüllt, zumal der

Beschwerdegegner 1 nicht die Absicht gehabt habe, sich unrechtmässig zu bereichern. Dass er sein Honorar nicht habe einfordern dürfen, werde seitens der Beschwerdeführerin nicht geltend gemacht (Urk. 6 S. 3 f.).

3. In ihrer Beschwerde rügt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen zusammengefasst, der Sachverhalt sei in der Nichtanhandnahmeverfügung falsch wiedergegeben worden. Namentlich sei der Beschwerdegegner 1 weder †D.____s Rechtsvertreter gewesen, noch hätte er das Geld an sich nehmen dürfen, noch habe er gegen †D.____ eine offene Forderung gehabt (Urk. 2).

4. Die Staatsanwaltschaft bestreitet in ihrer Stellungnahme zunächst die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin, da ihr keine Geschädigtenstellung zukomme und Art. 121 StPO nicht anwendbar sei, zumal die Strafanzeige nicht zu Lebzeiten des Geschädigten erstattet worden sei. Soweit die Staatsanwaltschaft eventualiter die Abweisung der Beschwerde beantragt, verweist sie auf die Erwägungen in der Nichtanhandnahmeverfügung (Urk. 10).

5. Der Beschwerdegegner 1 bestreitet in seiner Stellungnahme sämtliche Vorwürfe (Urk. 8).

6.1 Vorliegend stellt sich zunächst die Frage der Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin. Zur Anfechtung einer Nichtanhandnahmeverfügung berechtigt sind gemäss Art. 310 Abs. 2 i.V.m. Art. 322 Abs. 2 StPO die Parteien. Art. 382 Abs. 1 StPO konkretisiert dies und hält fest, dass die Partei, um ein Rechtsmittel ergreifen zu können, zusätzlich ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung eines Entscheides haben muss. Partei ist neben dem Beschuldigten und der Staatsanwaltschaft auch die Privatklägerschaft (Art. 104 Abs. 1 StPO). Gemäss Art. 118 Abs. 1 StPO gilt als Privatklägerschaft die geschädigte Person, die ausdrücklich erklärt, sich am Strafverfahren als Straf- oder Zivilkläger zu beteiligen. Dabei gilt als geschädigt diejenige Person, die durch die Straftat in ihren Rechten unmittelbar verletzt worden ist (Art. 115 Abs. 1 StPO). Unmittelbar verletzt sind die Träger des durch die verletzte Strafnorm geschützten Rechtsgutes. Bloss mittelbar verletzt und damit keine Geschädigte

im Sinne von Art. 115 Abs. 1 StPO sind hingegen die Rechtsnachfolger der unmittelbar verletzten Person, wie namentlich deren Erben (Urteil 1B_298/2012 vom 27.8.2012 Erw. 2.3.2; vgl. Mazzucchelli/Postizzi, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], BSK StPO, Basel 2011, Art. 115 N 26). Vorliegend geht es um Geld, welches ursprünglich dem verstorbenen †D._____ gehörte. Nach den vorstehenden Ausführungen ist für die Frage der Geschädigtenstellung danach zu differenzieren, ob der Beschwerdegegner 1 die ihm zur Last gelegten Handlungen vor oder nach †D._____s Tod am tt. Januar 2005 ausgeführt haben soll.

6.2.1 Zunächst wird dem Beschwerdegegner 1 vorgeworfen, am 7. Januar 2005, also noch zu †D._____s Lebzeiten, unrechtmässig Geld aus dessen Wohnung genommen zu haben. Betroffen von dieser angeblichen Entwendung war somit allein das Vermögen von †D._____. Die Beschwerdeführerin hatte diesen zu jenem Zeitpunkt noch nicht beerbt, und ist daher insoweit auch nicht unmittelbar Geschädigte i.S.v. Art. 115 Abs. 1 StPO. Nachfolgend ist indessen zu prüfen, ob und gegebenenfalls inwieweit der Beschwerdeführerin als Alleinerbin des unmittelbar geschädigten †D._____ (vgl. Urk. 11/6/1) Verfahrensrechte zukommen.

6.2.2 Nach Art. 382 Abs. 3 StPO können nach dem Tod der Privatklägerschaft die Angehörigen im Sinne von Art. 110 Abs. 1 StGB in der Reihenfolge ihrer Erbberechtigung ein Rechtsmittel ergreifen, soweit sie in ihren rechtlich geschützten Interessen betroffen sind. Damit wird der Grundsatz der Rechtsnachfolge von Art. 121 StPO weitergeführt, weshalb Art. 382 Abs. 3 StPO zusammen mit dieser Bestimmung zu lesen ist (vgl. Urteil 1B_298/2012 vom 27.8.2012 Erw. 2.4.1). Stirbt demnach die geschädigte Person, ohne auf ihre Verfahrensrechte als Privatklägerschaft verzichtet zu haben, gehen ihre Rechte, und damit auch die Möglichkeit, sich als Privatkläger zu konstituieren, auf die Angehörigen über (vgl. Schmid, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich/St. Gallen 2009, N 700). Dabei ist unerheblich, aus welchem Grund der Geschädigte stirbt und ob dies vor oder nach Einleitung des Strafverfahrens geschieht (vgl. Mazzucchelli/Postizzi, a.a.O., Art. 121 N 7). Anzumerken ist, dass am 1. Januar 2011 die neue, eidgenössische

Strafprozessordnung (StPO) in Kraft getreten ist. Art. 121 StPO ist indes auch in denjenigen Fällen anwendbar, in welchen die Nachfolge wie vorliegend noch unter der Geltung des früheren Prozessrechts eingetreten ist (Schmid, Übergangsrecht der schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), Zürich 2010, S. 35).

In der Lehre ist umstritten, ob Angehörige einer verstorbenen geschädigten Person sowohl zur Straf- als auch zur Zivilklage oder nur zur Letzterer berechtigt sind. Während Mazzucchelli/Postizzi im Basler Kommentar dafürhalten, dass die erbberechtigten Angehörigen ohne Opfereigenschaft keine Legitimation zur Strafklage hätten (vgl. Mazzucchelli/Postizzi, a.a.O., Art. 121 N 21), vertritt Schmid die Meinung, die Angehörigen könnten auch Strafklage erheben, da Art. 121 Abs. 1 StPO nicht auf die Zivilklage beschränkt sei (Schmid, StPO Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2009, Art. 121 N 2). Auch Riedo/Fiolka/Niggli halten dafür, dass die Angehörigen gemäss Art. 121 Abs. 1 StPO zum Einreichen einer Zivil- und/oder einer Strafklage berechtigt sind (Riedo/Fiolka/Niggli, Strafprozessrecht sowie Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2011, N 896). Für die Ansicht, wonach die Angehörigen auch zum Einreichen einer Strafklage berechtigt sind, sprechen wohl auch die Ausführungen zu Art. 121 Abs. 2 StPO in der Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005 und die dort erwähnten Beispiele (vgl. BBl 2006 S. 1172), denen nicht zu entnehmen ist, dass von Art. 121 Abs. 2 StPO auch die Universalsukzession kraft Erbschaft gemäss Abs. 1 der genannten Bestimmung erfasst sein soll. Es ist somit davon auszugehen, dass die Angehörigen, auf welche die Rechte gemäss Art. 121 Abs. 1 StPO übergegangen sind, nicht nur zur Einreichung einer Zivilklage befugt sind, sondern auch Strafklage im Sinne von Art. 119 Abs. 2 lit. a StPO einreichen können.

Die Beschwerdeführerin ist die Enkelin des unmittelbar geschädigten †D.____s – und damit Angehörige i.S.v. Art. 110 Abs. 1 StGB – und dessen alleinige Erbin (vgl. Urk. 11/6/1+1a). Ein Verzicht von †D.____ auf seine Verfahrensrechte liegt nicht vor, zumal er noch vor der Anzeigeerstattung und vor Einleitung eines Strafverfahrens verstarb und dementsprechend gar keine

Gelegenheit hatte, sich über eine allfällige Beteiligung am Verfahren zu äussern. Somit gingen die Rechte von †D._____ und damit auch die Möglichkeit, sich als Privatkläger zu konstituieren, auf die Beschwerdeführerin als †D._____s Rechtsnachfolgerin über.

6.2.3 Eine formelle Konstituierung der Beschwerdeführerin zur Privatklägerschaft findet sich in den Akten indes nicht. Grundsätzlich können Geschädigte bzw. ihre Rechtsnachfolger, die sich bis zum Abschluss des Vorverfahrens nicht als Privatkläger konstituiert haben, mangels Parteistellung keine Beschwerde gegen Entscheide der Staatsanwaltschaft erheben. Diese Einschränkung gilt jedoch aufgrund des Anspruchs auf rechtliches Gehör dann nicht, wenn die betreffende Person noch keine Gelegenheit hatte, sich zur Frage der Konstituierung zu äussern, wie namentlich bei einer Nichtanhandnahmeverfügung. Der betreffenden Person sind dann gleichwohl volle Parteirechte einzuräumen (Urteil 1B_298/2012 vom 27.8.2012 Erw. 2.1 m.H.; vgl. Urteil 1B_646/2012 vom 3.7.2013 Erw. 1.2; Lieber, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur StPO, Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 382 N 15). Dabei trifft die Strafverfolgungsbehörde eine entsprechende Auf- und Abklärungspflicht (vgl. Art. 118 Abs. 4 StPO), deren Versäumnis nicht zu einer Verwirkung der Verfahrensrechte der geschädigten Person bzw. ihres Rechtsnachfolgers führen darf. Vorliegend hat die Staatsanwaltschaft die Nichtanhandnahme des Verfahren verfügt, ohne der Beschwerdeführerin zuvor die Gelegenheit zu geben, sich als Privatklägerin zu konstituieren. Dementsprechend ist die formelle Konstituierung der Beschwerdeführerin als Privatklägerin für die Bejahung der Beschwerdelegitimation nicht erforderlich. Nachdem wie ausgeführt Rechtsnachfolger i.S.v. Art. 121 StPO auch Strafklage einreichen können und da eine rechtskräftige Nichtanhandnahmeverfügung einem freisprechenden Endentscheid gleichkommt (Art. 310 Abs. 2 i.V.m. Art. 320 Abs. 4 StPO), ist die Beschwerdeführerin durch die Nichtanhandnahme einer Strafuntersuchung in ihren rechtlich geschützten Interessen betroffen. Ihre Beschwerdelegitimation ist daher – soweit es um vor †D._____s Tod vorgenommene Handlungen geht – gestützt auf Art. 382 Abs. 3 i.V.m. Art. 121 Abs. 1 StPO zu bejahen.

6.3 Sodann wird dem Beschwerdegegner 1 vorgeworfen, zu Unrecht einen Teil des Geldes aus †D. _____s Wohnung nicht zurückbezahlt bzw. mit einer eigenen Forderung verrechnet zu haben. Insoweit handelt es sich um nach †D. _____s Tod vorgenommene Handlungen zum Nachteil dessen Nachlasses. Als Alleinerbin von †D. _____ (vgl. Urk. 11/6/1) ist somit die Beschwerdeführerin in ihren Rechten unmittelbar verletzt und gilt demnach insoweit als Geschädigte i.S.v. Art. 115 Abs. 1 StPO (vgl. Urteil 1B_348/2012 vom 3.10.2012 Erw. 1.2.6). Wie bereits vorstehend unter Ziffer 6.2.3 ausgeführt, ist vorliegend zur Bejahung der Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin die formelle Konstituierung zur Privatklägerschaft nicht erforderlich, zumal sie hierfür noch gar keine Gelegenheit hatte. Entsprechend ist es ausreichend, dass ihr Geschädigtenstellung i.S.v. Art. 115 Abs. 1 StPO zukommt (vgl. Urteil 1B_298/2012 vom 27.8.2012 Erw. 2.2). Als solche hat sie an der Aufhebung einer Verfügung, mit welcher eine Strafuntersuchung nicht anhand genommen wird, ein rechtlich geschütztes Interesse. Somit ist die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin auch insoweit zu bejahen, als von der angefochtenen Verfügung Handlungen betroffen sind, welche nach †D. _____s Tod vorgenommen wurden.

6.4 Nach den vorstehenden Ausführungen ist zusammenfassend festzuhalten, dass die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin vollumfänglich zu bejahen ist. Auf ihre Beschwerde ist somit einzutreten.

7. Die Staatsanwaltschaft verzichtet auf die Eröffnung einer Untersuchung, wenn sie sofort eine Nichtanhandnahmeverfügung oder einen Strafbefehl erlässt (Art. 309 Abs. 4 StPO). Die Nichtanhandnahme wird unter anderem verfügt, wenn 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). Nach dem Wortlaut von Art. 310 Abs. 1 lit. a StPO muss somit feststehen, dass "die fraglichen Straftatbestände (...) eindeutig nicht erfüllt sind". Es muss mit anderen Worten sicher sein, dass der Sachverhalt unter keinen Straftatbestand fällt, was etwa der Fall ist bei rein zivilrechtlichen Streitigkeiten. Eine Nichtanhandnahme darf nur in sachverhältnismässig und

rechtlich klaren Fällen ergehen. Im Zweifelsfall ist folglich eine Untersuchung zu eröffnen (BGE 137 IV 285 Erw. 2.3; Urteil 1B_158/2012 vom 15.10.2012 Erw. 2.1).

8.1 Seitens der Beschwerdeführerin wird dem Beschwerdegegner 1 unter anderem vorgeworfen, er habe nicht im Auftrag und im Interesse von †D._____ gehandelt und hätte das Geld, mithin die Fr. 32'250.–, nicht aus dessen Wohnung nehmen dürfen.

8.2 Des Diebstahls macht sich schuldig, wer jemandem eine fremde bewegliche Sache zur Aneignung wegnimmt, um sich oder einen andern damit unrechtmässig zu bereichern (Art. 139 Ziff. 1 StGB). Die Tathandlung der Wegnahme besteht im Bruch fremden und in der Begründung neuen Gewahrsams. Gewahrsam bedeutet tatsächliche Sachherrschaft mit dem Willen, sie auszuüben. Der Bruch fremden Gewahrsams besteht sodann in der Aufhebung der faktischen Herrschaftsmöglichkeit ohne oder gegen den Willen des bisherigen Inhabers (BGE 115 IV 104 Erw. 1.c.aa; Urteil 6B_115/2007 vom 24.9.2007 Erw. 5.3.2). Somit liegt keine Wegnahme i.S.v. Art. 139 Ziff. 1 StGB vor, wenn die Sache mit Einwilligung des Gewahrsamsinhabers behändigt wird, es sei denn, die von diesem festgesetzten Bedingungen würden vom Täter nicht erfüllt (Niggli/Riedo, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], BSK StGB II, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 139 N 53 f.; BGE 103 IV 83 Erw. 1c; BGE 104 IV 72 Erw. 1.b).

Gemäss Rapport der Stadtpolizei Zürich vom 22. Januar 2005, verfasst vom Polizeibeamten Kpl E._____ (nachfolgend: E._____), hatte dieser †D._____ am 6. Januar 2005 im Spital aufgesucht. Laut Rapport erklärte †D._____ bei dieser Gelegenheit E._____ in Gegenwart des Beschwerdegegners 1, es befänden sich ca. Fr. 30'000.– bis Fr. 35'000.– im Sekretär, und beauftragte gleichzeitig den Beschwerdegegner 1, den Sekretär im Beisein der Polizei zu öffnen, nachzusehen, was sich noch darin befinde, und das vorhandene Bargeld zur Aufbewahrung an sich zu nehmen. Gemäss Rapport fuhr sodann der Beschwerdegegner 1 am 7. Januar 2005 in Begleitung der beiden Polizeibeamten E._____ und F._____ in die Wohnung von †D._____, wo er das sich in einer offenen Geldkassette befindliche Geld – Fr. 32'250.– in Noten à Fr. 1'000.–,

Fr. 200.– und Fr. 100.– und Hartgeld Fr. 5.– – an sich nahm (Urk. 11/7 S. 4). Es besteht keine Veranlassung, an der Richtigkeit dieses Polizeirapports zu zweifeln. Ausserdem fehlen Anhaltspunkte dafür, es seien anlässlich der rapportierten Auftragserteilung im Spital neben dem verstorbenen †D._____, dem Beschwerdegegner 1 und dem Polizeibeamten E._____ weitere Personen anwesend gewesen, welche die Erteilung des betreffenden Auftrags widerlegen könnten. Ist jedoch von einer solchen Auftragserteilung auszugehen – etwas anderes lässt sich nicht nachweisen – handelte der Beschwerdegegner 1, als er das Geld am 7. Januar 2005 im Beisein von zwei Polizeibeamten an sich nahm, mit †D._____'s Einwilligung. Eine Wegnahme i.S.v. Art. 139 Ziff. 1 StGB lag somit nicht vor, weshalb der objektive Tatbestand des Diebstahls nicht erfüllt ist.

8.3 Sind die besonderen Voraussetzungen von Art. 138 - Art. 140 StGB nicht erfüllt, macht sich der unrechtmässigen Aneignung strafbar, wer sich eine fremde bewegliche Sache aneignet, um sich oder einen andern damit unrechtmässig zu bereichern (Art. 137 Ziff. 1 StGB). Wie ausgeführt, ist vorliegend davon auszugehen, †D._____ sei mit der Entnahme des Geldes aus seiner Wohnung durch den Beschwerdegegner 1 einverstanden gewesen, wobei es sich zum damaligen Zeitpunkt allein um sein, †D._____'s, Geld handelte. Selbst wenn daher dieses Verhalten des Beschwerdegegners 1 den objektiven Tatbestand von Art. 137 StGB erfüllen würde, wäre es durch den Rechtfertigungsgrund der Einwilligung des Verletzten gedeckt, also nicht rechtswidrig, und damit nicht strafbar.

8.4 Nach dem Gesagten besteht somit hinsichtlich der Entnahme der Fr. 32'250.– aus †D._____'s Wohnung kein hinreichender Tatverdacht für ein strafrechtlich relevantes Verhalten des Beschwerdegegners 1, welcher die Einleitung eines Strafverfahrens rechtfertigen würde. Insoweit ist daher die Nichtanhandnahme der Untersuchung durch die Staatsanwaltschaft nicht zu beanstanden. Diesbezüglich ist die Beschwerde abzuweisen.

9.1 Dem Beschwerdegegner 1 wird indes auch vorgeworfen, das an sich genommene Geld im Umfang von Fr. 11'310.95 mit einer Honorarnote verrechnet

und den Rest – Fr. 20'939.05 – erst nach über einem Jahr und nach Intervention von B. _____ bzw. der Vormundschaftsbehörde zurückbezahlt zu haben.

9.2 Veruntreuung gemäss Art. 138 StGB begeht, wer etwas, worüber er mit Willen des Berechtigten die Herrschaft ausübt, pflichtwidrig im eigenen Nutzen verwendet (Treichsel/Crameri, in: Treichsel/Pieth [Hrsg.], Praxiskommentar StGB, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, Art. 138 N 1). Während Abs. 1 von Art. 138 Ziff. 1 StGB die Aneignung anvertrauter fremder Sachen betrifft, bezieht sich Abs. 2 auf Vermögenswerte. Vermögenswerte sind zum einen Forderungen oder Buchgeld und zum anderen Sachen, die für den Täter nicht fremd sind, bezüglich welcher aber ein obligatorischer Anspruch auf Übertragung des Eigentums auf den Treugeber besteht (Niggli/Riedo, a.a.O., Art. 138 N 28 f.). Bei Geld wird nach ständiger Rechtsprechung derjenige Eigentümer, der fremdes Geld mit eigenem vermischt (BGE 136 III 247 Erw. 5; BGE 116 IV 193 Erw. 4; Urteil 6B_415/2011 vom 13.10.2011 Erw. 5.3). Art. 727 ZGB, wonach bei Vermischung beweglicher Sachen Miteigentum entsteht, ist auf die Vermengung von Geld nicht anwendbar (vgl. Urteil 6B_994/2010 vom 7.7.2011 Erw. 5.3.3.1; vgl. Urteil 6B_415/2011 vom 13.10.2011 Erw. 5.3). Somit ist vermischtes Geld nicht mehr fremd. Ebenfalls nicht fremd ist sodann Bargeld, welches mit der ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung hinterlegt wird, dass der Aufbewahrer nicht dieselben Stücke, sondern nur die gleiche Summe zurückzuerstatten habe (Niggli/Riedo, a.a.O., Vor Art. 137 N 46). Wird Bargeld unversiegelt und unverschlossen übergeben, wird eine solche Vereinbarung gesetzlich vermutet (Art. 481 Abs. 2 OR). Als anvertraut gilt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sodann, was jemand mit der Verpflichtung empfängt, es in bestimmter Weise im Interesse des Treugebers zu verwenden, insbesondere es zu verwahren, zu verwalten oder einem anderen abzuliefern. Dabei genügt, dass der Täter ohne Mitwirkung des Treugebers über die Werte verfügen kann, ihm mithin Zugriff auf das fremde Vermögen eingeräumt worden ist (BGE 133 IV 21 Erw. 6.2; Urteil 6B_308/2012 vom 4.2.2013 Erw. 2.2; Urteil 6B_199/2011 vom 10.4.2012 Erw. 5.3.3). Die Übertragung des Vermögenswertes kann durch den Treugeber selber oder durch einen Dritten erfolgen oder auch dadurch, dass der Täter die Sache mit dem Einverständnis des Treugebers an sich genommen hat

(Stratenwerth/Wohlens, StGB Handkommentar, Bern 2007, Art. 138 N 2; BGE 92 IV 89 S. 90; BGE 89 IV 185 Erw. 2). Anvertraut ist eine Sache indes nur, wenn den Täter eine besondere Werterhaltungspflicht trifft, er also verpflichtet ist, das Eigentum der fremden Sache zu wahren bzw. den Wert des empfangenen Vermögenswertes ständig zu erhalten. Eine solche Verpflichtung kann auf ausdrücklicher oder stillschweigender Abmachung beruhen (vgl. BGE 133 IV 21 Erw. 6.2; Urteil 6B_308/2012 vom 4.2.2013 Erw. 2.2; BGE 124 IV 9 Erw. 1a; BGE 120 IV 117 Erw. 2e).

9.3 Wie vorstehend unter Ziffer 8.2 ausgeführt, ist aufgrund des Polizeirapports vom 22. Januar 2005 davon auszugehen, der Beschwerdegegner 1 habe das Geld – die Fr. 32'250.– – mit der Einwilligung von †D._____ an sich genommen; dies jedoch mit der Verpflichtung, es aufzubewahren. Ob der Beschwerdegegner 1 zudem verpflichtet war, das Geld getrennt von seinem eigenen aufzubewahren, lässt sich dem Rapport nicht entnehmen. Allenfalls könnte der Polizist E._____ hierzu Angaben machen. Falls jedoch über die Art der Aufbewahrung nicht gesprochen wurde, ist zu berücksichtigen, dass sich das Geld laut Rapport in einer offenen Geldkassette befand (vgl. Urk. 11/7 S. 4). In Anwendung von Art. 481 Abs. 2 OR wäre diesfalls zu vermuten, der Beschwerdegegner 1 hätte nicht genau dieses Geld, sondern nur die gleiche Geldsumme zurückzuerstatten gehabt. Dementsprechend wäre das Geld für den Beschwerdegegner 1 nicht mehr fremd gewesen. Da jedoch ein obligatorischer Anspruch auf Rückerstattung der gleichen Geldsumme bestünde – der Beschwerdegegner 1 sollte das Geld laut Rapport nur zur Aufbewahrung an sich nehmen, nicht um es für sich zu behalten –, handelte es sich um einen Vermögenswert i.S.v. Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB. Bestand indes die Verpflichtung zur getrennten Aufbewahrung, wäre von einer für den Beschwerdegegner 1 fremden Sache i.S.v. Art. 138 Ziff. 1 Abs. 1 StGB auszugehen.

Unabhängig davon, ob von einer "fremden Sache" oder einem "Vermögenswert" auszugehen ist, impliziert diese Aufbewahrungspflicht jedoch, dass das Geld dem Beschwerdegegner 1 mit der Massgabe überlassen wurde, es

nicht für eigene Zwecke zu verwenden, sondern es in seinem, †D.____s, Interesse zu verwahren und zu seiner Verfügung zu halten. Indem der Beschwerdegegner 1 das Geld aus der Wohnung von †D.____ zu sich nahm, erlangte er in der Folge die Möglichkeit, allein und ohne Mitwirkung des Letzteren über das Geld zu verfügen. †D.____ hatte keinen Zugriff mehr darauf. Unter diesen Umständen indessen ist nicht auszuschliessen, das zuständige Gericht käme zur Auffassung, das Geld sei dem Beschwerdegegner 1 von †D.____ anvertraut worden im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 StGB. Dies gilt unabhängig davon, ob der Beschwerdegegner 1 genau diese Geldnoten bzw. -münzen oder aber lediglich die gleiche Geldsumme zurückzuerstatten hatte.

9.4 Bei anvertrauten fremden Sachen besteht die Tathandlung sodann darin, dass sich der Täter die Sache aneignet. Aneignung ist die Manifestation eines Aneignungswillens durch eine äusserlich erkennbare Handlung. Sie bedeutet, dass der Täter die fremde Sache oder den Sachwert wirtschaftlich seinem eigenen Vermögen einverleibt, um sie zu behalten, zu verbrauchen oder sie an einen anderen zu veräussern, bzw. dass er wie ein Eigentümer über die Sache verfügt, ohne diese Eigenschaft zu haben. Dabei will er die Sache zumindest vorübergehend für eigene Zwecke benutzen (Zueignung) und nimmt zumindest in Kauf, den wahren Berechtigten dauernd vom Zugriff auf die Sache auszuschliessen (Enteignung). Dieser Wille muss sich nach aussen manifestieren (BGE 129 IV 223 Erw. 6.2.1; Urteil 6B_827/2010 vom 24.1.2011 Erw. 5.5; Stratenwerth/Jenny/Bommer, Schweizerisches Strafrecht, BT I, 7. Aufl., Bern 2010, S. 293-296). Die Aneignung von fremden Sachen kann namentlich auch in der Vermengung oder Vermischung liegen (vgl. Niggli/Riedo, a.a.O., Art. 137 N 44). Bei der Veruntreuung von Vermögenswerten sodann liegt die Tathandlung in der unrechtmässigen Verwendung des Vermögenswertes zum Nutzen des Täters selbst oder eines Dritten. Sie besteht in einem Verhalten, durch welches der Täter eindeutig seinen Willen bekundet, den obligatorischen Anspruch des Berechtigten zu vereiteln (BGE 133 IV 21 Erw. 6.1.1; BGE 121 IV 23 Erw. 1c; Urteil 6B_508/2010 vom 13.9.2010 Erw. 2.2). Dies ist v.a. dann der Fall, wenn der Treuhänder das Empfangene zu seinen eigenen Gunsten oder im Interesse eines Dritten verbraucht, veräussert etc., ohne gleichzeitig dem Treugeber aus anderen

Mitteln jederzeit entsprechende Werte zur Verfügung zu halten (Niggli/Riedo, a.a.O., Art. 138 N 107). Ist er jedoch dazu in der Lage, genügt es zur Erfüllung des Tatbestandes nicht, wenn er bloss einer Zahlungspflicht nicht nachkommt (Stratenwerth/Jenny/Bommer, a.a.O., S. 316). Ist der Täter verpflichtet, das anvertraute Gut jederzeit zur Verfügung zu halten, tatsächlich jedoch erst zu einem späteren Zeitpunkt fähig und gewillt, dieses zu ersetzen, beabsichtigt er eine vorübergehende Bereicherung, was für die Erfüllung des Tatbestandes der Veruntreuung genügt (vgl. BGE 118 IV 27 Erw. 3a). Hat indes der Täter das Anvertraute erst nach Ablauf einer bestimmten Frist bzw. zu einem bestimmten Zeitpunkt zurückzugeben, müssen Ersatzfähigkeit und Ersatzwillen erst in diesem Zeitpunkt und nicht auch schon in der Zwischenzeit vorliegen (BGE 118 IV 27 Erw. 3a; Urteil 6P.46/2004 vom 11.8.2004 Erw. 4.2; Niggli/Riedo, a.a.O., Art. 138 N 119).

Vorliegend lässt sich den Akten nicht entnehmen, ob der Beschwerdegegner 1 das Geld †D._____ bzw. seinem Nachlass jederzeit zur Verfügung halten oder aber erst zu einem bestimmten Zeitpunkt zurückerstatten musste. Ebenso unklar ist, was der Beschwerdegegner 1 mit dem Geld aus †D._____s Wohnung gemacht hat und ob er jederzeit in der Lage war, das Geld bzw. einen entsprechenden Betrag an den Nachlass zurückzubezahlen. War ihm eine jederzeitige Rückzahlung nicht möglich, kann eine Aneignung bzw. unrechtmässige Verwendung des Geldes zu seinem oder eines anderen Nutzen i.S.v. Art. 138 Ziff. 1 StGB nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Daran vermag auch nichts zu ändern, dass der Beschwerdegegner 1 am 16. August 2006 einen Betrag von Fr. 20'939.05 an die Vormundschaftsbehörde einbezahlt hat mit dem Vermerk "A._____" (Urk. 11/6/3) und es sich gemäss den Vorbringen der Beschwerdeführerin hierbei um einen Teil des Geldes aus †D._____s Wohnung handelte (vgl. Urk. 11/5 S. 4). So liegt zwischen der Entnahme des Geldes aus †D._____s Wohnung und dieser Einzahlung ein Zeitraum von über eineinhalb Jahren. Hatte der Beschwerdegegner 1 das Geld indes jederzeit dem Nachlass zur Verfügung zu halten – was vorliegend ungeklärt ist – lässt sich für diesen Zeitraum eine Veruntreuung i.S.v. Art. 138 Ziff. 1 StGB nicht ohne

Weiteres ausschliessen, wenn er in diesem Zeitraum nicht in der Lage war, das Geld zurückzubezahlen. Ferner wird dem Beschwerdegegner 1 vorgeworfen, den Anspruch der Beschwerdeführerin im Umfang von rund Fr. 11'310.– mit einer eigenen Honorarforderung verrechnet zu haben. Ob der Beschwerdegegner 1 tatsächlich eine solche explizite oder implizite Verrechnungserklärung abgab, lässt sich den Akten nicht entnehmen. Weder wurde der Beschwerdegegner 1 hierzu befragt noch äusserte er sich hierzu in seiner Stellungnahme vom 5. Mai 2013. Hat sich indes der Beschwerdegegner 1 tatsächlich auf Verrechnung berufen, hat er damit zu verstehen gegeben, den Anspruch der Beschwerdeführerin nicht anerkennen und dieser den Zugriff auf dieses Geld dauerhaft verwehren zu wollen. Dementsprechend lässt sich nicht ausschliessen, das zuständige Gericht sähe in dieser Verrechnungserklärung eine Tathandlung i.S.v. Art. 138 Ziff. 1 StGB.

9.5 Der Tatbestand der Veruntreuung setzt in subjektiver Hinsicht neben Vorsatz die Absicht unrechtmässiger Bereicherung voraus. Unter Bereicherung versteht man irgendeine wirtschaftliche Besserstellung des Täters. Mit der Aneignung ist i.d.R. auch eine Bereicherung verbunden. An der Absicht unrechtmässiger Bereicherung kann es jedoch fehlen, wenn der Täter sog. Ersatzbereitschaft aufweist, d.h. Ersatzwillen und Ersatzfähigkeit. Eine solche Ersatzbereitschaft kann insbesondere dann vorliegen, wenn sich der Täter für eine fällige Forderung Befriedigung verschafft oder wenn er sich auf Verrechnung berufen will und davon überzeugt ist, dass seine eigene Forderung verrechnet werden darf. Da es sich um ein subjektives Tatbestandsmerkmal handelt, kommt es dabei nicht auf das objektive Bestehen der Forderung an. Nicht massgebend ist daher, ob und wann der Täter eine allfällige Verrechnungserklärung abgegeben hat und ob eine solche Erklärung objektiv zulässig war oder nicht. Entscheidend ist allein seine Absicht im Moment der Aneignung, d.h. ob die eigene Forderung in der Vorstellung des Täters bestand (BGE 105 IV 29 Erw. 3a; Urteil 6B_128/2008 vom 19.6.2008 Erw. 3.3.2; Urteil 6S.96/2003 vom 4.8.2003 Erw. 1.5; Urteil 6B_596/2009 vom 27.5.2010 Erw. 4.4.3; Niggli/Riedo, a.a.O., Art. 138 N 116, N 133).

Dem Beschwerdegegner 1 wird insbesondere vorgeworfen, das Geld aus †D.____s Wohnung im Umfang von Fr. 11'310.95 mit einer Honorarnote verrechnet zu haben (vgl. Urk. 11/1 S. 3; vgl. Urk. 11/4 S. 2). Die Staatsanwaltschaft hat in diese Zusammenhang in ihren Erwägungen festgehalten, die Verrechnung einer Honorarforderung zu Lasten von †D.____, die zu dessen Lebzeiten entstanden sei, sei legitim. Zudem habe der Beschwerdegegner 1 offensichtlich nicht in der Absicht unrechtmässiger Bereicherung gehandelt. Von der Anzeigerstatterin werde nicht geltend gemacht, dass der Beschwerdegegner 1 sein Honorar nicht habe einfordern dürfen, weshalb davon auszugehen sei, ihm habe dieses Honorar noch zugestanden (Urk. 6 S. 3 f.). Damit ging die Staatsanwaltschaft vom tatsächlichen Bestand der Honorarforderung des Beschwerdegegners 1 aus und schloss daraus, dieser habe nicht in der Absicht unrechtmässiger Bereicherung gehandelt. In ihrer Beschwerde indes bestreitet die Beschwerdeführerin das Bestehen einer solchen Honorarforderung (vgl. Urk. 2) und damit letztlich auch die Grundlage, aufgrund welcher die Staatsanwaltschaft auf die fehlende Absicht unrechtmässiger Bereicherung schloss.

Im Polizeirapport wird hinsichtlich dieser fraglichen Honorarforderung lediglich festgehalten, es habe sich um eine Honorarnote für ein Ehrverletzungsverfahren innerhalb der Familie gehandelt bzw. gemäss Angaben von B.____ um ein Ehrverletzungsverfahren G.____ (eine Bekannte von †D.____) gegen B.____ (vgl. Urk. 11/1 S. 2 f.). Unterlagen hierzu finden sich in den Akten jedoch keine und auch die Vertreterin der Beschwerdeführerin gab in ihrer Einvernahme an, keine entsprechende Abrechnung zu haben (vgl. Urk. 11/5 S. 4 f.). Der Beschwerdegegner 1 wurde nicht befragt und er äusserte sich auch in seiner Stellungnahme vom 5. Mai 2013 nicht zu der angeblich verrechneten Honorarforderung von rund Fr. 11'310.–. Er erwähnte einzig eine Forderung von Fr. 3'964.80 gegen B.____ (vgl. Urk. 8 S. 2 oben). Unter diesen Umständen jedoch kann nicht ohne Weiteres vom Bestand einer Honorarforderung des Beschwerdegegners 1 gegen †D.____ in der Höhe von 11'310.95 ausgegangen werden. Dies umso weniger, als seitens der Beschwerdeführerin nicht nur der Bestand einer solchen Honorarforderung bestritten wird, sondern auch, dass

zwischen dem Beschwerdegegner 1 und †D._____ überhaupt ein Mandatsverhältnis bestanden habe. Somit lässt sich im heutigen Zeitpunkt weder beurteilen, ob der Beschwerdegegner 1 von einer verrechenbaren Honorarforderung ausgehen durfte, noch sind anderweitige Umstände erkennbar, welche den Beschwerdegegner 1 veranlasst haben könnten, davon auszugehen, er sei berechtigt, die rund Fr. 11'310.– aus †D._____s Wohnung für sich zu behalten. Dementsprechend kann beim derzeitigen Aktenstand nicht ohne Weiteres vom Fehlen einer Absicht unrechtmässiger Bereicherung ausgegangen werden.

10. Nach dem Gesagten lässt sich zusammenfassend festhalten, dass der vorliegende Sachverhalt einige Unklarheiten aufweist und sich aufgrund der heutigen Aktenlage für die Zeit nach der Entnahme des Geldes aus †D._____s Wohnung am 7. Januar 2005 ein strafrechtlich relevantes Verhalten des Beschwerdegegners 1 nicht ohne Weiteres ausschliessen lässt. Dabei enthalten die Untersuchungsakten im Wesentlichen erst eine polizeiliche Aussage von B._____ und den Polizeirapport der Stadtpolizei Zürich vom 22. Januar 2005. Der Beschwerdegegner 1 wurde noch nicht befragt. Damit kann jedoch zum jetzigen Zeitpunkt nicht von einem sachverhaltsmässig und rechtlich klaren Fall ausgegangen werden. Ein anderer als der in der angefochtenen Verfügung genannte Grund, der klarerweise dazu führen würde, dass die Nichtanhandnahme der Untersuchung auch mit Bezug auf die Zeit nach dem 7. Januar 2005 im Ergebnis richtig ist, liegt nicht vor. Daher ist diesbezüglich die Beschwerde gutzuheissen, die angefochtene Verfügung insoweit aufzuheben und die Sache an die Staatsanwaltschaft zurückzuweisen.

III.

Soweit die Beschwerde abgewiesen wird, tragen die Parteien die Kosten des Rechtsmittelverfahrens nach Massgabe ihres Obsiegens und Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Dementsprechend sind vorliegend die Kosten zur Hälfte der Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Diese hat jedoch dem Beschwerdegegner 1 für das Beschwerdeverfahren mangels wesentlicher

Umtriebe – der anwaltlich nicht vertretene Beschwerdegegner 1 reichte lediglich eine Stellungnahme à drei Seiten ein (vgl. Urk. 8) – keine Entschädigung zu bezahlen.

Im Übrigen hat die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen im Endentscheid zu erfolgen (Art. 421 Abs. 1 StPO).

Die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren ist – auch zuhanden der das Strafverfahren abschliessenden Strafbehörde – in Beachtung der Bemessungskriterien von § 2 Abs. 1 lit. b-d GebV OG (Bedeutung des Falls, Zeitaufwand des Gerichts, Schwierigkeit des Falls) und gestützt auf § 17 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'000.– festzusetzen.

Es wird beschlossen:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird die Nichtanhandnahmeverfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 28. März 2013, E-1/2012/4828, im Sinne der Erwägungen aufgehoben und die Untersuchung an die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl zurückgewiesen.
Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt und zur Hälfte der Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Dem Beschwerdegegner 1 wird für das Beschwerdeverfahren keine Entschädigung zugesprochen.
4. Die Regelung der weiteren Kostenaufgabe und allfälliger Entschädigungen wird dem Endentscheid vorbehalten.
5. Schriftliche Mitteilung an:
 - die Vertreterin der Beschwerdeführerin (zweifach, für sich und für die Beschwerdeführerin; per Gerichtsurkunde)
 - den Beschwerdegegner 1 (per Gerichtsurkunde)

- die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl, ad E-1/2012/4828 (unter gleichzeitiger Rücksendung der beigezogenen Akten [Urk. 11]; gegen Empfangsbestätigung)

6. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann innert **30 Tagen**, vom Empfang an gerechnet, beim Bundesgericht (1000 Lausanne 14) **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Soweit die Abweisung der kantonalen Beschwerde angefochten wird, ist die Beschwerde an die Strafrechtliche Abteilung des Bundesgerichtes zu richten. Wird die Gutheissung angefochten, ist die Beschwerde lediglich unter den einschränkenden Voraussetzungen von Art. 93 des Bundesgerichtsgesetzes gegeben und an die Erste öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichtes zu richten.

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

Zürich, 19. August 2013

Obergericht des Kantons Zürich
III. Strafkammer

Präsident:

Gerichtsschreiberin:

lic. iur. Th. Meyer

lic. iur. S. Borer