

Obergericht des Kantons Zürich

III. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: UR110009-O/gk

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. K. Balmer, Präsident, lic. iur. W. Meyer und
Ersatzoberrichter lic. iur. A. Schärer sowie die Gerichtsschreiberin
lic. iur. F. Gisler Monzón

Beschluss vom 19. März 2012

in Sachen

A._____,
Rekurrentin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

- 1) **B.**_____,
- 2) **Staatsanwaltschaft See / Oberland,**
Rekursgegner

betreffend **Einstellung der Untersuchung / Rekurs gegen die Verfügung der
Staatsanwaltschaft See / Oberland vom 29. November 2010, C-5/C-
1/2010/3965**

Erwägungen:

I.

Am 23. August 2010 erstattete A._____ (nachfolgend: Rekurrentin) bei der Kantonspolizei Zürich, Station C._____, Strafanzeige gegen den von ihr getrennt in D._____ lebenden Ehemann, B._____ (nachfolgend: Rekursgegner) und stellte gegen ihn Strafantrag wegen Entziehens von Unmündigen im Sinne von Art. 220 StGB (Urk. 6/1-2). Dem Rekursgegner wurde vorgeworfen, er habe die gemeinsamen Kinder E._____ (geboren am tt.mm.2004) und F._____ (geboren am tt.mm.2006) nach Ablauf seines im August 2010 an seinem Wohnort in D._____ ausgeübten Sommerferienbesuchsrechts der obhutsberechtigten Rekurrentin nicht wieder zurückgebracht (Urk. 6/1 S. 3).

Am 29. November 2010 stellte die Staatsanwaltschaft See/Oberland (nachfolgend: Staatsanwaltschaft) die gegen den Rekursgegner eröffnete Strafuntersuchung ein. Die Kosten des Verfahrens wurden auf die Staatskasse genommen. Dem Rekursgegner wurde für seine anwaltliche Vertretung eine Entschädigung von Fr. 500.-- zugesprochen (Urk. 3/1 = Urk. 5 = Urk. 6/16).

Mit Eingabe vom 10. Januar 2011 (Datum des Poststempels) erhob die Rekurrentin rechtzeitig Rekurs gegen die Einstellungsverfügung und beantragte deren Aufhebung und die Weiterführung der Strafuntersuchung (Urk. 2).

Seit dem 1. Januar 2011 gilt in der Schweiz eine neue, eidgenössische Strafprozessordnung (StPO), welche die bis anhin gültigen kantonalen Strafprozessordnungen ablöst. Bei Verfahren, die - wie das vorliegende - in erster Instanz noch vor dem 31. Dezember 2010 erledigt wurden, bleibt allerdings das bisherige Prozessrecht und damit die Strafprozessordnung des Kantons Zürich (StPO/ZH) und das Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) weiterhin anwendbar (Art. 453 Abs. 1 StPO).

Mit Präsidialverfügung vom 21. Januar 2011 wurde der Staatsanwaltschaft Frist zur freigestellten Stellungnahme zum Rekurs angesetzt und verfügt, dass

über die Einholung einer Stellungnahme des Rekursgegners später entschieden werde (Urk. 7). Die Staatsanwaltschaft verzichtete am 28. Januar 2011 auf Vernehmlassung (Urk. 9).

II.

1. Nach Wiedergabe der von der Rekurrentin anlässlich ihrer polizeilichen Befragung in der Sache gemachten Aussagen und der von der damaligen Rechtsvertreterin des Rekursgegners in dessen Namen gegenüber der Staatsanwaltschaft abgegebenen Stellungnahme begründete die Staatsanwaltschaft die Einstellung der Untersuchung wie folgt (Urk. 3/1): Das gerichtlich festgelegte Besuchsrecht gewähre dem Rekursgegner das Recht, seine Kinder die letzten beiden Sommerferienwochen zu sich zu nehmen. Diese Frist sei von ihm nicht überschritten worden, seien die Kinder doch am 21. August 2010 wieder in die Obhut ihrer Mutter gebracht worden. Ob der Rekursgegner seine Kinder bis am Sonntag, den 22. August 2010, in die Schweiz zurückgebracht hätte, könne denn auch nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden, zumal die Rekurrentin ihm offenbar - wenn auch als Täuschungsmanöver - mitgeteilt habe, dass sie bis am 22. August 2010 auf die Kinder warte. Obschon erhebliche Zweifel an der von der Verteidigerin in ihrer Stellungnahme geschilderten Darstellung des Vorfalles bestünden, sei mangels Vorliegens eines tatbestandsmässigen Verhaltens die gegen den Rekursgegner geführte Strafuntersuchung wegen Entziehens von Unmündigen im Sinne von Art. 220 StGB einzustellen. Die Staatsanwaltschaft wies in ihrer Verfügung den Rekursgegner darauf hin, dass er sich an das gerichtlich festgelegte Besuchsrecht bzw. an dessen Sistierung zu halten habe und er bei einer Überschreitung eines wieder erteilten Besuchsrechts mit einschneidenden Konsequenzen rechnen müsse.

2. Die Rekurrentin lässt in ihrer Eingabe im Wesentlichen Folgendes geltend machen: Die Übernahme der Kinder durch den Rekursgegner habe am 5. August 2010 stattgefunden. Damit seien die Eheleute von der nur im Streitfalle geltenden Eheschutzvereinbarung vom 23. März 2009 einvernehmlich abgewichen, da nach dieser das Ferienbesuchsrecht des Rekursgegners erst am Montag, 9. August

2010 begonnen hätte. Unter diesen Umständen und unter Berücksichtigung einer Ferienbesuchszeit von zwei Wochen erscheine die Darstellung der Rekurrentin anlässlich ihrer polizeilichen Befragung, wonach der 20. August 2010 als Rückgabedatum vereinbart worden sei, als absolut realistisch. Die Annahme der Staatsanwaltschaft, der Rekursgegner hätte die Kinder erst am Sonntag 22. August 2010 zurückbringen müssen, sei vor diesem Hintergrund willkürlich. Die Rekurrentin verwies auf die der Rekurseingabe beigelegten Schreiben ihrer Mutter und ihres Lebenspartners (Urk. 3/2-3), die den 20. August 2010 als Rückgabedatum bestätigt hätten (Urk. 2 S. 3-5).

Es habe der Intervention der Rekurrentin bedurft, die Kinder am 21. August 2010 wieder in deren Obhut zu bringen. Anlässlich der Telefonate, die die Rekurrentin am 20. August 2010 mit dem Rekursgegner geführt habe, habe dieser ihr gesagt, die Kinder blieben vorläufig bei ihm, sie solle ihre Tochter vom Kindergarten abmelden, diese komme nicht mehr zurück. Die Androhung der Verbringung der Kinder nach D._____ sei bereits im Eheschutzverfahren ein ständiges Thema gewesen, und die Situation habe sich auch nach dessen Abschluss nicht wirklich beruhigt. Dies und der Umstand, dass die besonnene Rekurrentin die lange Reise nach D._____ auf sich genommen habe, um sich der Kinder wieder zu bemächtigen, mache deutlich, dass die Situation tatsächlich bedrohlich und ernst gewesen und nicht nur seitens der Rekurrentin aus irgendwelchen diffusen Gründen als ernsthaft empfunden worden sei. Die Rekurrentin verwies in diesem Zusammenhang auch auf die der Rekurseingabe beigelegten Erklärungen von G._____ und H._____ (Urk. 3/4-5). Diese gäben die dramatische Ausgangslage wieder. Sie seien sofort bereit gewesen, die Rekurrentin bei ihrem Vorhaben, die Kinder aus D._____ zurückzuholen, zu unterstützen. Dies hätten sie wohl kaum gemacht, wenn ihnen die Situation nicht ebenfalls bedrohlich und ernsthaft erschienen wäre. Bei der Ankunft der Rekurrentin am Aufenthaltsort der Kinder in D._____ am 21. August 2010 habe nichts auf Vorbereitungen für eine Rückreise der Kinder in die Schweiz hingedeutet. Auch vor diesem Hintergrund erscheine die Annahme der Staatsanwaltschaft, der Rekursgegner hätte die Kinder allenfalls noch am Sonntag, 22. August 2010, in die Schweiz zurückgebracht, als absolut lebensfremd. Mit zwei kleinen Kindern lasse sich die Autofahrt von D._____ in die

Schweiz von über 1000 km nur in zwei Tagen absolvieren. Ausserdem habe dem Rekursgegner bewusst sein müssen, dass die Kinder ausgeruht in den Kindergärten bzw. die Spielgruppe hätten eintreten müssen, was zwingend eine vorgängige Erholung von der Reise vorausgesetzt hätte. Hinzu komme, dass der Rekursgegner die Kinder in der Vergangenheit immer früher als abgemacht in die Schweiz zurückgebracht habe. Die Darstellung des Rekursgegners, er habe die Kinder am Sonntag, 22. August 2010, zurückbringen wollen, erweise sich als reine Schutzbehauptung (Urk. 2 S. 5-7).

Auch in der Scheidungsklage, die der Rekursgegner am 17. August 2010 in D._____ eingereicht habe und in der es heisse: "Actuellement, les enfants se trouvent au domicile paternel..."; "L' autorité parentale sur les enfants sera exercée par Mr. B._____ chez lequel les résideront.", sowie den zeitlichen Umständen dieser Klage, manifestiere sich die Absicht des Rekursgegners, die Kinder definitiv bei sich in D._____ zu behalten (Urk. 2 S. 7).

Die Staatsanwaltschaft sei lediglich den Ausführungen des Rekursgegners gefolgt, ohne weitere Beweise abzunehmen und Untersuchungshandlungen zu tätigen, obwohl sich solche in Form der Einvernahme der Rekurrentin und der von ihr anlässlich ihrer polizeilichen Befragung erwähnten und in den vorliegenden Sachverhalt involvierten Personen aufgedrängt hätten. Damit sei die Staatsanwaltschaft ihrer Pflicht im Sinne der §§ 30 Abs. 1 und 31 StPO/ZH nicht nachgekommen. Die Einstellungsverfügung sei aufzuheben und die Sache zur Fortsetzung der Untersuchung an die Staatsanwaltschaft zurückzuweisen zwecks Befragung der Rekurrentin, von I._____, J._____, H._____ und G._____ als Zeugen (Urk. 2 S. 8).

3. Eine definitive Einstellung einer Strafuntersuchung im Sinne von § 35 ff. StPO/ZH ist unter anderem dann angezeigt, wenn eine Straftat nicht vorliegt bzw. der Tatverdacht sich in der Untersuchung nicht derart verdichtete, dass mit einem verurteilenden Erkenntnis des Gerichts gerechnet werden kann. Da Untersuchungs- und Anklagebehörden nicht dazu berufen sind, über Recht oder Unrecht zu richten, dürfen sie nicht allzu rasch gestützt auf eigene Bedenken zu einer Einstellung schreiten. Ein Freispruch muss sicher oder aber mindestens wahrschein-

lich sein, wobei der Grundsatz 'in dubio pro reo' keine Anwendung findet. Ob eine Untersuchung einzustellen oder ob Anklage zu erheben ist, entscheidet die Anklagebehörde nach pflichtgemäßem Ermessen. Der Zweck der Einstellung ist neben dem Schutz des Angeschuldigten vor ungerechtfertigter Versetzung in den Anklagezustand vor allem auch in der Erstrebung grösstmöglicher Prozessökonomie zu suchen (vgl. dazu B. Cloetta, Nichtanhandnahme und Einstellung der Strafuntersuchung in der Schweiz, Diss. Zürich 1984, S. 63 f. und 75 f.; N. Schmid, Strafprozessrecht, Zürich 2004, N 797).

4. Gemäss Art. 220 StGB macht sich auf Antrag strafbar, wer eine unmündige Person dem Inhaber der elterlichen oder der vormundschaftlichen Gewalt entzieht oder sich weigert, sie ihm zurückzugeben. Die Tatbestandsvariante der Weigerung der Rückgabe setzt zunächst voraus, dass sich der Unmündige schon (wenn auch rechtmässig) in der Obhut des Täters befindet, wie dies etwa der Fall ist, wenn die Dauer des Besuchsrechts abgelaufen ist. Eine blosser Unterlassung genügt nicht. Vielmehr muss der Täter gegen aussen zum Ausdruck bringen - durch explizites oder konkludentes Verhalten - dass er die (Wieder-)Herstellung der elterlichen Sorge oder vormundschaftlichen Gewalt verhindern möchte. Die Weigerung muss der Absicht entspringen, die unmündige Person dauernd oder doch für längere Zeit dem Berechtigten vorzuenthalten. Eine nur vorübergehende Überschreitung des Besuchsrechts bleibt straflos (vgl. BSK StGB II - A. Eckert, 2. Aufl., Basel 2007, Art. 220 N 25-27; St. Trechsel et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 220 N 3; G. Stratenwerth/F. Bommer, Straftaten gegen Gemeininteressen, 6. Aufl., Bern 2008, § 27 N 7).

5. Es kann offen bleiben, was zwischen der Rekurrentin und dem Rekursgegner hinsichtlich des Datums der Rückgabe der Kinder tatsächlich vereinbart worden war, mithin ob der Rekursgegner die Kinder am 20. oder am 22. August 2010 hätte zurückbringen müssen. Auch wenn nämlich davon ausgegangen würde, dass tatsächlich der 20. August 2010 als Rückgabedatum vereinbart worden wäre, wie dies die Rekurrentin geltend machte, so wäre bei einer Rückgabe der Kinder am 22. August 2010 das Besuchsrecht nur geringfügig und damit in straf-

rechtlich nicht relevanter Weise überschritten worden. Dies gilt umso mehr, als der 22. August 2010 noch innerhalb der für den Streitfall gerichtlich festgesetzten Besuchsrechtsregelung lag und die Rekurrentin dem Rekursgegner mitteilte, sie warte bis am 22. August 2010 auf die Kinder. Vor diesem Hintergrund erübrigt sich eine Einvernahme der Mutter und des Lebenspartners der Rekurrentin zur Frage des vereinbarten Rückgabedatums.

Eine Absicht des Rekursgegners, der Rekurrentin die Kinder am 22. August 2010 nicht zurückzubringen, mithin ihr die Kinder dauernd oder für längere Zeit vorzuenthalten, lässt sich unter den gegebenen Umständen nicht zweifelsfrei erstellen. So gilt es festzuhalten, dass die Darstellung der Rekurrentin, der Rekursgegner habe anlässlich eines Telefonats am 20. August 2010 ihr gegenüber geäußert, er werde die Kinder nicht zurückgeben und sie könne E. _____ vom Kindergarten abmelden, vom Rekursgegner bestritten wurde (Urk. 6/8 S. 2). Der Lebenspartner der Rekurrentin, I. _____, war zwar anlässlich des erwähnten Telefonats anwesend. Es geht aus der Darstellung der Rekurrentin aber nicht hervor, dass er die telefonische Unterhaltung von ihr mit dem Rekursgegner unmittelbar mitbekommen hätte. In Bezug auf die anlässlich des fraglichen Telefonats vom Rekursgegner gemachten Äusserungen ist er somit nicht direkter Zeuge. Dies gilt auch für die Mutter, den Bruder und den Bekannten der Rekurrentin, welche Personen die Rekurrentin nach dem Telefonat kontaktierte (Urk. 3/2-5). Hinsichtlich der fraglichen Äusserung des Rekursgegners steht somit Aussage gegen Aussage. Auch wenn man von der Darstellung der Rekurrentin ausginge, dass der Rekursgegner ihr anlässlich des Telefonats am 20. August 2010 gegenüber geäußert habe, er werde die Kinder nicht zurückbringen und die Rekurrentin deswegen in Angst versetzt wurde, so verbleiben Zweifel daran, dass die Äusserung des Rekursgegners tatsächlich von der Absicht getragen war, der Rekurrentin die Kinder dauerhaft vorzuenthalten. Denn der Rekursgegner machte gemäss den Ausführungen in der Rekurseingabe offenbar auch in der Vergangenheit mehrmals derartige Äusserungen (vgl. Urk. 2 S. 6), brachte ihr die Kinder nach Ausübung des Ferienbesuchsrechts aber immer wieder zurück.

Auch unter Berücksichtigung der Reisedistanz von D._____ in die Schweiz und des Alters der beiden Kinder erscheint es sodann nicht völlig ausgeschlossen, dass der Rekursgegner die Kinder mit dem Auto oder dem Zug noch am 22. August 2010 hätte in die Schweiz zurückzubringen können. Jedenfalls traf die Rekurrentin nach ihrer Abreise aus D._____ mit den Kindern am 22. August 2010 mit dem Zug noch am selben Abend in der Schweiz ein (vgl. Urk. 6/3 S. 6). Vor diesem Hintergrund kann aus der von der Rekurrentin geltend gemachten fehlenden Sichtbarkeit von Reisevorbereitungen zur Zeit ihrer Ankunft in D._____ am Nachmittag des 21. August 2010 nicht hinreichend auf die Absicht des Rekursgegners geschlossen werden, ihr die Kinder über den 22. August 2010 hinaus dauerhaft vorzuenthalten. Gleiches gilt auch in Bezug auf den Umstand, dass der Rekursgegner am 17. August 2010 und damit noch während der regulären Ferienanwesenheit der Kinder in D._____, dort offenbar eine Scheidungsklage einreichen liess und darin ausführte, die Kinder seien derzeit bei ihm und er beantrage im Scheidungsverfahren die Zusprechung der Kinder an ihn.

Zusammenfassend liesse sich dem Rekursgegner ein im Sinne von Art. 220 StGB tatbestandsmässiges Verhalten nicht Anklage genügend nachweisen. Somit dürfte im Falle einer Anklage ein Freispruch mindestens wahrscheinlich sein. Der Ermittlungsstand bzw. die Ergebnisse der Strafuntersuchung rechtfertigten die Einstellung der Untersuchung. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern weitere Untersuchungshandlungen, wie die Einvernahme der Rekurrentin und der von ihr genannten Personen als Zeugen, am vorliegenden Ergebnis etwas zu ändern vermöchten.

6. Der Rekurs ist somit abzuweisen. Demgemäss konnte gestützt auf § 406 StPO/ZH auf das Einholen einer Rekursantwort des Rekursgegners verzichtet werden.

III.

Ausgangsgemäss ist für das vorliegende Verfahren eine Gerichtsgebühr zu erheben und ist diese der Rekurrentin aufzuerlegen (§ 396a StPO/ZH). Mangels Umtriebe ist dem Rekursgegner keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Der Rekurs wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 650.-- und der Rekurrentin auferlegt.
3. Schriftliche Mitteilung an:
 - RA lic. iur. X._____, zweifach, für sich und die Rekurrentin (per Gerichts-urkunde)
 - den Rekursgegner, unter Beilage einer Kopie von Urk. 2 (eingeschrieben, gegen Rückschein)
 - die Staatsanwaltschaft unter Beilage einer Kopie von Urk. 2 (gegen Empfangsschein) sowie - nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. nach Erledigung allfälliger Rechtsmittel - unter Rücksendung der beigezogenen Akten

4. Rechtsmittel:

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

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang der vollständigen, begründeten Ausfertigung 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, 19. März 2012

Obergericht des Kantons Zürich
III. Strafkammer

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

lic.iur. K. Balmer

F. Gisler Monzón