

# ZH\_GERICHTE UE140278 vom 12. Januar 2015

Zh Gerichte, 2015-01-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_gerichte\\_UE140278](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_gerichte_UE140278)

FR: ZH\_GERICHTE UE140278 du 12 janvier 2015

IT: ZH\_GERICHTE UE140278 del 12 gennaio 2015

## Regeste

Einstellung

## Erwägungen

### E. 1

Am 6. März 2014 erstattete A.\_\_\_\_\_ Strafanzeige und stellte Strafantrag gegen B.\_\_\_\_\_ wegen Entziehens von Unmündigen bzw. Minderjährigen bei der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl. In der Strafanzeige führte A.\_\_\_\_\_ das Folgende aus: Sie und B.\_\_\_\_\_ hätten einen gemeinsamen Sohn, C.\_\_\_\_\_ (geb. tt.mm.2007). Im Februar/März 2008 seien alle drei zur Familie von B.\_\_\_\_\_ in die Türkei gereist. Da der Sohn erkrankt sei, hätten sie ihn bis zur Genesung bei der Mutter von B.\_\_\_\_\_ in der Türkei gelassen und seien ohne ihn in die Schweiz zurückgereist. Am 20. Juli 2008 habe B.\_\_\_\_\_ die Schwester von A.\_\_\_\_\_ getötet und sei am 21. Juli 2008 verhaftet worden. Am 8. Oktober 2008 habe A.\_\_\_\_\_ wegen Entziehens von Unmündigen Strafanzeige gegen B.\_\_\_\_\_ erstattet. Sie seien am 29. September 2010 rechtskräftig geschieden worden. A.\_\_\_\_\_ sei die alleinige elterliche Sorge zugeteilt worden. Mit Urteil vom 11. Mai 2011 sei B.\_\_\_\_\_ wegen vorsätzlicher Tötung, versuchter vorsätzlicher Tötung und Entziehens von Unmündigen schuldig gesprochen und zu 10 Jahren Freiheitsstrafe verurteilt worden. Die Angehörigen von B.\_\_\_\_\_ würden C.\_\_\_\_\_ verstecken. Abgesehen von einem kurzen Besuch im Sommer 2009 habe A.\_\_\_\_\_ C.\_\_\_\_\_ nicht mehr gesehen. Bemühungen der Behörden seien erfolglos geblieben. B.\_\_\_\_\_ weigere sich, Hand zur Rückgabe von C.\_\_\_\_\_ zu bieten und seine Familie entsprechend zu instruieren. Am 19. September 2014 erliess die Staatsanwaltschaft eine Einstellungsverfügung (Urk. 3).

### E. 2

A.\_\_\_\_\_ erhebt Beschwerde beim Obergericht des Kantons Zürich (Urk. 2). Sie beantragt die Aufhebung der Einstellungsverfügung. Das Strafverfahren sei an die Staatsanwaltschaft zurückzuweisen. Diese sei anzuweisen, eine Strafuntersuchung durchzuführen.

- 3 - Die Staatsanwaltschaft hat auf eine Vernehmlassung verzichtet (Urk. 12). B.\_\_\_\_\_ hat Stellung genommen. Er beantragt die Abweisung der Beschwerde (Urk. 9 S. 2). II. 1. Angefochten ist eine Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft. Dagegen ist die Beschwerde beim Obergericht zulässig (Art. 322 Abs. 2 und Art. 393 Abs. 1 lit. a StPO sowie § 49 GOG/ZH). Die Beschwerdeführerin hat Strafantrag gegen den Beschwerdegegner gestellt (Urk. 6/1). Sie ist Privatklägerin (Art. 118 Abs. 2 StPO), Partei im Verfahren (Art. 104 Abs. 1 lit. b StPO) und zur Erhebung der Beschwerde befugt (Art. 382 Abs. 1 StPO). Die weiteren Eintretensvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

### E. 2.1

Gemäss Art. 319 Abs. 1 StPO verfügt die Staatsanwaltschaft die vollständige oder teilweise Einstellung des Verfahrens, wenn: a) kein Tatverdacht erhärtet ist, der eine Anklage rechtfertigt; b) kein Straftatbestand erfüllt ist; c) Rechtfertigungsgründe einen Straftatbestand unanwendbar machen; d) Prozessvoraussetzungen definitiv nicht erfüllt werden können oder Prozesshindernisse aufgetreten sind; e) nach gesetzlicher Vorschrift auf Strafverfolgung oder Bestrafung verzichtet werden kann. Der Entscheid über die Einstellung des Verfahrens richtet sich nach dem aus dem Legalitätsprinzip fliessenden Grundsatz "in dubio pro duriore" (vgl. Art. 5 Abs. 1 BV und Art. 2 Abs. 1 StPO i.V.m. Art. 319 Abs. 1 StPO und Art. 324 Abs. 1 StPO). Danach darf eine Einstellung durch die Staatsanwaltschaft nur bei klarer Strafsigkeit bzw. offensichtlich fehlenden Prozessvoraussetzungen angeordnet werden. Erscheint eine Verurteilung wahrscheinlicher als ein Freispruch, ist Anklage zu erheben. Dasselbe gilt in der Regel, wenn sich die Wahrscheinlichkeiten eines Freispruchs oder einer Verurteilung in etwa die Waage halten (BGE 138 IV 186

- 4 - E. 4.1; Urteile 6B\_743/2013 vom 24. Juni 2014 E. 3.1; 6B\_578/2014 vom 20. November 2014 E. 2.1; je mit Hinweisen).

### **E. 2.2**

Des Entziehens von Unmündigen nach Art. 220 aStGB macht sich auf Antrag strafbar, wer eine unmündige Person dem Inhaber der elterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt entzieht oder sich weigert, sie ihm zurückzugeben. Art. 220 StGB wurde im Zuge der Revision des ZGB angepasst. Die revidierte Fassung trat am 1. Juli 2014 in Kraft (AS 2014 357, insb. 363). Des Entziehens von Minderjährigen nach Art. 220 StGB macht sich auf Antrag strafbar, wer eine minderjährige Person dem Inhaber des Rechts zur Bestimmung des Aufenthaltsortes entzieht oder sich weigert, sie ihm zurückzugeben.

### **E. 2.3**

Die Beschwerdeführerin wirft dem Beschwerdegegner vor, sich zu weigern, ihr den gemeinsamen Sohn zurückzugeben. Der Sohn befinde sich in der Türkei bei der Familie des Beschwerdegegners. Der Beschwerdegegner habe regelmässig Kontakt mit seiner Familie. Aufgrund des Scheidungsurteils sei er verpflichtet, seine Familie anzuweisen, C.\_\_\_\_\_ an die Beschwerdeführerin herauszugeben. Das tue er nicht, weil er es nicht wolle, obschon er die Handlungsmacht dazu habe (Urk. 2).

### **E. 2.4**

Das Entziehen von Minderjährigen ist in der Tatbestandsvariante des Verweignens der Rückgabe ein Dauerdelikt (vgl. BGE 131 IV 83 E. 2.1.2; Andreas Eckert, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 3. Auflage, Basel 2013, N. 26 und N. 31 zu Art. 220 StGB; Donatsch/Wohlens, Strafrecht IV, Zürich/Basel/Genf 2011, S. 30). Der Beschwerdeführer wurde am 11. Mai 2011 wegen Entziehens von Unmündigen bestraft (Urk. 6/6). Die Verurteilung wegen eines Dauerdelikts bewirkt deren Zäsur. Da die Verurteilung nur die Herbeiführung und die Aufrechterhaltung des rechtswidrigen Zustands bis zum Urteilszeitpunkt erfasst, ist das Aufrechterhalten des Dauerzustands nach dem Urteil als selbständige Tat zu werten (BGE 135 IV 6 E. 3; Urteil 6S.485/2005 vom 8. Februar 2006 E. 1.2.1). Der Grundsatz "ne bis in idem" (Art. 11 Abs. 1 StPO) steht einer Strafverfolgung nicht entgegen.

### **E. 2.5**

Die Staatsanwaltschaft erwog (Urk. 3 S. 2), die Tatbestandsvariante des Verweigerns der Rückgabe des Minderjährigen setze voraus, dass sich dieser in der Obhut des Täters befinde. C.\_\_\_\_\_ befinde sich in der Türkei und der Beschwerdegegner im Gefängnis. Es bestehe kein tatsächliches Zusammenleben bzw. keine faktische oder tatsächliche Obhut des Beschwerdegegners. Der Tatbestand von Art. 220 StGB sei daher nicht erfüllt.

### **E. 2.6**

Die Staatsanwaltschaft verweist auf BGE 125 IV 14 E. 2b. Danach ist erforderlich, "dass der Täter zumindest konkludent zum Ausdruck bringt, dass er die faktische Obhut über die Unmündigen behalten und die Wiederherstellung des elterlichen (oder vormundschaftlichen) Gewaltverhältnisses vereiteln möchte". Auch in der Lehre wird dieses Erfordernis für eine Strafbarkeit vorausgesetzt (vgl. Trechsel/Christener-Trechsel, in: Trechsel/Pieth (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2013, N. 3 zu Art. 220 StGB; Eckert, a.a.O., N. 27 zu Art. 220 StGB; Stratenwerth/Bommer, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II, Bern 2008, § 27 N. 7; Donatsch/Wohlers, a.a.O., S. 28). Die sog. "faktische Obhut" ist weder durch das Gesetz noch durch die Rechtsprechung (abschliessend) definiert (vgl. Urteil 5A\_428/2014 vom 22. Juli 2014 E. 3.2). Die Staatsanwaltschaft versteht darunter offenbar ein tatsächliches Zusammenleben (Urk 3 S. 2). Es trifft zwar zu, dass unter "faktischer Obhut" auch die tägliche Betreuung, Pflege und Erziehung des Kindes verstanden werden kann (vgl. BGE 136 III 353 E. 3.2). Das Obhutsrecht ist Teil der elterlichen Sorge. Es besteht aus einem Rechtsbündel, namentlich aus der Befugnis, den Aufenthaltsort des Kindes sowie die Art und Weise seiner Unterbringung zu bestimmen (vgl. Urteil 5A\_428/2014 vom 22. Juli 2014 E. 3.2; BGE 136 III 353 E. 3.2; Urteil 5A\_198/2013 vom 14. November 2013 E. 4.1). "Faktische Obhut" beschränkt sich demnach nicht auf ein tatsächliches Zusammenleben. Mit Blick auf Art. 220 StGB geht es darum, dass der Täter die Rückgabe des Minderjährigen verweigert, obschon er zur Rückgabe in der Lage wäre. Massgebend ist hinsichtlich der "faktischen Obhut" deshalb, ob der Täter den Aufenthaltsort des Kindes tatsächlich bestimmt bzw. bestimmen kann. Nur in die-

- 6 - sem Fall hat er die Tatmacht, welche eine Zurechnung des Unrechts bzw. des Verweigerungswillens erlaubt.

### **E. 2.7**

Der Beschwerdegegner bestreitet in seiner Stellungnahme (Urk. 9), "Herr des Geschehens" zu sein. Es mangle an der Handlungsmacht. Er befinde sich seit dem 20. Juli 2008 im Freiheitsentzug. Es treffe zu, dass sich der gemeinsame Sohn C.\_\_\_\_\_ nach wie vor bei seiner Familie in der Türkei befinde und er regelmässig Kontakt zu seiner Familie habe. Der Kontakt zu den Angehörigen könne ihm nicht angelastet werden. Es handle sich um ein grundlegendes Menschenrecht. Ein ständiger Wohnortwechsel der Familie, um den Sohn den Behörden zu entziehen, werde bestritten. Vielmehr sei die Familie aufgrund der akuten Gefahr einer Blutrache gezwungen, sich zu verstecken. Der Beschwerdegegner habe keine bedingungslose Befehlsgewalt gegenüber seiner Familie.

### **E. 2.8**

In der angefochtenen Verfügung erwägt die Staatsanwaltschaft (Urk. 3 S. 2), der Beschwerdegegner habe ausgesagt, dass er nicht wisse, wo (in Istanbul) sich seine Mutter mit dem Sohn genau befinde. Er habe bestritten, dass es in seiner Macht liege, das Kind in

die Schweiz zurückführen zu lassen. Der Beschwerdegegner hat in der Einvernahme vom 17. Juli 2014 ausgeführt, dass bei ihnen das Wort des Familienältesten gelte. Das sei seine Mutter. Es gelte, was sie sage. Er habe auch noch ältere Cousins (Urk. 6/2 S. 4). Dass nach türkischem Recht der Vater nicht über den Aufenthaltsort des Kindes bestimmen kann und dies allein der Grossmutter des Kindes obliegen soll, behaupten weder die Staatsanwaltschaft noch der Beschwerdegegner. Wenn nach der Auffassung des Beschwerdegegners in der Türkei die Scheidung (noch) nicht anerkannt ist, ist davon auszugehen, dass er als Vater den Aufenthaltsort seines Kindes bestimmen kann. Dass er dazu nicht in der Lage sein soll, wie er behauptet, steht im Widerspruch zum Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 11. Mai 2011 (Urk. 6/6), wonach er im Scheidungsverfahren ausgeführt haben soll, dass er in der Lage sei, die Rückführung des Kindes zu veranlassen. Im Rahmen des damaligen Strafverfahrens soll er gesagt haben, dass er das Kind herausgeben würde, wenn es an die Sozialarbeiterin gegeben würde. Das Bezirksgericht ging deshalb

- 7 - davon aus, dass der Beschwerdegegner die Handlungsmacht hatte (S. 23). In der Einvernahme vom 17. Juli 2014 sagte er, dass er zu seinem Kind und seiner Mutter Kontakt habe (Urk. 6/2 S. 2). Weshalb die Herausgabe des Kindes nunmehr am Willen der Mutter des Beschwerdegegners scheitern soll, ist nicht (ohne Weiteres) nachvollziehbar. Der Beschwerdegegner legt dies in seiner Stellungnahme nicht weiter dar (Urk. 9). Die Staatsanwaltschaft hat nicht abgeklärt, ob die Aussagen des Beschwerdegegners zutreffen, wonach er (insbesondere im Vergleich zur erfolgten Verurteilung) keine Tatmacht (mehr) haben soll. Sie könnte dazu nicht nur den Bruder des Beschwerdegegners, sondern auch dessen Mutter oder das Kind - allenfalls rechtshilfweise - befragen. Es mag zutreffen, dass die blosser Unterlassung keine strafbare Verweigerung der Rückgabe darstellt, wie dies der Beschwerdegegner geltend macht (Urk. 9 S. 5). Im Raume steht jedoch die Frage, ob der Beschwerdegegner über Tatmacht verfügte und sich aktiv weigerte, den Sohn an die Beschwerdeführerin zurückzugeben. Das ist keine blosser Unterlassung. Insofern wäre aufgrund der derzeitigen Verdachtslage auch eine mittelbare Täterschaft denkbar. Ob allenfalls Absprachen zwischen dem Beschwerdegegner und seinen Verwandten hinsichtlich des Aufenthaltsorts des Sohnes C. \_\_\_\_\_ bestehen, wird abzuklären sein. Nach dem Gesagten liegt kein klarer Fall vor, der eine Einstellung des Strafverfahrens rechtfertigen könnte. Die angefochtene Verfügung verstösst gegen Art. 319 Abs. 1 lit. a und lit. b StPO. Die Beschwerde ist begründet.

### **E. 3**

Die Beschwerdeführerin beantragt die Rückweisung des Strafverfahrens an die Staatsanwaltschaft. Diese sei anzuweisen, eine Strafuntersuchung durchzuführen (Urk. 2). Heisst die Beschwerdeinstanz die Beschwerde gegen eine Einstellungsverfügung gut, so kann sie der Staatsanwaltschaft oder der Übertretungsstrafbehörde für den weiteren Gang des Verfahrens Weisungen erteilen (Art. 397 Abs. 3 StPO).

- 8 - Wird die Einstellungsverfügung aufgehoben, versteht es sich von selbst, dass die Staatsanwaltschaft die Untersuchung zu führen hat, soweit dies möglich ist. Die von der Beschwerdeführerin beantragten Anweisungen sind entbehrlich.

### **E. 4.1**

Die Beschwerde ist gutzuheissen, die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Staatsanwaltschaft zurückzuweisen.

#### **E. 4.2**

Die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren wird auf Fr. 1'000.-- festgesetzt (§ 17 Abs. 1 und § 2 Abs. 1 GebV OG).

#### **E. 4.3**

Der Beschwerdegegner beantragt, ihm sei in der Person von Rechtsanwalt MLaw Y. \_\_\_\_\_ ein amtlicher Verteidiger nach Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO zu bestellen. Er verweist auf das Verfahren DG100520-L/U vor dem Bezirksgericht Zürich (Urk. 9 S. 6) Dem Beschwerdegegner droht bei einer Verurteilung mutmasslich eine Freiheitsstrafe von über vier Monaten. Da er sich im Strafvollzug befindet, ist nicht von einer Veränderung seiner finanziellen Verhältnisse seit dem Urteil vom 11. Mai 2011 (im Verfahren DG100520-L/U) auszugehen (vgl. Urk. 6/6). Die Fragen, die sich im Beschwerdeverfahren gestellt haben, erweisen sich zumindest in rechtlicher Hinsicht als nicht ganz einfach. Der Beizug eines Anwalts war gerechtfertigt. Die Voraussetzungen nach Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO sind gegeben. Die Beschwerdeinstanz kann vorliegend die amtliche Verteidigung nur für das Beschwerdeverfahren anordnen. Sie ist grundsätzlich erst ab dem Zeitpunkt der Antragsstellung zu gewähren. Eine weiter "rückwirkende" Bestellung für das vorangehende Verfahren der Polizei und Staatsanwaltschaft ist insofern nicht möglich.

#### **E. 4.4**

Die Regelung der Kostenaufgabe und Entschädigungsfolgen hat im Endentscheid zu erfolgen (Art. 421 Abs. 1 StPO). Das gilt namentlich auch für die allfällige Entschädigung einer amtlichen Verteidigung oder unentgeltlichen Rechtsbeistandung (Art. 135 Abs. 2 i.V.m. Art. 138 Abs. 1 StPO) sowie ob diese Kosten den Parteien aufzuerlegen sind.

- 9 -

Es wird verfügt:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.