

ZH_OBERGERICHT UE120204 vom 27. Februar 2013

ZH Obergericht, 2013-02-27, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_ue120204

FR: ZH_OBERGERICHT UE120204 du 27 février 2013

IT: ZH_OBERGERICHT UE120204 del 27 febbraio 2013

Erwägungen

E. 6

August 2012 nahm die Staatsanwaltschaft See / Oberland (Beschwerdegegnerin 2) eine Untersuchung gegen den Beschuldigten nicht anhand (Urk. 9/5). Zur Begründung wurde ausgeführt, Tatort sei E._____, und die Parteien seien nicht Schweizer Bürger; damit sei das schweizerische Strafgesetzbuch nicht anwendbar und keine Zuständigkeit in der Schweiz gegeben (Urk. 9/5 Erw. 2). 1.2 a) Gegen diese Nichtanhandnahmeverfügung liess die Beschwerdeführerin 1 (sinngemäss für sich und den Beschwerdeführer 2) durch ihre Rechtsvertreterin rechtzeitig Beschwerde erheben (Urk. 2). Darin wird die Aufhebung der Verfügung, die Feststellung der Zuständigkeit der Beschwerdegegnerin 2 für die Strafuntersuchung und die Anweisung an die Beschwerdegegnerin 2, die Untersuchung anhand zu nehmen, beantragt. Zudem wird um Gewährung der umfassenden unentgeltlichen Rechtspflege für die Beschwerdeführerin 1 ersucht (Urk. 2 S. 2). b) In der Präsidialverfügung vom 11. Oktober 2012 (Urk. 7) wurde ausgeführt, dass sich der Beschwerdegegner 1 gemäss Auskunft der Einwohnerkontrolle D.____ nach E.____ abgemeldet habe, er jedoch im am Bezirksgericht Meilen hängigen Eheschutzverfahren eine Zustelladresse bezeichnet habe, welche bis auf Weiteres auch im vorliegenden Verfahren zu verwenden sei. Zudem wurde darauf hingewiesen, dass über das gestellte Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege erst nach Vorliegen der Beschwerdeantwort der Beschwerdegegnerin 2 und nach Einsicht in die Untersuchungsakten entschieden werde. Dem Beschwerdegegner 1 wurde in der genannten Verfügung die Beschwerdeschrift an - 3 - die von ihm im Eheschutzverfahren bezeichnete Zustelladresse gesandt; ihm wurde Frist zur freigestellten Stellungnahme zur Beschwerde angesetzt. Diese Verfügung konnte an der Zustelladresse am 12. Oktober 2012 zugestellt werden (Urk. 14). Mit Schreiben vom 24. Oktober 2012 und entsprechender Vollmacht legitimierte sich der vom Beschwerdegegner 1 beigezogene Rechtsvertreter und ersuchte um Zustellung der Akten sowie um Fristerstreckung für die Stellungnahme zur Beschwerde (Urk. 11 f.). c) Mit Verfügung vom 26. Oktober 2012 (Urk. 15) wurde der Rechtsvertreter des Beschwerdegegners 1 darauf hingewiesen, dass das Schreiben vom 24. Oktober 2012 verspätet erscheine. Es wurde ihm Frist angesetzt, um zur Frage der Rechtzeitigkeit Stellung zu nehmen. Dem Akteneinsichtsgesuch wurde entsprochen. d) Der Rechtsvertreter des Beschwerdegegners 1 teilte der Kammer im Schreiben vom 11. November 2012 unter anderem mit, dass er auf Stellungnahme zur Beschwerde verzichte (Urk. 17). Die Beschwerdegegnerin 2 beantragte in ihrer Stellungnahme zur Beschwerde sinngemäss deren Abweisung (Urk. 8). e) In der Verfügung vom 10. Dezember 2012 (Urk. 19) wurde bezüglich des gestellten Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ausgeführt, die Bedürftigkeit sei mit dem Gesuch nachgewiesen worden; hingegen habe sich die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin 1 bislang nicht zu den Aussichten einer

Zivilklage geäussert, und nicht einmal dargetan, inwiefern adhäsionsweise aus der Straftat abgeleitete privatrechtliche Ansprüche geltend gemacht würden. Das Gesuch könne daher einstweilen nicht bewilligt werden. f) Die Rechtsvertreterin der beiden Beschwerdeführer reichte eine Replik ein, in welcher sie an den zuvor gestellten Beschwerdeanträgen festhielt. Zudem legte sie dar, inwiefern im Strafverfahren Zivilansprüche gestellt würden (Urk. 25). Die Beschwerdegegner 1 und 2 verzichteten auf eine Duplik (Urk. 29 und 31). Damit erweist sich die Sache als spruchreif. 2.1 In der Beschwerde wird zuerst der gemäss Ansicht der beiden Beschwerdeführer massgebende Sachverhalt dargelegt (Urk. 2 Ziff. II). Der vorgenannten ma-

- 4 - teriellrechtlichen Argumentation in der angefochtenen Verfügung, wonach Tatort E._____ sei und die Parteien nicht Schweizer Bürger seien, weshalb das schweizerische Strafgesetzbuch nicht anwendbar und keine Zuständigkeit in der Schweiz gegeben sei, wird zusammengefasst Folgendes entgegen gehalten: Aus den in der Verfügung genannten Personalien ergebe sich, dass die Beschwerdegegnerin 2 offenbar davon ausgehe, dass sich nicht nur der Beschwerdeführer 2, sondern auch die Beschwerdeführerin 1 und der Beschwerdegegner 1 in ... aufhalten würden; diese Sachverhaltsannahme sei unzutreffend. Die Beschwerdeführerin 1 wohne nach wie vor in D._____ und der Beschwerdegegner 1 sei zwei Tage nach dem Erlass der angefochtenen Verfügung von der Kantonspolizei Zürich im Rahmen einer nachträglichen Befragung auf dem Polizeiposten in D._____ einvernommen worden. Begehungsort einer Tat im Sinne von Art. 220 StGB sei der Ort, an dem sich die Entziehung des Unmündigen auswirke bzw. der Ort, an dem das Kind zurückgebracht werden müsse. Da die Kindeseltern - die Beschwerdeführerin 1 und der Beschwerdegegner 1 - nach wie vor die gemeinsame Sorge und Obhut über den Beschwerdeführer 2 hätten, sei der Begehungsort der Tat der gemeinsame eheliche Wohnsitz in D._____. Somit sei die Strafuntersuchung in der Schweiz bzw. im Kanton Zürich durchzuführen (Urk. 2 Ziff. III). 2.2 Die Beschwerdegegnerin 2 führt in ihrer Vernehmlassung aus, die Sache sei in der Tat verworren. Die Beschwerdeführerin 1 habe noch am 7. August 2012 behauptet, beim Beschwerdegegner 1 bestehe Flucht- und Verdunkelungsgefahr. In der Beschwerde werde nun davon ausgegangen, das Kind und seine Eltern hätten Wohn- oder Aufenthaltsort in D._____. Das Verhalten der Beschwerdeführerin 1, wie es sich im Sommer 2012 manifestiert habe, habe keinen anderen Schluss zugelassen, als dass sie ebenfalls im Sinne einer Rückwanderung nach ... zurückkehren würde; dort habe sie ihren Mann zurückerobert wollen, und sei ihm samt Kind nachgereist. In einer nächsten Phase habe die Beschwerdeführerin 1 das Kind in ... bei ihrer eigenen Familie zurückgelassen und sei in die Schweiz gereist; damit sei es aus heutiger Sicht wahrscheinlich sie es gewesen, die eine erste Tathandlung im Sinne von Art. 220 StGB vollendet habe (Urk. 8).

- 5 - 2.3 In der Replik wird zusammengefasst ausgeführt, wenn die Beschwerdegegnerin 2 nunmehr ausführe, die Beschwerdeführerin 1 habe wahrscheinlich selber den Tatbestand von Art. 220 StGB erfüllt, stehe dies in Widerspruch zur angefochtenen Verfügung, in welcher argumentiert worden sei, Tatort und Strafverfolgungskompetenz seien nicht in der Schweiz, sondern in E._____. Abgesehen davon seien die Sachverhaltsvorbringen in der Stellungnahme, genau wie auch diejenigen in der angefochtenen Verfügung, unzutreffend und aktenwidrig (Urk. 25). 2.4 a) 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) oder Verfahrenshindernisse bestehen (Art. 310 Abs. 1 lit. b StPO). Dem StGB ist unterworfen, wer in der Schweiz ein Verbrechen oder Vergehen begeht (Art. 3 Abs. 1 StGB). Ein Verbrechen oder Vergehen gilt als da begangen, wo der Täter es ausführt oder pflichtwidrig untätig bleibt, und da, wo der Erfolg eingetreten ist (Art. 8 Abs. 1 StGB). Wäre im vorliegenden Fall klarerweise keine Zuständigkeit der schweizerischen Strafbehörden gegeben, erwiese sich die Nichtanhandnahme der Untersuchung als zutreffend. b) Richtig ist der Hinweis in der angefochtenen Verfügung, dass die beiden Beschwerdeführer sowie der Beschwerdegegner 1 nicht schweizerische Staatsbürger sind; dieser Umstand ist jedoch ohne Entscheidungsrelevanz. Es stellt sich hingegen die Frage, ob die Feststellung in der Verfügung, Tatort sei E._____, zutreffend ist. c) Gemäss Art. 220 StGB wird derjenige, der eine unmündige Person dem Inhaber der elterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt entzieht oder sich weigert, sie ihm zurückzugeben, auf Antrag mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft. Geschütztes Rechtsgut ist primär die Ausübung der elterlichen Rechte und Pflichten des betroffenen Inhabers der elterlichen Sorge. Nach der Rechtsprechung schützt der Tatbestand (auch nicht alleinige) Sorgerechtsinhaber in ihrer Befugnis, über die unmündigen Kinder, insbesondere über deren

- 6 - Aufenthaltsort, Erziehung und Lebensgestaltung zu bestimmen (BGE 6B_685/2007 vom 5.3.2008 Erw. 3.1; BGE 128 IV 159 Erw. 3.1 und 125 IV 15 Erw. 2.a je m.H.; SJZ 106 [2010] Nr. 33 S. 573 ff.). Von der Kindesentziehung ist nicht nur der Erziehungsberechtigte betroffen, sondern auch das Kind; mittelbar dient Art. 220 StGB daher auch dem Schutz des Familienfriedens bzw. des Kindeswohls (BGE 128 IV 159 Erw. 3.1 m.H.). Täter kann jeder sein, der die elterliche Gewalt (bzw. Sorge) nicht uneingeschränkt und alleine ausübt (BGE 126 IV 224 Erw. 1.c.aa m.H.). Die Trägerschaft der elterlichen Gewalt bestimmt sich nach dem Zivilrecht (BGE 128 IV 159 Erw. 3.3). Nach schweizerischem Recht üben die Eltern während der Ehe die elterliche Sorge gemeinsam aus (Art. 297 Abs. 1 ZGB). Die Beschwerdeführerin 1 und der Beschwerdegegner 1 sind nach wie vor verheiratet. Der Beschwerdeführer 2 befindet sich - was sich auch aus den Aussagen des Beschwerdegegners 1 ergibt (Urk. 9/9) - seit mehreren Monaten in E._____; dort lebt er bei den Eltern bzw. der Familie des Beschwerdegegners 1 (Urk. 9/9 S. 2 Mitte). Ob vorliegend bezüglich der elterlichen Beziehungen zum Beschwerdeführer 1 schweizerisches Recht oder das Recht an dessen gewöhnlichen Aufenthalt (vgl. Art. 82 Abs. 1 IPRG) Anwendung findet, kann offen bleiben. Aufgrund der klaren Aussagen der Beschwerdeführerin 1 (Urk. 9/2 S. 2 Mitte) und derjenigen des Beschwerdegegners 1 ist ohne Weiteres davon auszugehen, dass beiden Elternteilen das Sorgerecht in der Vergangenheit gemeinsam zustand und auch zur Zeit gemeinsam zusteht. Der Beschwerdegegner 1 führte mehrfach aus, er und seine Ehefrau wollten die Scheidung und würden das alleinige Sorgerecht beantragen; der Entscheidung über das Sorgerecht sei noch nicht gefällt (Urk. 9/9 S. 2 ff. passim). Im Übrigen geht auch die angefochtene Verfügung nicht - jedenfalls nicht explizit - davon aus, dass der Beschwerdegegner 1 das alleinige Sorgerecht hätte. d) Im vorliegenden Fall steht nur die als Dauer- und Unterlassungsdelikt ausgestaltete Tatvariante von Art. 220 StGB, nämlich die pflichtwidrige Weigerung der Rückgabe des Unmündigen, der sich bereits in der tatsächlichen oder faktischen Obhut des Täters befindet, im Raum. Insofern wird zumindest vorausgesetzt, dass der Täter von sich aus oder auf eine Aufforderung hin durch explizites oder

- 7 - konkludentes Verhalten zum Ausdruck bringt, dass er den Unmündigen nicht nur vorübergehend, sondern für längere Zeit dem Berechtigten vorenthalten, die faktische Obhut über den Unmündigen behalten und die Wiederherstellung des elterlichen Sorgeverhältnisses vereiteln möchte (BGE 125 IV 15 Erw. 2.b; SJZ 106 [2010] Nr. 33 S. 574; Stratenwerth/Bommer, Schweizerisches Strafrecht, BT II, Bern 2008, S. 39 f.). Bei Unterlassungsdelikten - und damit auch bei der soeben genannten Tatvariante von Art. 220 StGB - tritt an die Stelle des Ortes der Handlung derjenige, an dem der Täter hätte handeln sollen (BGE 125 IV 16 Erw. 2.c.aa m.H.). Gemäss den insofern übereinstimmenden Aussagen der Beschwerdeführerin 1 und des Beschwerdegegners 1 lebten sie nach ihrer Heirat im Jahre 2008 in einer gemeinsamen Wohnung, zuerst in D._____ und anschliessend in F._____; in D._____ hatte der Beschwerdegegner 1 auch eine feste Arbeitsstelle (Urk. 9/2 und 9/9), und er arbeitete bis Mai 2012 in der Schweiz (Urk. 9/9 S. 6 unten). Der Beschwerdeführer 2 kam am 17. August 2009 im Spital in F._____ zur Welt. Die eheliche Wohnung in F._____ kündigte der Beschwerdegegner 1 per Ende September 2012. Die Beschwerdeführerin 1 befand sich nicht - wie in der angefochtenen Verfügung festgehalten - "zur Zeit" (bzw. im Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung) in E._____. Sie stellte - wie eingangs erwähnt - am 25. Juli 2012 Strafantrag und befand sich auch nachher - wie sich auch aus den Untersuchungsakten ergibt (Urk. 9/7/2) - in der Schweiz bzw. in der Gemeinde D._____. In ihrer Befragung vom 25. Juli 2012 führte sie aus, sie beziehe Sozialgelder; der Sozialdienst D._____ habe ihr eine sechsmonatige Ausbildung bei der Stiftung "... " vermittelt und anschliessend werde sie voraussichtlich arbeiten (Urk. 9/2 S. 5 unten). Sie wolle hier in der Schweiz ihren Mann "zurückerobern" (Urk. 9/2 S. 7 Mitte). Es trifft daher nicht zu, wenn die Beschwerdegegnerin 2 in ihrer Stellungnahme zur Beschwerde ausführt, das Verhalten der Beschwerdeführerin 1 habe keinen anderen Schluss zugelassen, als sie ebenfalls im Sinne einer Rückwanderung nach ... zurückgekehrt sei; sollte die Beschwerdegegnerin 2 damit Bezug auf den Aufenthalt der Beschwerdeführerin 1 zusammen mit ihrem Ehemann und dem Kind im November 2011 in E._____ Bezug nehmen, würde dies nichts ändern, da es sich bei diesem Aufenthalt gemäss Darstellung der Beschwerdeführerin 1 um einen Feri-

- 8 - enaufenthalt handelte, was auch in der angefochtenen Verfügung derart erwähnt wird. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass sich der Wohnsitz und der Lebensmittelpunkt der beiden Beschwerdeführer und des Beschwerdegegners 1 über Jahre hinweg in der Gemeinde D._____ befanden, die Beschwerdeführerin 1 nach wie vor in dieser Gemeinde lebt und beabsichtigt, in der Schweiz zu verbleiben. Die Gemeinde D._____ ist somit der Ort, an welchem die Beschwerdeführerin 1 die elterliche Sorge und die in diesem Kontext stehenden Rechte in der Vergangenheit ausgeübt hat und weiter ausüben will. Der Beschwerdeführer 2 befindet sich seit Monaten (und offenbar auch heute noch) in E._____. Gemäss den Aussagen des Beschwerdegegners 1 lebt das Kind momentan bei den Eltern des Beschwerdegegners 1 (Urk. 9/9 S. 2 Mitte und S. 4 oben); der Beschwerdegegner 1 führte aus, er werde zu seinem Sohn nach ... zurückkehren (Urk. 9/9 S. 6). Nach seiner Darstellung war das Kind im Zeitpunkt der Befragung - dem 8. August 2012 - nach wie vor in der Gemeinde D._____ angemeldet (Urk. 9/9 S. 3 unten). Laut Aussagen der Beschwerdeführerin 1 befindet sich das Kind - jedenfalls seit es beim Beschwerdegegner 1 bzw. dessen Eltern lebt - gegen ihren Willen in E._____, weshalb sie denn auch Strafantrag gegen den Beschwerdegegner 1 gestellt hat. Auch wenn aufgrund der momentanen Aktenlage unklar ist, aus welchen Gründen der Beschwerdeführer 2 seit November 2011 in ... weilt und wie in diesem Kontext das Verhalten des

Beschwerdegegners 1 zu würdigen ist, scheint jedenfalls festzustehen, dass die Beschwerdeführerin 1 ihre Elternrechte nicht an ihrem Wohnsitz ausüben kann. Damit wäre eine allfällige Tathandlung des Beschwerdegegners 1 entgegen der in der angefochtenen Verfügung vertretenen Auffassung nicht in E._____, sondern in der Schweiz bzw. im Kanton Zürich erfolgt (BGE 125 IV 16 f. Erw. 2.c). Aus diesem Grund kann die Nichtanhandnahme der Untersuchung nicht damit begründet werden, der Tatort sei nicht in der Schweiz. Daher kann auch nicht gefolgert werden, das StGB sei nicht anwendbar und es sei keine Zuständigkeit in der Schweiz gegeben. 2.5 Abschliessend ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung eine unzutreffende Begründung enthält. Die Nichtanhandnahme der Untersuchung darf nur in

- 9 - sachverhaltmässig und rechtlich klaren Fällen ergehen (BGE vom 15. Oktober 2012, 1B_158/2012, Erw. 2.1 m.H. auf BGE 137 IV 287 f. Erw. 2.3). Die Untersuchungsakten enthalten im Wesentlichen erst je eine polizeiliche Aussage der Beschwerdeführerin 1 und des Beschwerdegegners 1, wobei die Aussagen in mehreren relevanten Punkten nicht übereinstimmen. Damit kann zum jetzigen Zeitpunkt nicht von einem sachverhaltmässig und rechtlich klaren Fall ausgegangen werden. Ein anderer als in der angefochtenen Verfügung genannter Grund, der klarerweise dazu führen würde, dass die Nichtanhandnahme der Untersuchung im Ergebnis richtig ist, liegt nicht vor. Daher ist die Beschwerde gutzuheissen, die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Sache an die Beschwerdegegnerin 2 zurückzuweisen. 2.6 Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 428 Abs. 1 und Abs. 4 StPO). Damit erweist sich das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, das ausschliesslich für die Beschwerdeführerin 1 gestellt wird (Urk. 2 S. 2 und S. 9), insoweit als gegenstandslos, als damit die Befreiung von Verfahrenskosten im Beschwerdeverfahren beantragt wird. Die Voraussetzungen für die mit dem Gesuch ebenfalls beantragte Gewährung der unentgeltlichen Rechtsvertretung für das Beschwerdeverfahren (Art. 136 Abs. 1 StPO) sind erfüllt; die Mittellosigkeit ist ausgewiesen (Urk. 5/14) und aufgrund der gegenwärtigen Aktenlage kann die Zivilklage der Beschwerdeführerin 1 (Urk. 25 S. 5 f.) nicht als aussichtslos beurteilt werden. Ihr ist daher für das Beschwerdeverfahren Rechtsanwältin lic. iur. X._____ als unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen. Diese ist durch die Gerichtskasse zu entschädigen (Art. 422 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a StPO). Die Höhe der Entschädigung wird nach Eingang der entsprechenden Honorarnote mit separatem Beschluss festzusetzen sein. Dem Beschwerdegegner 1, der im Beschwerdeverfahren keine Stellungnahme eingereicht und auch keine Anträge gestellt hat, ist keine Entschädigung zuzusprechen.

- 10 - Es wird verfügt:

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