

Zum Sachverhalt:

Der Angeklagten wurde als alleinige Inhaberin der elterlichen Obhut vorgeworfen, sie habe im April und Mai 2007 drei Mal das väterliche Besuchsrecht verunmöglicht (zwei Nachmittage und ein Wochenende).

Aus dem Entscheid des Obergerichts:

#### **"IV. Rechtliche Würdigung**

1.1 Gemäss Art. 220 StGB wird auf Antrag mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer eine unmündige Person dem Inhaber der elterlichen oder der vormundschaftlichen Gewalt entzieht oder sich weigert, sie ihm zurückzugeben. Der Begriff der "elterlichen Gewalt" wurde mit der Revision des Zivilgesetzbuches vom 26. Juni 1998, in Kraft seit 1. Januar 2000, durch denjenigen der elterlichen Sorge ersetzt; eine Anpassung von Art. 220 StGB ist bisher aber unterblieben. Im Folgenden ist der aktuelle Begriff der elterlichen Sorge zu verwenden.

#### 1.2 Geschütztes Rechtsgut

Das Entziehen von Unmündigen gemäss Art. 220 StGB stellt ein Vergehen gegen die Familie unter Strafe. Geschütztes Rechtsgut ist primär die Ausübung der Rechte und Pflichten durch den betroffenen Inhaber der elterlichen Sorge. Nach der Rechtsprechung schützt der Tatbestand (auch nicht alleinige) Sorgerechtsinhaber in ihrer Befugnis, über die unmündigen Kinder, insbesondere über deren Aufenthaltsort, Erziehung und Lebensgestaltung zu bestimmen (Urteil des Bundesgerichts 6B\_685/2007 vom 5. März 2008 E. 3.1; BGE 128 IV 154 E. 3.1; BGE 125 IV 14 E. 2a; [BGE 118 IV 61 E. 2a](#); [BGE 108 IV 22](#); [BGE 98 IV 35 E. 2](#), je mit Hinweisen; vgl. auch Susanne Hüppi, Straf- und zivilrechtliche Aspekte der Kindesentziehung gemäss Art. 220 StGB mit Schwergewicht auf den Kindesentführungen durch einen Elternteil, Diss. Zürich 1988, S. 22 ff., 42; Martin Schubarth, in: Guido J. / Martin Schubarth / Peter Albrecht, Kommentar zum

schweizerischen Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. IV: Delikte gegen die sexuelle Integrität und gegen die Familie, Bern 1997, Art. 220 N 8 f.; Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II, Straftaten gegen Gemeininteressen, 5. Aufl., Bern 2000, § 27 Rz. 3). Von der Kindesentziehung ist allerdings nicht nur der Erziehungsberechtigte betroffen, sondern auch das Kind. Mittelbar dient Art. 220 StGB daher auch dem Schutz des Familienfriedens bzw. des Kindeswohls (BGE 92 IV 1 E. a; Hüppi, S. 30; Schubarth, Art. 220 N 8).

### 1.3 Tathandlung

Sie wird umschrieben als Entziehen oder Weigerung der Rückgabe des Unmündigen.

1.3.1 Entziehen bedeutet die örtliche Trennung des Unmündigen von der Person, welche die Sorge innehat, und zwar unabhängig vom allfälligen Einverständnis des Minderjährigen. Es geht um das Herbeiführen der Trennung durch Entfernung des Minderjährigen.

1.3.2 Die Tatvariante der Weigerung der Rückgabe ist dann verwirklicht, wenn sich der Unmündige bereits in der tatsächlichen Obhut des Täters befindet, dieser aber - beispielsweise nach Ablauf des Besuchsrechts - zur Herausgabe des Minderjährigen verpflichtet ist. Dabei wird zumindest vorausgesetzt, dass der Täter von sich aus oder auf eine Aufforderung hin durch explizites oder konkludentes Verhalten zum Ausdruck bringt, dass er den Unmündigen nicht nur vorübergehend, sondern für längere Zeit dem Berechtigten vorenthalten will, dass er die (Wieder-)Herstellung der elterlichen Sorge / Obhut verhindern möchte. Demnach handelt nicht tatbestandsmässig, wer die unmündige Person bei Ausübung des Besuchsrechts lediglich zu spät zurückbringt (Stefan Trechsel et al, Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, Art. 220 N 3 mit weiteren Hinweisen; BSK StGB II - Eckert, 2. Auflage, Basel 2007, Art. 220 N 26 f.; Donatsch / Flachsmann / Hug / Weder, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 17. Auflage, Zürich 2006, S. 331 f.; Donatsch / Wohlers, Strafrecht IV, 3. Auflage, Zürich 2004, S. 25-27 mit weiteren Hinweisen; Günter Stratenwerth, § 27 Rz. 6 f).

## 1.4 Täterkreis

1.4.1 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes kann das Delikt nicht nur durch Aussenstehende, sondern auch von einem Elternteil begangen werden. So macht sich auch ein Elternteil der Entziehung eines Unmündigen strafbar, wenn er seinem Ehepartner das Kind vorenthält. Dies gilt wie bei der zweiten Tatvariante erwähnt namentlich für den Fall, dass der Elternteil, der nicht Obhutsinhaber ist und dem aufgrund von Eheschutzmassnahmen (Art. 176 Abs. 3 ZGB) oder im Rahmen vorsorglicher Massnahmen im Scheidungsverfahren (Art. 137 ZGB) ein Besuchsrecht zugesprochen wurde, dieses Besuchsrecht (deutlich) überschreitet bzw. sich weigert, das Kind dem Inhaber der elterlichen Obhut zurückzubringen (BGE 128 IV 154 E. 3.2; BGE 110 IV 35 E. 1c; [BGE 108 IV 22](#); [BGE 98 IV 35 E. 2](#), je mit Hinweisen; vgl. auch [BGE 125 IV 14 E. 2b S. 16](#); [BGE 118 IV 61 E. 2a S. 63](#)). Da jeder Täter sein kann, der die elterliche Sorge *nicht uneingeschränkt und alleine* ausübt (auch Günter Stratenwerth, § 27 Rz. 4; BSK StGB II - Eckert, Art. 220 N 8), kommen gemäss Bundesgericht beide Elternteile als Täter in Frage, mithin auch derjenige, dem im Eheschutzverfahren oder bei vorsorglichen Massnahmen im Scheidungs- oder Trennungsverfahren die Obhut zugeteilt wurde, denn die verheirateten Eltern bleiben grundsätzlich bis zur rechtskräftigen Scheidung gemeinsame Inhaber der elterlichen Sorge (vgl. auch Urteile des Bundesgerichts 6B\_711/2008 vom 2. April 2009, E. 3.1, 6B\_685/2007 vom 5. März 2008 E. 3.1 und 6S.57/2007 vom 20. April 2007 E. 6.2.1; BGE 126 IV 221 E. 1c/aa; BGE 98 IV 35 E.2). Somit kann neben dem genannten hauptsächlichen Anwendungsfall - länger dauerndes Überschreiten des Besuchsrechts bzw. Weigerung, das Kind dem Obhutsinhaber zurückzugeben - nach der Praxis auch der Obhutsinhaber selber Täter im Sinne von Art. 220 StGB sein, falls er dem andern Elternteil und Mitinhaber der elterlichen Sorge das Besuchsrecht verweigert (so auch explizit Susanne Hüppi, S. 117 f., 271 f., 275 f., die sich selbst für den Schutz des vereinbarten Besuchsrechts ausspricht; Bertrand Sauterel, L'enlèvement de mineurs, Diss. Lausanne 1991, S. 101 f.; Trechsel et al, Art. 220 N 2).

Von dieser Praxis ist der Vorderrichter ausgegangen, als er die Angeklagte des mehrfachen Entziehens von Unmündigen im Sinne von Art. 220 StGB für schuldig befand (Urk. 40 S. 6).

1.4.2 Diese Praxis ist auf erheblichen Widerspruch gestossen (BSK StGB II - Eckert, Art. 220 N 14 f.; Stratenwerth / Wohlers, Schweizerisches Strafgesetzbuch Handkommentar, Bern 2007, Art. 220 N 2; Donatsch / Wohlers, S. 24 f. mit weiteren Hinweisen; Schubarth, Art. 220 N 38; auch kritisch - obwohl hinnehmend - Günter Stratenwerth, § 27 Rz 5).

1.4.2.1 Diese Kritik ist aus folgenden Gründen und mit der Verteidigung (Urk. 56 S. 16ff) als berechtigt anzusehen:

(1) Folgt man dem Gesetzestext, wird die Verweigerung eines (einzelnen) Besuchsrechts nicht umfasst. Tathandlung sind wie gesehen das Entziehen (vorstehende Erwägung 1.3.1) oder die Weigerung der Rückgabe (vorstehende Erwägung 1.3.2). Der alleinige Obhutsinhaber - vorliegend die Angeklagte - kann die ihm anvertrauten Kinder durch Verweigerung eines (einzelnen) Besuchsrechtes dem andern Elternteil nicht entziehen. Diese sind ja grundsätzlich bei ihm. Deshalb gibt es auch keine Rückgabe bzw. eine Weigerung der Rückgabe. Vom Wortlaut her schützt die Norm den Obhutsinhaber und zählt ihn nicht zum potentiellen Täterkreis.

(2) Die bundesgerichtliche Praxis verschiebt den Schwerpunkt des Tatbestandes, der aus den Vorschriften über den Kindesraub hervorgegangen ist, vom elementaren Schutz der elterlichen (oder vormundschaftlichen) Sorge gegen Eingriffe *Aussenstehender* auf die Durchsetzung richterlicher Anordnungen über die Versorgung der Kinder oder gar der Mitwirkungsrechte eines Elternteils bei Ausübung der elterlichen Sorge im Falle *interner* Differenzen (Stratenwerth, § 27 Rz 5). Ist - wie hier - die Ausübung des Besuchsrechtes schon während des Scheidungs- oder Eheschutzverfahrens mit Schwierigkeiten verbunden, indem zum Beispiel erhebliche, das Kindeswohl gefährdende Auseinandersetzungen im Umfeld des Besuchsrechts zu befürchten sind, ist in erster Linie mit der Errichtung einer Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB (Besuchsrechtsbeistandschaft) Abhilfe zu

schaffen (BSK ZGB I - Peter Breitschmid, Basel 2006, Art. 308 N 14; Hinderling / Steck, Das Schweizerische Ehescheidungsrecht, 4. Auflage, Zürich 1995, S. 430 f.). Das geschah vorliegend bis in Einzelheiten (Urk. 5 S. 2 f. und 5). Insbesondere wurde auch die Überwachung des Besuchsrechts durch den Beistand als neutrale Drittperson angeordnet. Eine solche umfasst wenn nötig auch die Aufgabe, für einen reibungslosen Verlauf der einzelnen Besuche besorgt zu sein, einschliesslich Zuführung der Kinder zum Besuchs-berechtigten, Anwesenheit bei der Übergabe, gegebenenfalls Anwesenheit während der Besuche, wobei solch aktive Mitwirkung zumindest in der Anfangszeit erforderlich sein kann (BSK ZGB I - Peter Breitschmid, Art. 308 N 15; Hinderling / Steck, S. 431; Hüppi, S. 282). Die ernannte Beiständin, J. V., hatte ihr Amt kaum angetreten, als die Konflikte eskalierten (Urk. 24/3). Zudem stiess die Beiständin wohl auch in zeitlicher Hinsicht aufgrund des ausgedehnten Besuchsrechts (Urk. 5 S. 2 f.) an Grenzen. Darüber hinaus musste zu jener Zeit eine Zwangsherausgabe betreffend Hausrat durchgeführt werden, wodurch das angespannte Klima zusätzlich angeheizt wurde. Wie der Staatsanwalt dem Antragsteller mehrfach und zu Recht darzulegen versuchte, erscheint ein Strafverfahren nicht das adäquate Mittel zur Problemlösung und widerspricht überdies sowohl den Interessen der Eltern als auch dem Wohl der Kinder (Urk. 6 und Urk. 15).

(3) Vom Sinn und Zweck schützt Art. 220 StGB nicht die elterliche Sorge als solche, sondern das Recht, über den Aufenthalt des Unmündigen zu bestimmen. Das Besuchsrecht, das in der Persönlichkeit des Elternteils wurzelt, ist nicht Ausfluss dieses Rechts (BSK StGB II - Eckert, Art. 220 N 5 und 14). So gesehen fällt die Vereitelung des Besuchsrechts durch den Obhuts- oder Sorgeberechtigten ebenso wenig in den Anwendungsbereich der Norm wie die dem Kindeswohl zuwiderlaufende Bestimmung des Aufenthaltsortes durch den Obhuts- oder Sorgeberechtigten (Stratenwerth / Wohlers, Art. 220 N 2). Mit der teleologischen Auslegung lässt sich die Strafbarkeit des Mitinhabers der elterlichen Sorge, der das Besuchsrecht des andern Elternteils verhindert, somit nur schwer vereinbaren (auch Hüppi, S. 118).

(4) Hinzu kommt, dass bei der Ansicht, der Obhutsinhaber könne durch Vereitelung des Besuchsrechts Täter sein, der Obhutsinhaber zwar während des Scheidungsverfahrens als Täter in Frage kommt, nach Eintritt der rechtskräftigen Scheidung eine Strafbarkeit derselben Person aber ohnehin entfällt, steht die elterliche Sorge in der Regel doch dem Ehegatten zu, dem die Kinder anvertraut wurden. Täter kann dann nur noch derjenige sein, dem die Kinder nicht zugesprochen wurden. Diese unterschiedliche Behandlung des gleichen Elternteils - einfach zu verschiedenen Zeitpunkten - ist schwer begründbar (BSK StGB II - Eckert, Art. 220 N 14 und 15 mit weiteren Hinweisen; Schubarth, N 38 zu Art. 220, Donatsch / Wohlers, S. 24). Selbst Hüppi vermerkt, dass dadurch der nicht (mehr) sorgeberechtigte Elternteil durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung in nicht zu rechtfertigender Weise diskriminiert wird, weshalb sie dafür votiert, die generelle Vereitelung des Besuchsrechts durch eine Anpassung von Art. 220 StGB unter Strafe zu stellen (S. 118 f.). Ein solch unterschiedliches Ergebnis ist wie dargelegt nicht nur schwer verständlich, sondern widerspricht darüber hinaus auch der Rechtsgerechtigkeit und Rechtssicherheit. In Anbetracht dieser Umstände ist der im Basler Kommentar vertretenen Ansicht zu folgen, wonach es dem Besuchsberechtigten vielmehr generell zuzumuten ist, sein Recht wenn nötig auf zivilprozessualen Weg durchzusetzen, wobei der zuständige Richter immer noch den Hinweis auf die Strafdrohung des Ungehorsamstatbestands, Art. 292 StGB, machen kann (BSK StGB II - Eckert, Art. 220 N 14).

Beizufügen ist an dieser Stelle, dass anlässlich der StGB-Revision von 1989, die zur heutigen Formulierung von Art. 220 StGB führte, in der Botschaft des Bundesrates die Auffassung vertreten wurde, es bestehe keine Notwendigkeit, das Besuchsrecht jenes Elternteils, der keine elterliche Gewalt (bzw. Sorge) mehr habe, durch Art. 220 StGB besonders zu schützen; Art. 292 StGB (Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen) dürfte zur Durchsetzung dieser Rechte genügen (BBI 1985 II S. 1060).

(5) Die Auslegung von Art. 220 StGB führt wie dargelegt keineswegs zwingend zum Ergebnis, dass die Vereitelung des Besuchsrechts durch den alleinigen Inhaber der elterlichen Obhut, der lediglich (Mit-)Inhaber der elterlichen Sorge ist,

unter diese Strafnorm fällt. Gemäss dem in Art. 1 StGB verankerten Legalitätsprinzip darf eine Strafe nur wegen einer Tat verhängt werden, die das Gesetz *ausdrücklich* unter Strafe stellt. Im Zweifel ist daher in Anwendung des Grundsatzes *nulla poena sine lege* derjenigen Auslegung der Vorzug zu geben, welche die Vereitelung des Besuchsrechts durch den alleinigen Inhaber der elterlichen Obhut nicht unter Art. 220 StGB subsumiert (auch Donatsch / Wohlers, S. 25).

1.4.2.2 Darüber hinaus ist zu beachten, dass es sich bei der zitierten bundesgerichtlichen Praxis durchwegs um Situationen handelte, wo ein Kind oder mehrere Kinder durch einen Elternteil, hauptsächlich den Besuchsberechtigten, für eine längere Zeitspanne (Wochen, Monate) ins Ausland verschleppt oder vom Ausland in die Schweiz verbracht wurden. Die Kindesentführung durch einen Elternteil stellt denn auch den häufigsten Anwendungsbereich von Art. 220 StGB dar (Hüppi, S. 277). Soweit ersichtlich hat einzig im Fall, der in Pra 92 (2003) Nr. 149 wiedergegeben wird, das Vereiteln des Besuchsrechts, welches systematisch erfolgte und mehr als zwei Monate dauerte, zur Verurteilung wegen Entziehens von Unmündigen nach Art. 220 StGB geführt. Betroffen war ein in Frankreich lebender Vater, der mit der Täterin nicht verheiratet, aber gemeinsam mit dieser auf Dauer Inhaber der elterlichen Sorge war (Donatsch / Flachsmann / Hug / Weder, S. 331; Trechsel et al, Art. 220 N 2). Analog zur Praxis, dass nur eine länger dauernde und nicht eine bloss vorübergehende Überschreitung des Besuchsrechts (Stunden, wenige Tage; vgl. Stratenwerth, § 27 N 7) strafbar ist, müsste auch eine mehrfache und länger dauernde Verweigerung des Besuchsrechts Voraussetzung für die Strafbarkeit sein. Diese Voraussetzung dürfte vorliegend mit (maximal) zwei Nachmittagen und einem Wochenende (vgl. Urk. 11 S. 2 f.) kaum erfüllt sein. Zudem kam das Besuchsrecht zwischen den Verweigerungsvorfällen und danach wieder zustande, dies auch immer wieder in einem grösseren als dem vereinbarten Umfang. Aus den Akten ist sodann nirgends ersichtlich, dass die Angeklagte explizit oder zumindest konkludent zum Ausdruck gebracht hätte, das Besuchsrecht weitere Male vereiteln zu wollen (vgl. vorstehende Erwägung 1.3.2 und nachfolgend V. und Prot. II S. 16).

1.4.3 In gesamthafter Würdigung ergibt sich, dass der alleinige Inhaber der elterlichen Obhut, selbst wenn er das Besuchsrecht des andern Elternteils und nicht obhutsberechtigten Mitinhabers der elterlichen Sorge vereitelt, grundsätzlich nicht Täter im Sinne von Art. 220 StGB sein kann. Demzufolge kann die Angeklagte, der (maximal) ein – teils kurzes – dreimaliges Vereiteln des Besuchsrechts vorgeworfen wird, nicht aufgrund dieser Bestimmung bestraft werden.

1.5 Bei dieser Situation ist die Angeklagte vom Vorwurf des mehrfachen Entziehens von Unmündigen im Sinne von Art. 220 StGB freizusprechen."

Obergericht, I. Strafkammer

Urteil vom 14. Dezember 2009