

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB120485-O/U/hb

Mitwirkend: die Oberrichter lic.iur. Spiess, Präsident und lic.iur. Burger,
Ersatzoberrichterin lic.iur. Bertschi sowie der Gerichtsschreiber
lic.iur. Hafner

Urteil vom 24. Mai 2013

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Vernachlässigung von Unterhaltspflichten**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes in Strafsachen des Bezirkes
Dietikon vom 26. Juni 2012 (GB120004)**

Anklage:

Der Strafbefehl Nr. B-4/2011/2489 der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis vom 11. Januar 2012 (Urk. 10) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist schuldig der Vernachlässigung von Unterhaltspflichten im Sinne von Art. 217 Abs. 1 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit gemeinnütziger Arbeit von 90 Stunden.
3. Der Vollzug der gemeinnützigen Arbeit wird nicht aufgeschoben.
4. Die mit Urteil des Obergerichtes des Kantons Luzern vom 18. November 2008 für eine Freiheitsstrafe von 21 Monaten angesetzte Probezeit von 3 Jahren wird um die Dauer eines Jahres verlängert.

5. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf:

Fr. 900.00 ; die weiteren Kosten betragen:

Fr. Kosten Kantonspolizei

Fr. 700.00 Gebühr Vorverfahren (Pauschalgebühr)

Fr. Kanzleikosten

Fr. Auslagen Untersuchung

Fr. amtliche Verteidigung

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

Wird auf eine schriftliche Begründung des Urteils verzichtet, so reduziert sich die Gerichtsgebühr um einen Drittel.

6. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt, aber abgeschrieben.

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 54 S. 2 und Prot. II S. 11)

1. Herr A._____ sei vom Vorwurf der angeblichen Vernachlässigung von Unterhaltspflichten (Art. 217 Abs. 1 StGB) freizusprechen.
2. Die Verfahrenskosten der ersten und zweiten Instanz seien auf die Staatskasse zu nehmen.
3. Herrn A._____ sei eine Entschädigung für die angefallenen Anwaltskosten von Fr. 4'210.30 (Anwaltskosten erste Instanz gemäss Rechnung) und Fr. 1'875.– (Honorar, inkl. Auslagen und MWST zweite Instanz) zu bezahlen.

b) Des Vertreters der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland:

(Urk. 47, schriftlich)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

I.

1. Das Einzelgericht in Strafsachen des Bezirksgerichts Dietikon sprach den Beschuldigten mit Urteil vom 26. Juni 2012 anlagegemäss schuldig der Vernachlässigung von Unterhaltspflichten im Sinne von Art. 217 Abs. 1 StGB und bestrafte ihn mit gemeinnütziger Arbeit von 90 Stunden. Der Vollzug der Strafe wurde nicht aufgeschoben. Die mit Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern vom 18. November 2008 für eine Freiheitsstrafe von 21 Monaten angesetzte Probezeit von 3 Jahren wurde um die Dauer eines Jahres verlängert. Die Verfahrenskosten wurden dem Beschuldigten auferlegt, aber sogleich abgeschrieben (Urk. 42 S. 18).

2. Der Beschuldigte liess rechtzeitig die Berufung gegen dieses Urteil anmelden (Urk. 36; Art. 399 Abs. 1 StPO) und sodann auch fristgerecht die Berufungserklärung einreichen (Urk. 43; Art. 399 Abs. 3 StPO). Er liess einen Freispruch beantragen unter entsprechenden Kosten- und Entschädigungsfolgen (Urk. 43).

II.

1. a) Die Staatsanwaltschaft wirft dem Beschuldigten vor, im Zeitraum vom 1. November 2010 bis zum 31. August 2011 gegenüber der Alimentenhilfe B._____ der Unterhaltspflicht für seine Tochter C._____, geboren tt.mm.2001, im Betrag von monatlich Fr. 670.–, mithin total Fr. 6'700.–, nicht nachgekommen zu sein, obschon er dazu mit Verfügung des Bezirksgerichtes Zürich vom 30. Januar 2006 (Urk. 2/2) verpflichtet worden war und es ihm im fraglichen Zeitraum möglich gewesen wäre, dieser zumindest zeitweise oder teilweise nachzukommen, wenn er nicht per August 2010 seine Festanstellung beim Unternehmen D._____ aufgegeben hätte, welche Anstellung ihm monatlich rund Fr. 4'200.-- eingebracht habe, um sich selbständig zu machen und das Unternehmen "E._____ GmbH" zu

gründen, welches Unternehmen zu keinem Zeitpunkt rentiert habe, bis schliesslich im Herbst 2011 der Konkurs über das Unternehmen eröffnet worden sei (Urk.10 S. 3).

b) Die Bestrafung nach Art. 217 Abs. 1 StGB setzt voraus, dass der Täter über die Mittel zur Erfüllung der Unterhaltspflicht verfügt oder verfügen könnte. Damit wird auch erfasst, wer zwar einerseits nicht über ausreichende Mittel zur Pflichterfüllung verfügt, es andererseits aber unterlässt, ihm offen stehende und zumutbare Möglichkeiten zum Geldverdienen zu ergreifen (BGE 126 IV 153 Erw. 2 mit Verweis auf die Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes vom 26. Juni 1985, BBl 1985 II 1055).

c) Der Beschuldigte anerkannte schon während der Untersuchung wie auch anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung und in der Berufungsverhandlung, gegenüber seinem Kind die genannte Unterhaltsverpflichtung zu haben, und gestand überdies ein, dieser nicht nachgekommen zu sein (Urk. 6 S. 2 und S. 6, Urk. 15 S. 2 und Urk. 31 S. 2). Diese Zugaben decken sich mit den entsprechenden Untersuchungsergebnissen, weshalb als erstellt erachtet werden kann, dass der Beschuldigte vom 1. November 2010 bis 31. August 2011 seiner Unterhaltspflicht im Gesamtbetrag von Fr. 6'700.– nicht nachgekommen ist. Nicht geständig zeigte sich der Beschuldigte hingegen bezüglich des subjektiven Tatbestandes, insbesondere seines Vorsatzes (Urk. 6 S. 1 f., Urk. 15 S. 2 und Urk. 31 S. 2 und 4). Konkret machte er bzw. seine Verteidigung geltend, dass er überzeugt gewesen sei, mit der Kündigung seiner Festanstellung und nachfolgender Selbständigkeit die richtige Entscheidung getroffen zu haben. Er sei davon ausgegangen, in seinem angestammten Fähigkeitsgebiet als Hauswart und Allrounder ein besseres Einkommen als bei der D. _____ erzielen und seine Schulden abbauen zu können. Dieses Unternehmen sei bekanntlich gescheitert. Er sei von F. _____, der ihm die neue Tätigkeit vermittelt hatte, hinters Licht geführt worden. Die zugesicherten Aufträge seien ausgeblieben und bereits verrichtete Arbeiten seien nicht bezahlt worden. Der Beschuldigte habe alles, was er hatte, in diese Unternehmung gesteckt und habe von seiner Familie ein Darlehen erhalten, weshalb er

sich vor dem finanziellen Ruin gesehen habe. Er habe seine Wohnung verloren. Er habe nicht nur vorübergehend seinen familiären Verpflichtungen nicht mehr nachkommen können, sondern habe auch seine Abschlagszahlungen an die Gerichtskasse des Kantons Luzern und an einen weiteren Gläubiger vorübergehend einstellen müssen. Nachdem das Projekt gescheitert war, habe sich der Beschuldigte umgehend bei der Arbeitslosenkasse gemeldet und sich intensiv um eine neue Stelle beworben. Bei dieser Sachlage sei erstellt, dass der Beschuldigte in der fraglichen Zeit objektiv nicht in der Lage gewesen sei, seinen familiären Zahlungsverpflichtungen nachzukommen (Urk. 32 S. 4 f.). Im Rahmen des Berufungsverfahrens liess der Beschuldigte ausserdem vorbringen, er habe in der fraglichen Zeit nicht einmal seine existenziellen Bedürfnisse decken können, daher sei er auch nicht fähig gewesen, die Unterhaltszahlungen zu leisten. Er sei auch vorsichtig vorgegangen und habe seine Stelle bei der D._____ erst gekündigt, als das Projekt für seine neue Stelle gestanden sei. Die ihm gegenüber abgegebenen Zusagen für Aufträge habe er nicht als haltlos erkennen können, so dass er das Scheitern des Projektes nicht habe voraussehen können (Urk. 54 S. 5 f.).

d) Die Vorinstanz erachtete den Sachverhalt als in objektiver und subjektiver Hinsicht erstellt und subsumierte ihn unter Art. 217 Abs. 1 StGB. Im Wesentlichen befasste sich die Vorinstanz mit den Motiven des Beschuldigten für die Aufgabe seiner Festanstellung und konstatierte diesbezüglich ein unplausibles bzw. widersprüchliches Aussageverhalten des Beschuldigten (Urk. 42 S. 6 f.). Die Vorinstanz kam deshalb zum Schluss, dass der Beschuldigte nicht hinreichend habe darlegen können, dass er "nicht unverschuldet" (recte wohl: unverschuldet) sein Einkommen geschmälert habe, indem er seine sichere Stelle vorsätzlich zugunsten einer unsicheren Anstellung aufgegeben habe (Urk. 49 S. 8).

2. a) Der eingeklagte Sachverhalt, wie er im Strafbefehl vom 11. Januar 2012, der im vorliegenden Verfahren als Anklageschrift gilt (Art. 356 Abs. 1 StPO), umschrieben ist, wird vom Beschuldigten bezüglich des äusseren Ablaufes als richtig anerkannt. Dementsprechend ist auch der objektive Tatbestand von Art. 217 Abs. 1 StGB erfüllt. Die Bestreitung durch den Beschuldigten betrifft jedoch den subjektiven Tatbestand, d.h. die Frage, inwiefern dem Beschuldigten

der Wechsel der Beschäftigung zum Vorwurf gemacht werden kann. Konkret ist für die Vorwerfbarkeit des Verhaltens des Beschuldigten zu klären, inwiefern er damit rechnete bzw. im Sinne eines Eventualvorsatzes in Kauf nahm, dass er durch die neue Beschäftigung nicht mehr in der Lage sein würde, seine gerichtlich festgelegten Unterhaltspflichten zu erfüllen. Insofern erscheint bereits die Formulierung im Strafbefehl bzw. in der Anklageschrift problematisch, indem lediglich festgehalten wird, dass dem Beschuldigten die Bezahlung der Alimente zumindest zeitweise und teilweise möglich gewesen wäre, wenn er nicht per August 2010 seine Festanstellung beim Unternehmen "D. _____" aufgegeben hätte, um sich selbständig zu machen. Weiter wird festgehalten, dass sich das von ihm mitgegründete Unternehmen "E. _____ GmbH" zu keinem Zeitpunkt rentiert habe, bis schliesslich im Herbst 2011 der Konkurs über das Unternehmen eröffnet worden sei (Urk. 10 S. 3). Gemäss Anklage wird dem Beschuldigten somit nicht vorgeworfen, er wäre während seiner selbständigen Tätigkeit noch in der Lage gewesen, seinen Unterhaltsverpflichtungen zumindest zeitweise und teilweise nachzukommen, sondern einzig seine Aufgabe der Festanstellung und die darauffolgende Übernahme einer selbständigen Tätigkeit. Der diesbezügliche Vorsatz bzw. Eventualvorsatz, wonach er wusste oder zumindest in Kauf nahm, dass er gerade wegen der Aufnahme der selbständigen Tätigkeit nicht mehr in der Lage sein würde, seinen Unterhaltspflichten nachzukommen, wird im Strafbefehl bzw. Anklagevorwurf jedoch nicht erwähnt, obwohl sich ein solcher Vorsatz nicht ohne Weiteres aus der Sachverhaltsbeschreibung ergibt. Höchstens implizit lässt sich herauslesen, dass die Anklagebehörde die Aufgabe der unselbständigen Tätigkeit und die Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit durch den Beschuldigten als vorsätzlichen bzw. eventualvorsätzlichen Verzicht, seine Arbeitskraft im Rahmen des Zumutbaren optimal ökonomisch zu nutzen, wertet (vgl. BGE 126 IV 134 mit Verweisungen). Inwiefern durch diese fragliche bzw. fehlenden Umschreibung des subjektiven Tatbestandes das Anklageprinzip verletzt ist, kann vorliegend offen bleiben, da nachfolgend aufgezeigt wird, dass aufgrund der Beweislage der subjektive Tatbestand von Art. 217 Abs. 1 StGB nicht rechtsgenügend erstellt werden kann.

b) Wenn der im Anklagetext gemachte Vorwurf der Aufgabe der unselbständigen Tätigkeit und die Aufnahme der selbständigen Tätigkeit die Strafbarkeit be-

gründen soll, muss der Wechsel der Tätigkeit zumindest vom Eventualvorsatz des Beschuldigten getragen worden sein, dass er gerade wegen des Wechsels der Tätigkeit künftig seinen Verpflichtungen nicht mehr werde nachkommen können. Ein allfälliges fahrlässiges Verhalten, d.h. eine pflichtwidrige Unvorsichtigkeit in diesem Zusammenhang, reicht für die Strafbarkeit nicht aus. Ob von einem Eventualvorsatz auszugehen ist, betrifft eine innere Tatsache, deren Vorhandensein nur anhand der äusseren Umstände, die für den Beschuldigten ersichtlich waren, und aufgrund seiner eigenen Verhaltensweise geklärt werden kann.

c) Nach Art. 12 Abs. 2 Satz 2 StGB handelt bereits vorsätzlich, wer die Verwirklichung der Tat für ernsthaft möglich hält und diese für den Fall ihres Eintritts in Kauf nimmt. Gemäss Art. 12 Abs. 3 Satz 1 StGB begeht fahrlässig ein Verbrechen oder Vergehen, wer die Folge seines Verhaltens aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit nicht bedenkt oder darauf nicht Rücksicht nimmt. Pflichtwidrig ist die Unvorsichtigkeit, wenn der Täter die Vorsicht nicht beachtet, zu der er nach den Umständen und nach seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet ist.

d) Gemäss Aussagen des Beschuldigten in der polizeilichen Einvernahme vom 22. November 2011 sei er von einem gewissen F._____ ca. im Mai 2010 angefragt worden, ob er zusammen mit G._____ eine Reinigungsfirma gründen wolle. F._____ habe ihm versprochen, dass es genügend Aufträge geben würde. Ausserdem habe er versprochen, dass sie bei drei Bürokomplexen die Hauswartstelle übernehmen könnten. In der Folge habe er G._____, der ein Büro in H._____ hatte, kennen gelernt. Mit diesem habe er die Firma E._____ GmbH gegründet (HR-Eintrag: tt. Juni 2010 [Urk. 7]). Seine Arbeitsstelle habe er per August/September 2010 gekündigt. Zu seiner grossen Enttäuschung seien jedoch die Aufträge ausgeblieben und sie hätten keinen Verdienst gehabt. Da es finanziell immer schlechter gegangen sei, habe er Herrn F._____ besucht und gefragt, ob dieser ihn mit einem Darlehen helfen würde. F._____ habe ihm gesagt, das sei kein Problem, der Beschuldigte müsse nur eine Offshore Firma gründen und er - F._____ - könne dann über diese Firma einen Kredit für den Beschuldigten aufnehmen. Die ganze Sache koste € 11'400.--, wobei F._____ versprochen habe, dass der Kredit bis spätestens Weihnachten 2010 zu Verfügung stehen würde (Urk. 6 S. 2). Da ihm nichts anderes übrig geblieben sei, habe er zusammen mit

I._____, einem Bekannten, das erforderliche Geld aufgetrieben und an F._____ übergeben, der dann eine Offshore-Firma in ... gegründet habe. Als der Beschuldigte F._____ später nach dem Kredit gefragt habe, habe dieser ihn immer wieder vertröstet. Bis heute (Zeitpunkt der polizeilichen Einvernahme vom 22. November 2011) habe er keinen Kredit erhalten. Nur im September 2011 habe ihm F._____ einmal € 1'000.-- zurückbezahlt. Schliesslich habe der Beschuldigte genug von der Sache gehabt und F._____ gesagt, er wolle mit der Firma nichts mehr zu tun haben. Soviel er wisse, handle es sich bei F._____ um einen Betrüger. In der Folge sei der Beschuldigte in finanzielle Schwierigkeiten geraten und habe die Alimente und seine Wohnungsmiete nicht mehr bezahlen können. Heute wohne er bei einem Kollegen. Er sei seit September 2011 arbeitslos gemeldet und habe sich bei mehreren Firmen beworben. Auf entsprechende Frage gab der Beschuldigte zu Protokoll, dass er keine Sozialhilfe beantragt habe, da er hierfür zu stolz sei. Er werde von seinem Bruder und seinen Eltern finanziell unterstützt, von ihnen erhalte er durchschnittlich Fr. 1'000.-- pro Monat (Urk. 6 S. 2 f.).

In der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 7. Februar 2012 wurde der Beschuldigte im Beisein seines Verteidigers befragt, nachdem er gegen den zwischenzeitlich ergangenen Strafbefehl vom 11. Januar 2012 Einsprache erhoben hatte. Auf entsprechende Frage schilderte er, dass er bei seiner früheren Arbeitgeberin körperlich schwer arbeiten müssen, indem er Dachpappen von 40 bis 80 kg herumgetragen habe. Ausserdem hab er viele Überstunden geleistet. Als er Vorarbeiter war, habe er sich gesundheitlich schlecht gefühlt, weil er unter Druck gestanden sei. Auf die Frage, weshalb er seine Festanstellung zugunsten einer unsicheren selbständigen Erwerbstätigkeit aufgegeben habe, sagte der Beschuldigte, er habe zuvor einen leichteren Job gesucht, weil er das nicht mehr ausgehalten habe. Dann habe er Herrn F._____ getroffen, der sein Büro im selben Gebäude hatte, wie die frühere Arbeitgeberin des Beschuldigten. Es sei eine zufällige Bekanntschaft gewesen. Er habe sich bei F._____ negativ über seine Arbeit geäussert und dieser habe ihm dann den Vorschlag gemacht, mit Herrn G._____ zusammen zu kommen, der für ein Treuhandbüro Büroräumlichkeiten vermieten würde. F._____ habe dem Beschuldigten gesagt, er könne ca. ab September/Oktober 2010 drei Bürohäuser als Hauswart übernehmen. Herr F._____

habe ihm klar gemacht, dass der Beschuldigte zuerst eine Firma gründen müsse, damit er die drei Hauswartungen übernehmen könne. In der Folge habe der Beschuldigte Fr. 15'000.-- in die neu gegründete Firma investiert, was einem Anteil von 75 % entsprochen habe. Auf entsprechende Frage der Staatsanwältin meinte der Beschuldigte, es sei ihm eigentlich nicht klar gewesen, weshalb er eine Firma habe gründen müssen. Er habe F._____ zu viel geglaubt. G._____, der die Büros vermietet habe, habe ihm aber dasselbe gesagt und seinerseits Fr. 5'000.-- (entsprechend 25 % Firmenanteil) in die Firma investiert (Urk. 15 S. 2 ff.). Auf entsprechende Frage räumte der Beschuldigte ein, dass er nie gesehen habe, ob G._____ tatsächlich Geld in die Firma investiert habe. Er habe einfach gesehen, dass G._____ Fr. 20'000.-- auf dem Konto hatte. Es sei ihm ausserdem gesagt worden, dass er mit den drei Gebäuden pro Jahr Fr. 50'000.-- oder Fr. 55'000.-- verdienen würde, wobei ihn diese Arbeit nur zu ca. 50 % beansprucht hätte, weshalb er noch einmal zu 50 % die Möglichkeit gehabt hätte, weiteres Einkommen zu generieren. Es sei abgemacht gewesen, dass G._____ die Administration mache, insbesondere die Buchhaltung, und er - der Beschuldigte - den handwerklichen Teil der Arbeit übernehme. Auf die Frage, weshalb er die gesundheitlichen Gründe für seinen Weggang von der Firma D._____ erst in der staatsanwaltlichen Einvernahme vorbrachte und nicht schon in der polizeilichen Befragung erwähnt hatte, wies der Beschuldigte darauf hin, dass der Polizeibeamte ihn nicht danach gefragt habe (Urk. 15 S. 6).

e) Es liegen mehrere Arztberichte sowie eine Aktennotiz über ein Telefonat der Staatsanwaltschaft mit dem J._____ -Spital vom 7. März 2012 bei den Akten. Aus diesen Unterlagen geht hervor, dass der Beschuldigte vom 15. April bis 27. Mai 2010 aufgrund eines Unfalles im J._____ -Spital (Abteilung Radiologie) gewesen sei (Urk. 16/2). Am 15. April 2010 fand eine Ultraschall-Untersuchung an der Leiste links statt. Ausserdem wurde ein gespaltenes Sesambein radialseitig am Daumen diagnostiziert. Dieser Befund sei entweder anlagebedingt oder Folge eines Unfalles (Urk. 16/4). Von Dr. med. K._____ (Hausarzt des Beschuldigten) stammt ein Bericht vom 12. März 2012, wonach der Beschuldigte ihn am 22. März 2010 konsultiert und von einem Sturz von einer Ladebrücke am 17. März 2010 berichtet habe. Als Diagnose wurde eine Kontusion der Schulter links, der Flanke

links sowie des Oberschenkels links festgestellt. Ein am 29. März 2010 durchgeführter Arbeitsversuch sei gescheitert. Er habe den Beschuldigten weiter mit Antirheumatika behandelt bis Mitte Mai 2010. Am 9. Februar 2012 sei der Beschuldigte erneut in die Praxis gekommen und habe berichtet, er habe auf den 31. August 2010 gekündigt wegen Rücken- und Inguinalschmerzen links sowie grossem Stress. Jetzt hätte er Probleme mit den Alimentenzahlungen. Anamnestisch sei zu erfahren gewesen, dass der Beschuldigte keine Schmerzen mehr habe, seit der nicht mehr so streng körperlich arbeiten würde. Insgesamt hätten im Jahre 2010 zehn Konsultationen stattgefunden. Der Hausarzt erwähnte bei der Fragenbeantwortung, dass ihm der Beschuldigte am 4. Mai 2010 berichtet habe, sein Vorgesetzter habe ihm die Kündigung angedroht (Urk.16/6 S. 1 f.).

f) Aus den Akten geht ausserdem hervor, dass F. _____ der Sachbearbeiterin der Alimentenhilfe B. _____, L. _____, am 14. Februar 2011 per E-Mail folgendes mitteilte:

"Ich beziehe mich auf Ihr Schreiben vom 21. Januar 2011 wie auch auf die Bitte von Herrn A. _____ mich mit Ihnen in Verbindung zu setzen und möchte Sie bereits jetzt (während der Ferienabwesenheit) informieren, dass Herr A. _____ vor 3 Monaten seinen Arbeitsplatz verloren hat und aufgrund dessen den Zahlungsverpflichtungen nicht nachkommen konnte, er ab 1. März 2011 bei uns arbeiten wird und wir ihn anschliessend zulasten seines Monatslohnes die Raten überweisen werden. (...)"

Diese Mitteilung entsprach aufgrund der vorliegenden Beweislage offensichtlich nicht der Wahrheit und wirft ein bedenkliches Licht auf F. _____. Dieser hatte dem Beschuldigten gemäss dessen plausibler Darstellung vorgeschlagen, eine neue Tätigkeit als Hauswart in Angriff zu nehmen und hierzu eine Reinigungsfirma zu gründen. Ausserdem gelang es F. _____ offenbar, vom Beschuldigten einen grösseren Geldbetrag erhältlich zu machen, wobei aufgrund der Aussagen des Beschuldigten nicht klar wurde, ob diese Zahlung als Vorbereitung für eine Darlehensvergabe durch F. _____ gedacht war (vgl. Urk. 6 S. 2), oder als Investition in die neu gegründete Firma E. _____ GmbH (Urk. 15). Die Sachdarstellung anläss-

lich der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 7. Februar 2012 erscheint in mancher Hinsicht plausibler und auch authentischer, zumal die polizeiliche Einvernahme in der Art erfolgte, dass der einvernehmende Polizeibeamte zur Sache praktisch keine konkreten Fragen stellte, sondern den Beschuldigten längere zusammenhängende Ausführungen machen liess, ohne bei fraglicher Plausibilität oder Unklarheiten nachzufragen. So wäre es angezeigt gewesen, den Beschuldigten näher zu der von ihm erwähnten Darlehensgeschichte und der damit zusammenhängende angeblichen Gründung einer Offshore-Firma in ... durch F. _____ zu befragen, was jedoch nicht geschehen ist (Urk. 6 S. 2). In der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme wurden hingegen konkrete Fragen gestellt und Unklarheiten geklärt bzw. zu klären versucht (Urk. 15). In der Berufungsverhandlung stellte der Beschuldigte klar, dass er sowohl den Betrag von € 11'400.– im Hinblick auf eine Darlehensvergabe, als auch seine Einlage in das Stammkapital (Fr. 15'000.–) der neu gegründeten GmbH bezahlt habe (Prot. II S. 9).

3. a) Die vom Beschuldigten angeführten Gründe für die Kündigung seiner Arbeitsstelle und seine Angaben zu den Modalitäten der Firmengründung erscheinen zwar infolge der unterschiedlichen Angaben in der polizeilichen Befragung und in der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme nicht sehr kohärent. Jedoch ist zu beachten, dass glaubhaft ist, dass der Beschuldigte von sich aus nicht eigentlich eine selbständige Tätigkeit suchte, sondern eine weniger anstrengende Arbeit, wobei die medizinischen Befunde (vgl. Urk. 16/6 S. 1) mit der Sachdarstellung des Beschuldigten zu seinen gesundheitlichen bzw. körperlichen Problemen bei seiner früheren Arbeitgeberin vereinbar sind bzw. dieser Darstellung zumindest nicht widersprechen. Der Umstand, wonach ihm F. _____ nicht eine Festanstellung anbot, sondern die Gründung einer eigenen Firma nahelegte, spricht eher für die unlauteren Absichten F. _____s, der auf diese Weise leichter jegliche Verpflichtung gegenüber dem Beschuldigten ablehnen konnte, als wenn er ihn als Angestellten hätte arbeiten lassen.

b) Die Darstellung des Beschuldigten, wonach er an die von F. _____ gemachten Versprechen hinsichtlich Arbeitsvolumen, Umsatzmöglichkeiten und Pensum der künftigen Tätigkeit geglaubt habe, mag für eine durchschnittlich ge-

bildete und geschäftserfahrene Person reichlich naiv erscheinen. Jedoch weist der Umstand, dass der Beschuldigte im weiteren Verlauf seiner Tätigkeit im Rahmen der Firma E. _____ GmbH keinerlei Einkommen erzielte und er schlussendlich sogar seine Wohnung verlor, darauf hin, dass er selber nicht mit einem solchen Misserfolg rechnete oder einen solchen auch nur in Kauf nahm, mithin seine eigene Existenz bewusst aufs Spiel setzte. Dass der in geschäftlichen Angelegenheit offensichtlich unerfahrene Beschuldigte mit seiner Primarschulbildung (Urk. 6 S. 3) die Glaubhaftigkeit und den Realitätsgehalt der Darstellungen bzw. der Versprechen F. _____s im voraus nicht einzuschätzen vermochte, kann ihm strafrechtlich nicht zum Vorwurf gereichen. Dies um so weniger, als mit G. _____ eine weitere Person als Partner in der genannten Firma mitwirken und die Administration führen sollte, der sich ausserdem mit Fr. 5'000.-- an der Firma beteiligte (vgl. Urk. 7). Unter den gegebenen Umständen lässt sich jedenfalls nicht nachweisen, dass der Beschuldigte mit der Möglichkeit rechnete, dass er durch die Machenschaften F. _____s seinen Unterhaltspflichten nicht mehr werde nachkommen können. Der blosser Umstand, dass der Beschuldigte als Unterhaltspflichtiger ein selbständige Tätigkeit aufnahm, kann für sich alleine genommen nicht als Inkaufnahme einer für die Erfüllung der Unterhaltspflicht relevante Verminderung des Einkommens angesehen werden. Dies ergibt sich zumindest indirekt aus den Erwägungen des Bundesgerichtes in BGE 126 IV 136, wonach dem selbständig Erwerbenden eine gewisse Zeit zum Aufbau seines Geschäfts einzuräumen sei. Diese Zeit dürfe aber im Interesse der Unterhaltsberechtigten nicht zu lange bemessen werden (a.a.O. Erw. 3b). Im vorliegenden Fall hat sich der Beschuldigte im September 2011, mithin rund ein Jahr nach Aufnahme seiner Tätigkeit als Teilhaber der Firma E. _____ GmbH beim RAV gemeldet, der Konkurs über die Firma wurde am 25. Oktober 2011 eröffnet (Urk. 7). Noch im September 2011 schrieb der Beschuldigte offenbar mehrere Bewerbungen (Urk. 5/3). Im Februar 2012 begann er temporär bei einer Firma in M. _____ zu arbeiten, welche ihn ab Juni 2012 fest als Logistiker anstellte, bei einem Monatslohn von Fr. 5'100.-- brutto (Urk. 30, Urk. 31 S. 5). Die Zahlung der Unterhaltsbeiträge nahm der Beschuldigte im März 2012 wieder auf. Diese zeitliche Abfolge und das weitere Verhalten sprechen gegen einen vorsätzlichen Verzicht des Beschuldigten auf die ökonomisch optimale Nutzung seiner Arbeitskraft im Zusammenhang mit dem Tä-

tigkeitswechsel im Spätsommer 2010. Insbesondere ist zugunsten des Beschuldigten davon auszugehen, dass er durch F. _____ getäuscht wurde.

c) Aufgrund der geschilderten Beweislage lässt sich somit nicht rechtsgenügend nachweisen, dass der Beschuldigte damit rechnete bzw. in Kauf nahm, dass die Aufnahme seiner Tätigkeit als Partner der Firma E. _____ GmbH ihm die weitere Bezahlung der Unterhaltsbeiträge für seine Tochter C. _____ verunmöglichen würde. Seine Handlungsweise kann möglicherweise als fahrlässig im Sinne von Art. 12 Abs. 3 StGB bezeichnet werden. In diesem Sinne lautete auch der Vorhalt durch die Staatsanwältin, die ihm in der Befragung sinngemäss mangelnde Vorsicht vorwarf (Urk. 15 S. 6). Eine fahrlässige Tatbegehung ist jedoch nicht weiter zu prüfen, da es sich beim Tatbestand der Vernachlässigung von Unterhaltspflichten um ein Vorsatzdelikt handelt.

d) Aufgrund der dargelegten Beweislage lässt sich der Anklagevorwurf in subjektiver Hinsicht nicht erstellen. Der Angeklagte ist demzufolge vom Vorwurf der Vernachlässigung von Unterhaltspflichten im Sinne von Art. 217 Abs. 1 StGB freizusprechen.

III.

1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens vor erster und zweiter Instanz auf die Gerichtskasse zu nehmen.

2. Dem Beschuldigten ist für die Kosten der erbetenen Verteidigung für das gesamte Verfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 6'100.– (inkl. MwSt) aus der Gerichtskasse zu bezahlen.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte wird vom Vorwurf der Vernachlässigung von Unterhaltspflichten freigesprochen.
2. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens beider Instanzen werden auf die Gerichtskasse genommen.
3. Dem Beschuldigten wird für das gesamte Verfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 6'100.– aus der Gerichtskasse zugesprochen.
4. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterlandsowie in vollständiger Ausfertigung an
 - die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterlandund nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
 - die Vorinstanz
 - das Migrationsamt des Kantons Zürich
 - die Koordinationsstelle VOSTRA zur Entfernung der Daten gemäss Art. 12 Abs. 1 lit. d VOSTRA mittels Kopie von Urk. 44
 - die Kantonspolizei Zürich, KIA-ZA, mit separatem Schreiben (§ 54a Abs. 1 PolG).
5. Rechtsmittel:

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

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen 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.

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer

Zürich, 24. Mai 2013

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic.iur. Spiess

lic.iur. Hafner