

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB180013-O/U/ad

Mitwirkend: Der Obergerichter lic. iur. Spiess, Präsident, die Obergerichterrinnen lic. iur. Wasser-Keller und lic. iur. Bertschi sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. Karabayir

Urteil vom 22. Mai 2018

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter, Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagter

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich,

vertreten durch Staatsanwältin lic. iur. Bergmann,

Anklägerin, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin

betreffend **Vernachlässigung von Unterhaltspflichten**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Horgen, III. Abteilung, vom
20. September 2017 (DG170006)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich vom 30. Januar 2017 (Urk. 63/7) 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 einer Geldstrafe von 180 Tagessätzen zu Fr. 30.–.
3. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit wird auf 2 Jahre festgesetzt.
4. Der amtliche Verteidiger, Rechtsanwalt lic. iur. X._____, wird für seine Bemühungen und Auslagen mit Fr. 9'515.60 (inkl. Fr. 704.85 Mehrwertsteuer) aus der Gerichtskasse entschädigt.
5. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 5'000.– die weiteren Kosten betragen:
Fr. 2'000.– Kosten Vorverfahren
Fr. 58.30 Untersuchungskosten
Fr. 9'515.60 amtliche Verteidigung RA X._____

Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.

6. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausser diejenigen der amtlichen Verteidigung werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

Berufungsanträge:

a) der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 117 S. 1)

- " 1. Auf die Anklage sei nicht einzutreten.
2. Eventualiter sei der Beschuldigte von Schuld und Strafe freizusprechen."

b) Der Vertreterin der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich:

(Urk. 118 S. 1)

- " 1. In Abänderung von Ziff. 2 des Urteils des Bezirksgerichts Horgen vom 20. September 2017 sei der Beschuldigte mit einer Geldstrafe von 330 Tagessätzen zu CHF 30.00 (entsprechend CHF 9'900.00) zu bestrafen, wobei der Vollzug der Geldstrafe unter Ansetzung einer zweijährigen Probezeit aufzuschieben sei.
2. Im Übrigen sei das Urteil der Vorinstanz zu bestätigen."

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte und Prozessuales

1. Gegen das eingangs im Dispositiv wiedergegebene Urteil des Bezirksgerichtes Horgen, III. Abteilung, vom 20. September 2017 meldete der Beschuldigte am 28. September 2017 rechtzeitig Berufung an (Urk. 95/2 und 96).

Nach Erhalt des begründeten Urteils am 8. Januar 2018 reichte er mit Eingabe vom 26. Januar 2018 seine Berufungserklärung ein (Urk. 100/2 und 103), welche der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich (nachfolgend Staatsanwaltschaft) und der Privatklägerin unter Fristansetzung zur Erhebung einer Anschlussberufung oder zur Beantragung des Nichteintretens zugestellt wurde (Urk. 105 f.). Die Staatsanwaltschaft erhob am 12. Februar 2018 fristgerecht Anschlussberufung (Urk. 107). Die Privatklägerschaft liess sich innert Frist nicht vernehmen. Mit

Eingabe vom 18. Dezember 2017 reichte der Beschuldigte nach einmal erstreckter Frist das ausgefüllte Datenerfassungsblatt ein (Urk. 108 und 111). Beweisanträge wurden keine gestellt. Nach der heutigen Berufungsverhandlung erweist sich das Verfahren somit als spruchreif.

2. Die Berufung hat im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung (Art. 402 StPO). E contrario erwachsen die nicht von der Berufung erfassten Punkte in Rechtskraft (SCHMID/JOSITSCH, StPO-Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2018, N 1 zu Art. 402; vgl. auch Art. 437 StPO). Das Berufungsgericht überprüft das erstinstanzliche Urteil folglich nur in den angefochtenen Punkten (Art. 404 Abs. 1 StPO).

Der Beschuldigte fordert mit seiner Berufung in der Hauptsache, dass auf die Anklage nicht einzutreten sei. Eventualiter beantragt er einen vollumfänglichen Freispruch (Urk. 103; Urk. 117 S. 1; Prot. II S. 5). Die Anschlussberufung der Staatsanwaltschaft richtet sich gegen die von der Vorinstanz ausgefallte Strafe (Urk. 107; Urk. 118 S. 1). Somit ist das ganze vorinstanzliche Urteil zu überprüfen, wobei mit Bezug auf den Schuldpunkt das Verbot der *reformatio in peius* gemäss Art. 391 Abs. 2 StPO zu beachten ist.

3. Vor Vorinstanz sowie auch heute machte der Beschuldigte geltend, dass der Strafantrag gegen ihn rechtsmissbräuchlich erfolgt und damit ungültig sei. Auf die Anklage sei deshalb nicht einzutreten (Urk. 91 S. 5; Urk. 117 S. 3 - 5).

3.1 Konkret begründet er seinen Nichteintretensantrag damit, dass er der Privatklägerin wiederholt angeboten habe, die offenen Unterhaltsbeiträge mittels Belastung seines hälftigen Miteigentumsanteils an einer Liegenschaft oder Übertragung des Liegenschaftsanteils des Beschuldigten auf die Privatklägerin oder durch Drittverkauf der Liegenschaft zu bezahlen. Ein entsprechendes Vorgehen bedürfe aber der Mitwirkung der Privatklägerin, sei sie doch die Miteigentümerin der anderen Hälfte. Dies habe sie aber stets ohne vernünftigen Grund verweigert (Urk. 91 S. 2 ff. und Prot. I S. 26; Urk. 117 S. 3 - 5).

3.2 Die Vorinstanz hat sich mit diesem Antrag bereits auseinandergesetzt und ist ihm zu Recht nicht gefolgt (Urk. 101 S. 5). Bezüglich Frist- und Formvorschriften sowie der Strafantragsberechtigung der Privatklägerin auch als gesetzliche Vertreterin der Kinder betreffend deren Unterhalt (Urk. 101 S. 4 f.) ist den vorinstanzlichen Erwägungen vollumfänglich beizupflichten, so dass darauf verwiesen werden kann (Art. 82 Abs. 4 StPO).

3.3 Hinsichtlich der Beantwortung der Frage, ob die Privatklägerin den Strafantrag rechtsmissbräuchlich stellte, ist allerdings noch nicht auf Details des materiellrechtlichen Vorwurfs einzugehen, die erst im Rahmen der Sachverhaltserstellung und der rechtlichen Würdigung zu prüfen sein werden. Bezüglich des Nichteintretensantrages infolge rechtsmissbräuchlichen Strafantrags ist indes auf Folgendes hinzuweisen:

Die Geltung des Rechtsmissbrauchsverbots erstreckt sich auf die gesamte Rechtsordnung mit Einschluss des öffentlichen Rechts sowie des Prozess- und Zwangsvollstreckungsrechts. Offenbarer Rechtsmissbrauch im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB darf jedoch gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts nur mit Zurückhaltung angenommen werden (Urteil des Bundesgerichts 6B_913/2009 Urteil vom 18. März 2010 E. 4.1; BGE 104 IV 95 E. 3b). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung qualifiziert verschiedene Konstellationen im Zusammenhang mit dem Institut des Strafantrags als offenbar rechtsmissbräuchlich. Danach ist ein Strafantrag offenbar rechtsmissbräuchlich gestellt worden, wenn der Antragsteller selbst durch grobes rechtswidriges Verhalten zur strafbaren Handlung des Täters unmittelbar Anlass gab (BGE 128 IV 154 E. 4; 105 IV 229 E. 1; 104 IV 90 E. 3b; Urteil des Bundesgerichts 6S.481/2002 vom 19. Juni 2003 E. 2.4, nicht publiziert in: BGE 129 IV 223). Weiter wurde offener Rechtsmissbrauch angenommen in einem Fall, in dem eine vertraglich eingegangene Verpflichtung zum Rückzug des Strafantrags nicht eingehalten wurde. Das Bundesgericht erwog, solch widersprüchliches Verhalten verdiene keinen Rechtsschutz, jedenfalls dann nicht, wenn keine triftigen Gründe vorgebracht werden könnten, die ein Zurückkommen auf die frühere Zusage als verständlich erscheinen liessen. Auch im Fall eines formell ungültigen Strafantrags und über zweijähriger Untätigkeit des Antragstellers hin-

sichtlich der Nachbesserung nahm das Bundesgericht Rechtsmissbrauch an (Urteil des Bundesgerichts 6B_913/2009 Urteil vom 18. März 2010 E. 4.1 mit weiteren Hinweisen).

3.4 Offensichtlich fallen die Umstände, die hinsichtlich des Rechtsmissbrauchs im vorliegenden Fall geltend gemacht werden, nicht unter die zitierten Konstellationen, bei welchen das Bundesgericht die Rechtsmissbräuchlichkeit des Strafantrages bejahte. Ob eine solche vorliegend gegeben ist, kann nur nach eingehender Prüfung der objektiven und subjektiven Tatbestandselemente beantwortet werden und ergibt sich nicht einzig aus dem Umstand, dass die Privatklägerin ihre Mitwirkung bei der Veräusserung eines Liegenschaftsanteils verweigerte. Eine solche Prüfung des angeklagten Sachverhaltes hat jedoch klarerweise nicht im Rahmen von prozessualen Fragen zu geschehen. Auf die Anklage ist daher ohne weiteres einzutreten, nachdem die Formalien der Strafantragstellung zu keinerlei Erwägungen Anlass geben und die Prozessvoraussetzung damit vorliegend gegeben ist.

II. Hintergründe

Der vorliegend zu beurteilende Anklagesachverhalt basiert auf den folgenden Hintergründen:

Der Beschuldigte und die Privatklägerin heirateten am tt. August 1990. Aus der Ehe gingen zwei, mittlerweile mündige, Kinder hervor. Am 1. April 2009 reichten der Beschuldigte und die Privatklägerin dem Bezirksgericht Horgen ein gemeinsames Scheidungsbegehren ein. Dem Scheidungsprozess ging ein Eheschutzverfahren vor dem Bezirksgericht Horgen voraus, welches mit Verfügung der Einzelrichterin vom 16. November 2006 abgeschlossen wurde (Urk. 9/2). Für das vorliegende Strafverfahren von Bedeutung ist, dass der Beschuldigte darin verpflichtet wurde, je Fr. 1'500.– pro Monat zuzüglich allfälliger Kinderzulagen an den Unterhalt der beiden Kinder sowie Fr. 6'560.– an denjenigen der Privatklägerin persönlich zu bezahlen. Mit Beschluss vom 17. April 2007 trat die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich (nachfolgend Obergericht) auf einen vom Beschuldigten dagegen eingereichten Rekurs nicht ein. Am 1. Oktober 2008

verlangte der Beschuldigte beim Bezirksgericht Horgen erstmals die Reduktion der eheschutzrichterlich festgelegten Unterhaltsbeiträge. Gemäss Verfügung vom 29. April 2009 änderte der Einzelrichter den Eheschutzentscheid mit Wirkung ab 29. September 2008 dahingehend ab, als der Beschuldigte nur noch für die damals noch unmündige Tochter einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'500.– zuzüglich allfälliger Kinderzulagen zu bezahlen hatte, nicht mehr aber an den inzwischen mündigen Sohn. Im Übrigen wurde das Abänderungsbegehren des Beschuldigten abgewiesen (Urk. 16/6). Einen dagegen erhobenen Rekurs des Beschuldigten wies das Obergericht ab (Urk. 16/34). Mit Eingabe vom 17. März 2010 ersuchte der Beschuldigte das Bezirksgericht Horgen erneut um Neufestsetzung der Unterhaltspflichten gegenüber der Privatklägerin und der noch unmündigen Tochter. Mit Urteil vom 18. Juli 2011 hiess das Gericht das Abänderungsbegehren teilweise gut und reduzierte den persönlichen Unterhaltsbeitrag für die Gesuchstellerin rückwirkend auf den 1. April 2009 auf monatlich Fr. 4'900.–. Der Unterhaltsbeitrag für die Tochter blieb demgegenüber unverändert (Urk. 18/3). In Gutheissung der Berufung der Privatklägerin wurde dieses Urteil mit Entscheid des Obergerichts vom 12. Februar 2013 aufgehoben und das Abänderungsbegehren abgewiesen (Urk. 30/1). Im Ergebnis blieb es somit mit Bezug auf die Privatklägerin bei der mit Verfügung des Bezirksgerichts Horgen vom 16. November 2006 festgelegten Unterhaltsverpflichtung. Mit Eingabe vom 8. Oktober 2013 ersuchte der Beschuldigte beim Bezirksgericht Horgen aufs Neue um Abänderung bzw. Reduktion der Unterhaltsbeiträge für die Privatklägerin persönlich auf Fr. 1'300.– monatlich. Mit Verfügung vom 28. Mai 2014 wies der Einzelrichter dieses Begehren ab (Urk. 47/28). Dagegen liess der Beschuldigte beim Obergericht fristgerecht Berufung erheben. Dieses hiess die Berufung teilweise gut, hob die Verfügung vom 28. Mai 2014 auf und verpflichtete den Beschuldigten in Abänderung der eheschutzrichterlichen Verfügung vom 16. November 2006, der Privatklägerin für sich persönlich einen Unterhaltsbeitrag von Fr. 4'310.– ab 11. Oktober 2013 bis und mit Juni 2014 sowie einen solchen von Fr. 4'370.– ab Juli 2014 zu bezahlen. Im Mehrumfang wies es das Abänderungsbegehren ab (Urk. 47/29; vgl. zum Prozessverlauf insbesondere E. 1).

III. Sachverhalt und rechtliche Würdigung

1. Zusammengefasst wirft die Anklagebehörde dem Beschuldigten vor, seinen monatlichen Unterhaltsverpflichtungen gemäss den obgenannten Zivilentscheiden im Zeitraum vom 1. Oktober 2008 bis zum 31. Januar 2016 vorsätzlich nicht nachgekommen zu sein, obwohl ihm die Zahlungen zumindest teilweise nach Abzug seines eigenen Notbedarfs möglich gewesen wären. Dies deshalb, weil er zum einen im Zeitraum zwischen dem 5. Juni 2009 und dem 17. August 2010 gesamthaft Fr. 9'118.49 und USD 95'502.21 eingenommen habe. Andererseits sei ihm im Zeitraum von Oktober 2008 bis Ende Januar 2016 durch Intensivierung seiner Abreistätigkeit für seine eigene Firma, die B._____ GmbH, eine zusätzliche Nebenbeschäftigung oder einen Stellenwechsel ohne Weiteres zumutbar gewesen, so dass er ein hypothetisches Einkommen von mindestens Fr. 8'000.– hätte erzielen können, statt der ihm tatsächlich als Lohn ausbezahlten Fr. 3'250.– (Urk. 63/7). Anlässlich der Hauptverhandlung wurde die Anklage auf Nachfrage des Vorsitzenden dahingehend ergänzt, dass es dem Beschuldigten ab dem 1. Januar 2012 sodann zumutbar gewesen wäre, der Privatklägerin monatlich mindestens Fr. 213.– als Unterhalt zu bezahlen. So habe er monatlich Fr. 3'500.– verdient und einen Bedarf von ca. Fr. 3'287.– gehabt (Prot. I S. 7; vgl. auch Urk. 101 S. 3). Durch sein Verhalten habe der Beschuldigte im Tatzeitraum unter Abzug der vom Beschuldigten durch Pfändungen erhältlich gemachten Beträge in der Höhe von Fr. 66'664.45 der Privatklägerin und der Tochter C._____ einen finanziellen Schaden von insgesamt Fr. 507'255.55 verursacht. Er habe sich daher nach Art. 217 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

2. Gemäss Art. 217 Abs. 1 StGB wird auf Antrag bestraft, wer seine familienrechtlichen Unterhalts- oder Unterstützungspflichten nicht erfüllt, obschon er über die Mittel dazu verfügt oder verfügen könnte. Wie die Vorinstanz darlegt, ist für das Strafgericht gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung der im Zivilurteil festgesetzte Betrag der Unterhaltspflicht verbindlich. Ob der Pflichtige hingegen die Unterhaltspflicht nicht erfüllt, "obschon er über die Mittel dazu verfügt oder verfügen könnte", ist objektives Tatbestandsmerkmal und deshalb vom Strafgericht zu prüfen (Urteile des Bundesgerichts 6B_787/2017 vom 12. April 2018 E. 6.1

und 6B_519/2017 vom 4. September 2017 E. 3.2 je mit Hinweisen; 6B_1017/2016 vom 10. Juli 2017 E. 2.2; 6B_135/2015 vom 8. Mai 2015 E. 2.2 betr. zumutbaren Berufswechsel). Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit beurteilt sich nach den betriebsrechtlichen Gesichtspunkten (BGE 121 IV 272 E. 3c und 3d betr. Eingriff in den Notbedarf, auch 6S.113/2007 vom 12. Juni E. 3.3). Leistet der Pflichtige weniger, als er nach dem Urteil hätte leisten müssen, wird er nur bestraft, wenn es ihm möglich gewesen wäre, "mehr zu leisten", und wenn er überdies seiner Pflicht trotz dieser Möglichkeit aus bösem Willen nicht nachgekommen ist (BGE 114 IV 124 E. 3b; Urteile des Bundesgerichts 6B_519/2017 vom 4. September 2017 E. 3.2 und dort zit. Entscheide; 6B_1017/2016 vom 10. Juli 2017 E. 2.4). Erfasst wird somit auch derjenige, der zwar nicht über ausreichende Mittel zur Pflichterfüllung verfügt, es andererseits aber unterlässt, ihm offen stehende und zumutbare Möglichkeiten zum Geldverdienen zu ergreifen (Urteil des Bundesgerichts 6B_136/2015 vom 9. Mai 2000, E. 3a m.H.). Die Feststellung finanziellen Ressourcen, über die der Unterhaltspflichtige hätte verfügen können, ist eine Tatfrage, die anhand der Beweiswürdigung und der Sachverhaltserstellung zu beantworten ist (Urteil des Bundesgerichts 6B_1017/2016 vom 10. Juli 2017 E. 2.1). Der subjektive Tatbestand erfordert Vorsatz, wobei Eventualvorsatz genügt (BOSSHARD: in NIGGLI/WIPRÄCHTIGER, Basler Kommentar Strafrecht, 3. Aufl., Basel 2013, N 21 zu Art. 217 StGB).

3. Die Vorinstanz kam zusammenfassend zur Erkenntnis, dass der eingeklagte Sachverhalt insofern erstellt sei, als der Beschuldigte die Unterhaltsbeiträge im Zeitraum von Juni 2009 bis Ende Januar 2016 nicht bezahlt habe, obwohl ihm das möglich gewesen wäre, wenn er seine wirtschaftliche Arbeitskraft hinreichend genutzt hätte. Dem Beschuldigten könne allerdings nicht nachgewiesen werden, dass er im tatrelevanten Zeitraum über genügend finanzielle Mittel zur Bezahlung der geschuldeten Unterhaltsbeiträge verfügt habe (Urk. 101 S. 8 - 17). Im Rahmen der rechtlichen Würdigung stellte sie in Bezug auf den subjektiven Sachverhalt ferner fest, dass der Beschuldigte um seine Unterhaltspflicht gegenüber der Privatklägerin bzw. seiner Tochter C._____ gewusst habe. Ebenfalls sei ihm bekannt gewesen, dass die mit der Frage nach seiner Unterhaltspflicht befassten Zivilgerichte ihm wiederholt ein monatliches hypothetisches Erwerbseinkommen

von mindestens Fr. 8'000.– angerechnet hätten. Nichtsdestotrotz habe er sich nur um das Jahr 2009 herum und nur für etwas über ein Jahr um eine Anstellung in unselbständiger Erwerbstätigkeit bemüht (Urk. 101 S. 19 f.). Durch sein Verhalten habe er in rechtlicher Hinsicht sämtliche Voraussetzungen von Art. 217 Abs. 1 StGB erfüllt (Urk. 101 S. 17 - 20).

4. Als Beweismittel zur Erstellung des Sachverhaltes dienen die Aussagen des Beschuldigten (Urk. 4/2; 51/5–6 und 9-10; Prot. I S. 8 ff.; Prot. II S. 5 ff.), diejenigen der Privatklägerin (Urk. 4/1 und 52/1), der Auskunftspersonen D. _____ (Urk. 53/1) sowie E. _____ (Urk. 53/2/1) und die obgenannten zivilgerichtlichen Entscheide samt den dazugehörigen Akten (Urk. 16/6, 16/36, 17/2, 18/3, 47/28-29) sowie diverse Bankunterlagen (Urk. 50/4/4, 55/6/4/40-41, 45, 47-48 und 60/2/1).

4.1. Die Vorinstanz legte die allgemeinen Grundsätze der Beweiswürdigung zutreffend dar. Darauf kann zwecks Vermeidung von Wiederholungen vollumfänglich verwiesen werden (Urk. 101 S. 8 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Im Hinblick auf die nachfolgende Beweiswürdigung ist aber im Besonderen hervorzuheben, dass im Strafprozess – im Unterschied zum Zivilprozess (i.d.R. Verhandlungs- und Dispositionsmaxime, vgl. z.B. Urk. 30/1 E. III.1 und 4.2 f.) – der Untersuchungsgrundsatz gilt. Art. 6 StPO schreibt vor, dass die Strafbehörden von Amtes wegen alle für die Beurteilung der Tat und der beschuldigten Person bedeutsamen Tatsachen abklären müssen (Abs. 1). Dabei sind die belastenden und entlastenden Umstände mit gleicher Sorgfalt zu untersuchen (Abs. 2). Der Untersuchungsgrundsatz gilt sowohl für die Strafverfolgungsbehörden als auch für die Gerichte (Urteil des Bundesgerichts 6B_288/2015 vom 12.10.2015, E. 1.2.3). Ein weiterer im Strafprozess entscheidender Grundsatz ist derjenige der Unschuldsvermutung (Art. 10 StPO). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung besagt der in Art. 10 Abs. 3 StPO verankerte Grundsatz „in dubio pro reo“, dass die einer strafbaren Handlung beschuldigte Person bis zum gesetzlichen Nachweis ihrer Schuld als unschuldig gilt und sich das Strafgericht nicht von einem für sie ungünstigen Sachverhalt überzeugt erklären darf, wenn bei objektiver Betrachtung Zweifel an der Erfüllung der tatsächlichen Voraussetzungen der angeklagten Tat bestehen

(vgl. Art. 32 Abs. 2 BV; Art. 6 Ziff. 2 EMRK). Dieser Grundsatz ist verletzt, wenn das Gericht an der Schuld hätte zweifeln müssen. Dabei sind bloss abstrakte und theoretische Zweifel nicht massgebend, weil solche immer möglich sind und absolute Gewissheit nicht verlangt werden kann. Es müssen vielmehr erhebliche und nicht zu unterdrückende Zweifel vorliegen. Relevant sind mithin nur unüberwindliche Zweifel, d.h. solche, die sich nach der objektiven Sachlage aufdrängen (BGE 138 V 74 E. 7 S. 81 f. mit Hinweisen). Die Entscheidungsregel besagt indes nicht, dass bei sich widersprechenden Beweismitteln unbesehen auf den für den Angeklagten günstigeren Beweis abzustellen ist; sie kommt nur zur Anwendung, wenn nach erfolgter Beweiswürdigung als Ganzem relevante Zweifel verbleiben (BGE 138 V 74 E. 7; Urteil des Bundesgerichts 6B_476/2016 vom 23. Februar 2017 E. 3.1; vgl. zum Ganzen insb. das Urteil des Bundesgerichts 6B_253/2016 vom 29. März 2017, E. 1.3.2).

4.2. Pflicht zur Leistung von Unterhaltszahlungen und Höhe der unterlassenen Unterhaltsbeiträge

4.2.1 Wie bereits dargelegt wurde, sind rechtskräftige Zivilurteile für den Strafrichter in Bezug auf Höhe und Zahlungsmodalitäten von Unterhaltspflichten verbindlich (vgl. vorstehend E. I. 3). Unbestritten und mit den unter E. II aufgeführten Zivilurteilen belegt sind daher die in der Anklage aufgeführten Unterhaltsansprüche der Privatklägerin bzw. der gemeinsamen Tochter C._____ (Urk. 63/7 S. 3: Tabelle 1; Urk. 9/2, 16/6, 16/34, 18/3, 30/1, 47/28 und 47/29).

4.2.2 Ferner wird nicht bestritten, dass der Beschuldigte die in den Zivilurteilen festgehaltenen Unterhaltsbeiträge seit Oktober 2008 bis Ende Januar 2016 nicht bezahlt hat. Ebenfalls nachgewiesen ist sodann, dass die im Zeitraum zwischen November 2009 bis Oktober 2014 gepfändeten Mieteinnahmen der Liegenschaft in F._____, welche im Miteigentum des Beschuldigten und der Privatklägerin steht, von gesamthaft Fr. 66'664.45 als Unterhaltszahlungen an die Privatklägerin geleistet wurden (vgl. Aufstellung in der Anklage, Urk. 63/7 S. 3 - 5; belegt durch Urk. 49/3, 49/7 und 56/14). Nach Abzug dieses Betrages von den gesamthaft geschuldeten Fr. 573'920.– ergibt sich ein Ausstand von Fr. 507'255.55, was dem eingeklagten Betrag entspricht. Davon ist allerdings mit der Vorinstanz noch ein

Betrag von gesamthaft Fr. 50'271.– in Abzug zu bringen. Dieser Betrag setzt sich aus den vom Beschuldigten behaupteten, teilweise auch von der Privatklägerin eingestandenem Bargeldbezügen vom Mieterkonto zusammen. Zum einen ist diese Behauptung des Beschuldigten nicht widerlegbar, zum anderen gesteht die Privatklägerin selber Bargeldbezüge vom Mieterkonto ein und sind diese im Umfang von gerundet Fr. 30'000.– durch Bankbelege belegt (Urk. 101 S. 11; vgl. auch Urk. 47/6 betreffend die von der Privatklägerin eingestandenem und belegten Bargeldbezüge vom Mieterkonto bis zum April 2009 in Höhe von gerundet Fr. 30'000.–. Die Privatklägerin stritt diese Bezüge nicht ab, Urk. 47/4 S. 14). Ohnehin würde schliesslich der Abzug eines geringeren Betrages als die von der Vorinstanz festgesetzten Fr. 50'271.– gegen das in Art. 391 Abs. 2 StPO verankerte Verschlechterungsverbot verstossen. Mit der Vorinstanz ist somit erstellt, dass der Beschuldigte im Zeitraum zwischen Oktober 2008 bis Ende Januar 2016 die ihm obliegenden Unterhaltsverpflichtungen in Höhe von Fr. 456'984.55 nicht erfüllte.

4.3 Effektiv vorhandene, finanzielle Mittel des Beschuldigten

4.3.1 Gestützt auf die Anklageschrift ist nachfolgend zu prüfen, ob der Beschuldigte mit den im Zeitraum vom 5. Juni 2009 bis und mit 19. August 2010 bei der Bank G._____ generierten Einnahmen und dem im Zeitraum von Januar 2012 bis Januar 2016 bei der B._____ GmbH erzielten Lohn nicht zumindest teilweise die von ihm geschuldeten Unterhaltsbeiträge hätte bezahlen können (Urk. 63/7 S. 5 f.; Prot. I S. 7).

4.3.2 Mit der Vorinstanz lässt sich zunächst aufgrund der zur Verfügung stehenden Beweismittel erstellen, dass auf zwei Bankkonti bei der Bank G._____ (CHF-Konto Nr. 1 und USD-Konto Nr. 2) am 5. Juni 2009 der Betrag von CHF 9'118.49 und zwischen Juli 2009 bis Ende 2009 ein Gesamtbetrag von rund USD 67'105.21 von zwei verschiedenen Firmen einbezahlt wurden. Ebenfalls nachgewiesen ist, dass der Beschuldigte im Zeitraum zwischen dem 7. Juli 2009 und dem 19. August 2010 von diesen beiden Konti anlässlich mehrerer Gelegenheiten einen Gesamtbetrag von total Fr. 82'395.64 und USD 8'723.62 abhob (Urk. 55/6/4/40-48; vgl. Urk. 101 S. 12 f.). Diese Sachlage wird vom Beschuldig-

ten denn auch nicht bestritten (Urk. 51/9 Ziff. 28, 38; Prot. I S. 19 f.; Prot. II S. 21 f.). Allerdings wird von ihm geltend gemacht, dass er mit diesem Geld die laufenden Rechnungen der B._____ GmbH beglichen habe und sie – mit Ausnahme von Fr. 1'800.–, welche er als Schuldgeld der Kinder eingesetzt habe – nicht für eigene Zwecke verwendet habe (Prot. S. 19 f.; Prot. II S. 20 - 22). Die Vorinstanz setzte sich mit diesem Einwand auseinander und kam überzeugend zum Schluss, dass die erstellten Zahlungseingänge nicht mit einem Gewinn der Firma B._____ GmbH gleichgesetzt werden dürften, welchen der Beschuldigte gegebenenfalls zur Deckung der Unterhaltspflichten hätte einsetzen müssen (Urk. 101 S. 12 f.). Dem ist zuzustimmen (Art. 82 Abs. 4 StPO). Die Zahlungseingänge belegen lediglich einen Geschäftsertrag. Ohne Nachweis der diesem gegenüberstehenden Aufwendungen zur Erhaltung des Geschäftsbetriebs lässt sich ein allfälliger Gewinn aber nicht ermitteln. Weder lässt sich ferner in Bezug auf die Aufwandseite aus der Anklageschrift etwas entnehmen noch ergeben sich aus den zur Verfügung stehenden Akten Angaben diesbezüglich. In der Folge kann auch nicht rechtsgenügend belegt werden, dass der Beschuldigte die eingegangenen Erträge zu privaten Zwecken nutzte, statt – wie von ihm behauptet – zur Bezahlung der laufenden Rechnungen seiner Firma. Mangels eines nachweisbaren Gewinnes ist zu Gunsten des Beschuldigten deshalb davon auszugehen, dass es ihm im Zeitraum von Juni 2009 bis August 2010 – mit Ausnahme der Fr. 1'800.–, welche zugestandenermassen als Schuldgeld der Kinder eingesetzt wurden - nicht möglich war, seiner Unterhaltsverpflichtung nachzukommen.

4.3.3 Wie die Vorinstanz des Weiteren zu Recht erwog, geht aus den relevanten Bankunterlagen – entgegen der Behauptung der Staatsanwaltschaft vor Vorinstanz – lediglich hervor, dass sich der Beschuldigte im Zeitraum von Januar 2012 bis Januar 2016 einen Lohn von Fr. 3'253.15 pro Monat auszahlen liess (Urk. 50/4/4; Urk. 60/2/1). Dieser Lohnbetrag deckt sich zum einen nicht nur mit den diesbezüglichen Angaben des Beschuldigten (Urk. 4/2 Ziff. 18; Urk. 51/5 Ziff. 5). Vielmehr ist er ferner vereinbar mit dem auch von der Vorinstanz berücksichtigten Umstand, dass sämtliche, über sein betriebsrechtliches Existenzminimum hinausgehende Einnahmen zumindest bis zum 22. Oktober 2014 konsequent gepfändet wurden (vgl. Urk. 63/7 S. 3 ff.; Prot. I S. 28 f.). Der Erhalt eines

höheren Einkommens – wie von der Staatsanwaltschaft behauptet – kann daher nicht ohne Verbleib von Restzweifeln erstellt werden. Demzufolge können dem Beschuldigten die von der Anklagebehörde geltend gemachten Einnahmen nicht rechtsgenügend nachgewiesen werden.

4.3.4 Im Ergebnis ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass dem Beschuldigten nicht rechtsgenügend nachgewiesen werden kann, dass er im deliktsrelevanten Zeitraum – abgesehen von den für sich persönlich bezogenen Fr. 1'800.– und dem unter seinem Existenzminimum von Fr. 3'287.– (vgl. Urk. 47/29 S. 21) liegenden Lohn – über effektive finanzielle Mittel zur mindestens teilweisen Bezahlung der geschuldeten Unterhaltsbeiträge verfügte.

5. Verletzung der Pflicht zur hinreichenden Nutzung der Arbeitskraft

5.1 Angesichts des oben dargelegten Beweisergebnisses ist nachfolgend zu prüfen, ob der Beschuldigte – wie die Anklage ihm vorwirft – über finanzielle Mittel von monatlich Fr. 8'000.– hätte verfügen können, wenn er im Zeitraum von Oktober 2008 bis Ende Januar 2016 seine Arbeitstätigkeit für die B._____ GmbH intensiviert oder sich um eine Nebenbeschäftigung bzw. eine andere Stelle bemüht hätte.

5.2 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 217 StGB muss der Unterhaltspflichtige in einem Umfang einer entgeltlichen Tätigkeit nachgehen, dass er seine Unterhaltspflichten erfüllen kann. Gegebenenfalls muss er sogar seine Stelle oder seinen Beruf wechseln, wobei diese Pflicht durch den generellen Gesichtspunkt der Zumutbarkeit begrenzt ist. So wird man etwa bei einem Feinmechaniker oder einem Pianisten kaum verlangen können, dass er eine berufsfremde Tätigkeit mit schwerer körperlicher Belastung übernimmt, wenn dadurch etwa das Feingefühl seiner Hände und damit die Möglichkeit, später wieder im angestammten Beruf zu arbeiten, beeinträchtigt würde. Das Recht auf freie berufliche Tätigkeit wird beschränkt durch die Pflicht des Unterhaltspflichtigen, für seine Familie aufzukommen. Die Betätigungsfreiheit entbindet einen Künstler nicht von der Pflicht, neben einer künstlerischen Tätigkeit, die seinen eigenen Notbedarf nur ungenügend deckt, in dem Umfang einer ihm zumutbaren entgeltlichen

Tätigkeit nachzugehen, dass er seine familienrechtlichen Verpflichtungen erfüllen kann (BGE 114 IV 124). In der kantonalen Rechtsprechung ist die Strafbarkeit nach Art. 217 StGB bejaht worden bei Tätern, die einer uneinträglichen selbständigen Tätigkeit nachgegangen sind und es unterlassen haben, durch eine anderweitige, gegebenenfalls unselbständige, Tätigkeit ein hinreichendes Einkommen zu erzielen (BJM 1983 S. 86 ff. [Appellationsgericht Basel-Stadt]; SJZ 82/1986 S. 212 f. [Kantonsgericht Schwyz]). Der Unterhaltspflichtige kann sich somit auch dadurch strafbar machen, dass er aus eigenem Entschluss darauf verzichtet, seine Arbeitskraft im Rahmen des Zumutbaren optimal ökonomisch zu nutzen. Art. 217 StGB verlangt vom Schuldner unter Strafdrohung, dass er alles mache, was von ihm vernünftigerweise erwartet werden kann, um sich hinreichende Einnahmen zu verschaffen. Man muss sich fragen, ob der Schuldner unter anderem eine andere einträglichere Tätigkeit hätte ausüben können. Alimentenschuldner sind generell verpflichtet, sich im Rahmen ihrer Möglichkeiten das notwendige Geld zur Erfüllung der Unterhaltsbeiträge zu beschaffen (sog. "Anspannungspflicht"). Sie müssen die ihnen zumutbaren Bemühungen unternehmen, um ausreichende finanzielle Mittel zu erlangen. Dies bedeutet, dass der Unterhaltspflichtige gewisse Einschränkungen seiner Lebensführung auf sich nehmen muss, wenn er dadurch in die Lage kommt, überhaupt oder wesentlich höhere Einkünfte zu erzielen. Insoweit ist das Recht auf eine freie Berufswahl und Selbstverwirklichung beschränkt. Wo die Grenze genau liegt, lässt sich angesichts der vielfältigen familiären und sozialen Verhältnisse kaum allgemein formulieren; sie ist fließend und wird in der Praxis von Fall zu Fall bestimmt. Allenfalls ist sogar eine berufsfremde Beschäftigung oder ein Wechsel der bisherigen Tätigkeit erforderlich. Von praktischer Bedeutung ist hier beispielsweise die Pflicht eines Wechsels der Arbeitsstelle. Ebenso ist ein selbständig Erwerbstätiger, dessen Geschäft nicht (mehr) lebensfähig ist, verpflichtet, eine unselbständige Tätigkeit aufzunehmen. Von Bedeutung ist, wie gross die Chancen eines Mehrverdienstes bei einem Berufswechsel sind. Der Wechsel einer Arbeitsstelle oder gar die Aufnahme einer berufsfremden Beschäftigung ist nur dann zumutbar, wenn ernsthaft mit einem Mehrverdienst zu rechnen sei. Wann vom Schuldner die Aufnahme einer anderen Erwerbstätigkeit verlangt werden kann, kann nicht allgemein gesagt werden; es

kommt auf die Umstände des Einzelfalles an (Zum Ganzen vgl. BGE 126 IV 130 E. 3). Gemäss der neuesten Bundesgerichtsrechtsprechung kann sich das Strafgericht bei der Beantwortung der Frage, welche Mittel der Unterhaltspflichtige hätte haben können, auf diejenigen Elemente stützen, von welchen das Zivilgericht bei der Festsetzung der Unterhaltsbeiträge ausging (Urteile des Bundesgerichts 6B_519/2017 vom 4. September 2017 E. 3.2; 6B_1017/2016 vom 10. Juli 2017 E. 2.2). Dagegen ist es der Strafrichter, der die Frage zu klären hat, welche Möglichkeiten dem Unterhaltspflichtigen tatsächlich zur Verfügung standen, das vom Zivilrichter festgesetzte Einkommen zu erzielen, da es sich hierbei um eine objektive Strafbarkeitsbedingung im Hinblick auf Art. 217 StGB handelt. Obwohl sich der Strafrichter auf die vom Zivilrichter in Betracht gezogenen Elemente stützen kann, muss er dennoch die konkrete finanzielle Situation des Unterhaltspflichtigen in tatsächlicher Hinsicht erstellen, respektive diejenige, über welche der Pflichtige hätte verfügen können, wenn er diejenigen Anstrengungen unternommen hätte, die vernünftigerweise von ihm zu erwarten waren (Urteil des Bundesgerichts 6B_608/2017 vom 12. April 2018 E. 4.1 m.H.).

5.3 Die Zivilgerichte, welche im Eheschutz- bzw. Ehescheidungsverfahren des Beschuldigten und der Privatklägerin von einem fehlenden Einkommen ausgehen mussten und insofern die Frage der hypothetischen Leistungskraft zu beurteilen hatten, stellten jeweils übereinstimmend fest, dass der Beschuldigte im tatrelevanten Zeitraum ein hypothetisches Einkommen von ca. Fr. 8'000.– hätte erzielen können, hätte er seine wirtschaftliche Arbeitskraft hinreichend ausgeschöpft (Urk. 18/3, Urteil BG Horgen vom 18. Juli 2011, S. 11 ff.; Urk. 47/28, Verfügung BG Horgen vom 28. Mai 2014, S. 18 ff.; Urk. 47/29, Beschluss und Urteil vom 24. November 2014, S. 11 ff.). Dieses hypothetische Einkommen berechnete namentlich das Obergericht in seinem Urteil vom 24. November 2014 unter Berücksichtigung des Alters des Beschuldigten (56 Jahre), seines beruflichen Werdeganges (ausgebildeter, unterer Kaderangestellter mit einer Berufungserfahrung von 20 Jahren im Detailhandel), der Lohnstrukturerhebungen (LSE) des Bundesamtes für Statistik, Region Zürich (www.lohnrechner.bfs.admin.ch, Salarium), und des jährlich erscheinenden Lohnbuches des Amtes für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Zürich (Urk. 47/29 S. 13 - 15).

Auf diese von den Zivilgerichten ermittelten Elemente und Schlussfolgerungen hinsichtlich des hypothetischen Einkommens kann unter Hinweis auf die dargelegte bundesgerichtliche Rechtsprechung auch im vorliegenden Strafverfahren abgestellt werden. Somit hätte der Beschuldigte *theoretisch* bei Aufnahme einer unselbständigen Vollzeit-Tätigkeit als unterer Kaderangestellter im Detailhandel grundsätzlich ein hypothetisches Einkommen in Höhe der eingeklagten Fr. 8'000.– erzielen können. Weshalb die Vorinstanz vor diesem Hintergrund von einem möglichen Zusatzverdienst von Fr. 2'000.– ausging, erhellt demgegenüber nicht (Urk. 101 S. 16).

5.4 Nachfolgend ist – unter Beachtung des strafprozessualen Grundsatzes "in dubio pro reo" – die Frage zu klären, welche Möglichkeiten dem Beschuldigten *tatsächlich und rechtsgenügend nachweisbar* zur Verfügung standen, das obgenannte theoretische Einkommen zu erzielen (vgl. oben E. 5.2 bzw. S. 15).

5.4.1 Der Beschuldigte macht geltend, dass er sich ab 2008 ca. zwei bis drei Jahre lang mittels Bewerbungen um eine unselbständige Arbeitsstelle bemüht habe, allerdings keinen Erfolg damit gehabt habe (Urk. 4/2 Ziff. 14-16, 19, 29; 51/6 Ziff. 14-20; Prot. I S. 20; Prot. II S. 21). Daneben habe er versucht, die B._____ GmbH vom Konkurs zu bewahren und das Geschäft wieder aufzubauen (Urk. 4/2 Ziff. 33; Urk. 51/6 Ziff. 33).

Diese Aussagen des Beschuldigten decken sich mit der Beweislage. Aus den Akten geht hervor, dass der Beschuldigte im Zeitraum von Ende September 2008 bis Mitte 2010 ca. 21 Bewerbungen verschickte (Urk. 47/8/15). Ende März 2010 meldete er sich schliesslich beim RAV an (Urk. 47/8/14). Dass der Beschuldigte daneben auch für die B._____ GmbH tätig war, kann dem Beschuldigten angesichts des Untersuchungsergebnisses nicht widerlegt werden. Ebenso ist gestützt auf den Grundsatz in dubio pro reo auf seine nicht widerlegbaren Angaben abzustellen, dass er dabei gesamthaft einen Lohn von Fr. 1'800.– erzielte. Zwar kann angesichts des Zeitraumes und der Anzahl der Bewerbungen nicht von intensiven Arbeitsbemühungen gesprochen werden. Eingeklagt sind aber einerseits nur das Unterlassen von "ernstlichen" Bemühungen (Urk. 63/7 S. 7). Andererseits muss im Strafverfahren nicht der Beschuldigte nachweisen, dass er sich

hinreichend um eine neue Stelle bemüht hatte, wie das im Zivilprozess der Fall ist. Vielmehr trägt die Strafbehörde die Beweislast. Angesichts der aktenkundigen Bewerbung und Suchbemühungen, der erfolgten Anmeldung beim RAV, des für einen Arbeitssuchenden bereits fortgeschrittenen Alters des Beschuldigten, der gegen ihn zu diesem Zeitpunkt eingeleiteten und weiterhin laufenden Betreibungen (Urk. 46/4), die bei einer Suche nach einer Kaderanstellung im Detailhandel tatsächlich hinderlich sein dürften, und des unwiderlegbaren Umstandes, dass er gleichzeitig sein Geschäft wieder aufzubauen versuchte, ist gerade nicht erstellt, dass er sich im Zeitraum von Oktober 2008 bis Mitte 2010 nicht ernstlich um die Erzielung eines höheren Einkommens bemüht hat.

5.4.2 Der Beschuldigte bringt in Bezug auf den Zeitraum nach 2011 vor, dass es für ihn das einzig Mögliche gewesen sei, mit der Selbständigkeit weiterzumachen, nachdem er sich zwei Jahre lang erfolglos um eine unselbständige Arbeit bemüht habe (Prot. II S. 21; Urk. 51/5 Ziff. 3). Deshalb habe er die Stellensuche aufgegeben (Urk. 51/5 Ziff. 3) und sich nur auf seine eigene Firma konzentriert, d.h. zu 100% für diese gearbeitet (Urk. 4/2 Ziff. 54). Ab Januar 2012 bis Ende Januar 2016 habe er denn auch sein Einkommen von Fr. 1'800.– auf Fr. 3'253.15 im Monat erhöhen können (Urk. 4/2 Ziff. 18; Urk. 51/5 Ziff. 5).

Die Ausführungen des Beschuldigten erscheinen vor dem Hintergrund, dass er sich ca. zwei Jahre lang sowohl um eine neue Stelle als auch um die Bewahrung seiner eigenen Firma vor dem Konkurs bemühte, wovon – wie bereits dargelegt wurde – auszugehen ist, als durchaus plausibel. Im deliktsrelevanten Zeitraum war er bereits knapp 55 Jahre alt, wies diverse Betreuungseinträge auf und hatte während der letzten zwanzig Jahre lediglich Handel mit Rasenmähern betrieben. Hinzu kommt, dass sich diese plausiblen und konstant wiederholten Angaben mit den zur Verfügung stehenden Akten nicht widerlegen lassen. Aus ihnen ergeben sich keinerlei Hinweise darauf, dass dem Beschuldigten tatsächlich die Möglichkeit offen gestanden wäre, eine Stelle mit einem Lohn von Fr. 8'000.– anzutreten, er dies aber abgelehnt hätte. Ferner kann ihm nicht rechtsgenügend nachgewiesen werden, dass er seiner Tätigkeit für die B. _____ GmbH nicht mit der geforderten Intensität nachging. Weder lässt sich widerlegen, dass seine häu-

figen Reisen nach Tschechien geschäftsbedingt waren, noch erstellen, dass er ständig im Ausland Ferien gemacht haben soll, statt zu arbeiten (Urk. 51/9 Ziff. 21 ff.). Zu seinen Gunsten muss daher davon ausgegangen werden, dass er seine Arbeitskraft für die B._____ GmbH voll ausschöpfte. Folglich konnte er unter Berücksichtigung seines Alters und des Umstandes, dass er im internationalen Handel tätig war, realistischerweise auch keiner Nebenbeschäftigung nachgehen. Angesichts der diversen erfolglosen Bewerbungsversuche und seiner persönlichen Verhältnisse ist vielmehr davon auszugehen, dass er alles Mögliche unternahm, was vernünftigerweise von ihm erwartet werden kann, um sich hinreichende Einnahmen zu verschaffen.

5.5 Im Ergebnis ist unter strafprozessualen Gesichtspunkten nicht erstellt, dass es dem Beschuldigten tatsächlich möglich war, ein hypothetisches Einkommen von Fr. 8'000.– zu erzielen, sei es durch Intensivierung seiner Arbeitstätigkeit für die B._____ GmbH oder die Aufnahme einer Nebenbeschäftigung oder durch einen Stellenwechsel. Damit ist der Anklagesachverhalt in objektiver Hinsicht nicht erstellt, weshalb sich der Beschuldigte nicht nach Art. 217 Abs. 1 StGB strafbar gemacht hat.

Selbst wenn aber der objektive Sachverhalt erstellt gewesen wäre, wäre die Strafbarkeit des Beschuldigten auch in subjektiver Hinsicht zu verneinen. Dies soll im Folgenden der Vollständigkeit halber aufgezeigt werden.

6. Vorsatz

6.1 Wie bereits dargelegt handelt es sich beim Tatbestand der Vernachlässigung von Unterhaltspflichten um ein Vorsatzdelikt (Art. 12 Abs. 1 StGB). Erforderlich ist das Wissen des Täters um die Leistungspflicht und sein Wille, diese nicht oder nicht gehörig zu erfüllen. Im Rahmen der Strafuntersuchung muss daher evident gemacht werden, dass der Beschuldigte die pflichtbegründende Situation kannte, dass er sich der fehlenden oder mangelhaften Pflichterfüllung bewusst war, und dass er ferner erkannt hat, er könnte dem Berechtigten die geschuldeten Zahlungen zukommen lassen, dass er aber nicht wollte (Urs Broder, Delikte ge-

gen die Familie, insbesondere die Vernachlässigung von Unterhaltspflichten, ZStrR 110/1992 S. 290 ff., S. 308).

6.2. Nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist mindestens Eventualvorsatz gegeben, wenn der Täter den Eintritt des Erfolgs beziehungsweise die Tatbestandsverwirklichung für möglich hält, aber dennoch handelt, weil er den Erfolg für den Fall seines Eintritts in Kauf nimmt, sich mit ihm abfindet, mag er ihm auch unerwünscht sein. Der Richter darf vom Wissen des Täters auf den Willen schliessen, wenn sich dem Täter der Eintritt des Erfolgs als so wahrscheinlich aufdrängte, dass die Bereitschaft, ihn als Folge hinzunehmen, vernünftigerweise nur als Inkaufnahme des Erfolgs ausgelegt werden kann (BGE 137 IV 1 E. 4.2.3 m.H.). Ob der Täter die Tatbestandsverwirklichung in diesem Sinne in Kauf genommen hat, muss der Richter – bei Fehlen eines Geständnisses des Beschuldigten – aufgrund der Umstände entscheiden. Dazu gehören die Grösse des dem Täter bekannten Risikos der Tatbestandsverwirklichung, die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung, die Beweggründe des Täters und die Art der Tathandlung. Je grösser die Wahrscheinlichkeit der Tatbestandsverwirklichung ist und je schwerer die Sorgfaltspflichtverletzung wiegt, desto näher liegt die Schlussfolgerung, der Täter habe die Tatbestandsverwirklichung in Kauf genommen. Der Richter darf vom Wissen des Täters auf den Willen schliessen, wenn sich dem Täter der Eintritt des Erfolgs als so wahrscheinlich aufdrängte, dass die Bereitschaft, ihn als Folge hinzunehmen, vernünftigerweise nur als Inkaufnahme des Erfolgs ausgelegt werden kann (BGE 133 IV 9 E. 4.1 m.H.).

6.3 Dass der Beschuldigte um seine Unterhaltspflichten wusste, bestreitet er nicht (Urk. 51/6 Nr. 6; Prot. I S. 15; Prot. II S. 17). Entgegen den Erwägungen der Vorinstanz (Urk. 101 S. 19) wusste der Beschuldigte aber erst mit Verfügung des Bezirksgerichts Horgen vom 28. Mai 2014, dass ihm ein hypothetisches Einkommen von Fr. 8'000.– von dem zuständigen Einzelrichter angerechnet werden durfte, weil ihm dessen Erzielung nach Ansicht des Gerichts möglich und zumutbar sei (Urk. 47/28 E. 7.3.5). Dies wurde schliesslich durch das Obergericht in seinem Entscheid vom 24. November 2014 bestätigt (Urk. 47/29 S. 11 ff.). Es ist zwar richtig, dass das Bezirksgericht Horgen darüber hinaus auch bereits in seinem Ur-

teil vom 18. Juli 2011 auf ein hypothetisches Einkommen abstellte (Urk. 18/3). Dieses Vorgehen wurde aber vom Obergericht mit Entscheid vom 12. Februar 2013 als unangebracht bezeichnet (Urk. 30/1 S. 12 ff.). Insofern erscheint es fraglich, ob dem Beschuldigten tatsächlich bereits ab Mitte 2010 bewusst gewesen war, dass er einer Arbeit hätte nachgehen müssen, welche ihm ein Einkommen von Fr. 8'000.– eingebracht hätte. Als gut ausgebildete und lebenserfahrene Person, die der Beschuldigte war, kann aber gestützt auf die allgemeine Lebenserfahrung durchaus davon ausgegangen werden. Aus nachfolgend darzulegenden Gründen muss dies jedoch nicht abschliessend beantwortet werden.

Es ergeben sich hinsichtlich der Willenskomponente bei Berücksichtigung der äusseren Umstände begründete Zweifel daran, dass der Beschuldigte seinen Unterhaltspflichten nicht nachkommen wollte, bzw. dies auch nur in Kauf nahm. Er selbst bestreitet dies vehement und konstant (Urk. 4/2 Nr. 8, 59; Urk. 51/6 Nr. 3, 13, 28; Urk. 59 Nr. 5; Prot. I S. 14, 18, 23; Prot. II S. 18 ff.). Konkret behauptet er, dass er gleich zu Beginn seiner finanziellen Leistungsfähigkeit angefangen habe, der Privatklägerin verschiedene Lösungsvorschläge zu unterbreiten, welche es ihm ermöglicht hätten, die ihr zustehenden Unterhaltsbeiträge an sie zu zahlen. Er habe alles unternommen, um die Situation zu überbrücken (Urk. 4/2 Nr. 59; Urk. 51/6 Nr. 3 und 13; Urk. 51/9 Nr. 5; Prot. II S. 18). Tatsächlich sind in den zur Verfügung stehenden Beweismitteln Akten zu finden, welche diese Behauptung stützen. So schlug der Beschuldigte bereits anlässlich der Anhörung bzw. Hauptverhandlung vom 8. Juni 2009 vor, die Hypothek der gemeinsamen Liegenschaft in F. _____ zu Lasten seines Miteigentumanteils zu erhöhen, um so Geld erhältlich machen zu können, welches er der Privatklägerin als Unterhaltsbeiträge übergeben wollte (Urk. 47/3 S. 16 f., S. 34; Urk. 47/12/3). Gestützt darauf schlug das Obergericht des Kantons Zürich eine entsprechende Vereinbarung vor, welche der Beschuldigte am 3. November 2009 auch unterzeichnete (Urk. 47/8/1). Selbst die Privatklägerin zeigte sich anlässlich der Fortsetzung dieser Hauptverhandlung am 14. Dezember 2009 der ebenfalls vom Beschuldigten vorgeschlagenen Möglichkeit, die genannte Liegenschaft zu verkaufen und die geschuldeten Unterhaltsbeiträge mit dem Verkaufserlös zu verrechnen, nicht abgeneigt (Urk. 47/3 S. 45, 75). Schliesslich ergibt sich aus den Akten, dass der Be-

schuldigte bzw. sein Anwalt zumindest seit 2009 immer wieder Vorschläge zur Begleichung der Unterhaltsbeiträge über den Miteigentumsanteil des Beschuldigten an der Liegenschaft in F. _____ machten (so bspw. Urk. 8/5-9; Urk. 18/8 ff.; Urk. 47/3 S. 62; Urk. 52/1 S. 24 f.). Gleich nachdem die Privatklägerin einen dieser Vorschläge abgelehnt hatte, präsentierte der Beschuldigte eine neue Lösung: Als z.B. die Privatklägerin mit einer Hypothekenerhöhung nicht einverstanden war, schlug er den Verkauf der Liegenschaft vor, fand gar einen Käufer für einen Preis von ca. Fr. 1.4 bis 1.5 Mio, um seine Unterhaltspflichten über diesen Erlös zu erfüllen. Als auch dieser Vorschlag nicht zum gewünschten Resultat führte, schlug er vor, seinen Miteigentumsanteil der Privatklägerin zu übertragen, worauf die Privatklägerin schliesslich einging (Urk. 93/1). Vor diesem Hintergrund bestehen ernsthafte, nicht überwindbare Zweifel daran, dass sich der Beschuldigte nur deshalb um keine besser bezahlte Stelle bemühte, weil er der Privatklägerin keinen Unterhalt zahlen wollte, bzw. dies in Kauf nahm. Ganz abgesehen davon stand es dem Beschuldigten grundsätzlich frei, seine Unterhaltszahlungen aus seinem Vermögen zu tilgen. Daran hinderte ihn die Privatklägerin jedoch. Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass es sich bei der genannten Liegenschaft im Miteigentum des Beschuldigten weder um die Familienwohnung noch um die Wohnung seiner Ehefrau handelte, so dass durch einen Verkauf weder die Existenz noch die bisherige gewohnte Umgebung der Familie resp. der Ehefrau tangiert war. Wie bereits mehrfach betont, gilt im Strafprozess die Unschuldsvermutung. Es gelten damit nicht die gleichen Verfahrensgrundsätze wie im Zivilverfahren, wo diejenige Partei die Beweislast für eine behauptete Tatsache trägt, welche diese Tatsache behauptet, und damit die Folgen der Beweislosigkeit ebendiese beweispflichtige Partei trägt. Insofern mag es im Zivilverfahren richtig sein, von einem fehlenden Zahlungswillen auszugehen, wenn der Beschuldigte in diesen Prozessen nicht nachweisen kann, dass er nicht über die erforderlichen Mittel zur Zahlung der Unterhaltsbeiträge verfügt. Entsprechenden Schlussfolgerungen steht im Strafprozess aber der Grundsatz „in dubio pro reo“ entgegen. Dem Beschuldigten kann nicht zweifelsfrei nachgewiesen werden, dass ihm von Anfang an der Wille zur Erfüllung seiner Unterhaltsverpflichtungen fehlte, bzw. er die Un-

möglichkeit der Pflichterfüllung mit seinem Verhalten in Kauf nahm. Der subjektive Sachverhalt ist somit nicht erstellt.

7. Nach dem Gesagten ist der Beschuldigte in Nachachtung des Grundsatzes in dubio pro reo vom Vorwurf der Vernachlässigung von Unterhaltspflichten freizusprechen.

IV. Kosten und Entschädigung

1. Ausgangsgemäss – der Beschuldigte wird freigesprochen und obsiegt im Berufungsverfahren – sind die Kosten der Untersuchung und der gerichtlichen Verfahren auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 426 Abs. 1 und 2 StPO; Art. 428 Abs. 1 StPO). Die vorinstanzliche Kostenfestsetzung ist zu bestätigen. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz.

2. Wird die beschuldigte Person freigesprochen, so hat sie Anspruch auf Entschädigung ihrer Aufwendungen für die angemessene Ausübung ihrer Verfahrensrechte. Der vom amtlichen Verteidiger geltend gemachte Aufwand steht im Einklang mit den Ansätzen der AnwGebV und erweist sich als angemessen. Vermehrt um den Aufwand für die Berufungsverhandlung ist der amtliche Verteidiger mit einem Gesamtbetrag von Fr. 2'500.– für das Rechtsmittelverfahren zu entschädigen.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte ist der Vernachlässigung von Unterhaltspflichten im Sinne von Art. 217 Abs. 1 StGB nicht schuldig und wird freigesprochen.
2. Die erstinstanzliche Kostenfestsetzung (Dispositivziffer 5) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz. Die weiteren Kosten für das Berufungsverfahren betragen Fr. 2'500.– für die amtliche Verteidigung des Beschuldigten.

4. Die Kosten der Untersuchung und des Gerichtsverfahrens beider Instanzen, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden definitiv auf die Gerichtskasse genommen.

5. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
- die Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich (übergeben)
- die Privatklägerschaft (übergeben)

sowie in vollständiger Ausfertigung an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich
- die Privatklägerschaft

und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz
- die Kantonspolizei Zürich, KIA-ZA, mit separatem Schreiben (§ 54a Abs. 1 PolG)
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit einer Kopie der Urk. 102 zur Entfernung der Daten

6. 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, 22. Mai 2018

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Spiess

lic. iur. Karabayir