

ZH_OBERGERICHT SB110069 vom 2. November 2011

ZH Obergericht, 2011-11-02, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB110069

FR: ZH_OBERGERICHT SB110069 du 2 novembre 2011

IT: ZH_OBERGERICHT SB110069 del 2 novembre 2011

Erwägungen

E. 1

Januar 2003 bis 23. August 2006 die gerichtlich festgesetzten Unterhaltsbeiträge an seine Ehefrau (monatlich Fr. 3'500.– bis 31. Dezember 2003 und hernach Fr. 1'800.– bis 23. August 2006) mit Ausnahme der Bezahlung eines

- 7 - Betrags von Fr. 14'204.45 nicht geleistet zu haben, obschon er aufgrund seiner Einkünfte aus AHV, Arbeitstätigkeit, Aktiven und Erträgen aus Firmen, deren wirtschaftlich Berechtigter er gewesen sei, sowie seiner durch Firmen finanzierten ... Wohnung [in B. _____] in der Lage gewesen wäre, die Unterhaltsbeiträge zumindest zu einem überwiegenden Teil zu bezahlen. Namentlich wäre es ihm möglich und zuzumuten gewesen, Firmenbeteiligungen zu verkaufen sowie sich den Mietzins als Gegenleistung für seine VR-Tätigkeiten auszahlen zu lassen, und sich eine günstigere Wohnung zu suchen, um mit dem Überschuss seine Unterhaltspflichten zu erfüllen (Urk. 29).

E. 2

Unbestritten und belegt ist, dass der Angeklagte mit Verfügung der Einzelrichterin des Bezirksgerichtes Uster vom 15. August 1995 verpflichtet wurde, ab dem 1. Juli 1995 monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 3'500.– an seine damals von ihm getrennt lebende Ehefrau zu bezahlen, dass die Unterhaltsbeiträge mit Verfügung des Einzelrichters des Bezirksgerichtes March mit Wirkung ab dem 1. Januar 2004 auf Fr. 1'800.– festgesetzt wurden, und dass der Angeklagte Kenntnis von diesen Entscheidungen hatte (Urk. 2/2 und Urk. 2/5). Die Verfügung des Einzelrichters des Bezirksgerichtes March betreffend vorsorgliche Massnahmen, womit die Unterhaltsbeiträge ab 1. Januar 2004 für die Dauer des Scheidungsverfahrens auf monatlich Fr. 1'800.– festgesetzt wurden, erging am 2. März 2005 (Urk. 2/5), und nicht am 10. Oktober 2003, wie in der Anklageschrift aufgeführt (vgl. auch die Prozessgeschichte im Scheidungsurteil vom 19. Mai 2005; Urk. 2/6 S. 3). Das falsche Datum beruht auf einem offensichtlichen Versehen, weshalb der Anklagesachverhalt entsprechend korrigiert werden kann. Ebenfalls nicht bestritten ist, dass der Angeklagte im eingeklagten Zeitraum eine monatliche AHV-Rente von Fr. 1'343.– bezog und dass er mit Arbeitsleistungen einen zusätzlichen Verdienst erzielte. Weiter hat der Angeklagte eingestanden, Verwaltungsratspräsident der in der Anklageschrift aufgeführten Aktiengesellschaften gewesen zu sein und im relevanten Zeitraum unentgeltlich gewohnt zu haben (Urk. 4/1 S. 1 ff.; Urk. 4/3 S. 3 ff.; Urk. 100 S. 9 ff.). Schliesslich wurden die in der Anklageschrift aufgeführten Geschäftsabschlüsse der erwähnten Gesellschaften nicht bestritten.

- 8 - Hingegen machte die Verteidigung vor Vorinstanz geltend, der Angeklagte habe mit Zeichnungs- und Architekturarbeiten monatlich durchschnittlich nur Fr. 500.– bis Fr. 1'000.– verdient, mithin nicht brutto ca. Fr. 4'000.– wie gemäss Anklageschrift.

Ausserdem bestritt sie, dass der Angeklagte auch nur teilweise Inhaber der in der Anklageschrift genannten Aktiengesellschaften gewesen sei. Auch seien die meisten Gesellschaften inaktiv gewesen und es habe nichts bei ihnen zu holen gegeben. Schliesslich handle es sich bei der Wohnung in B._____ um eine Personalwohnung, deren Zweck es gerade sei, dass Mitarbeiter dort über- nachten könnten, wenn sie geschäftlich in der Stadt seien. Die wenigen Mittel, welche dem Angeklagten zur Verfügung stünden, ermöglichten ihm die Behand- lung seiner Krankheit und die restlichen alltäglichen Dinge (Urk. 100 S. 9 ff.). In den Beanstandungen rügte die Verteidigung eine unrichtige resp. willkürliche Feststellung des Sachverhaltes. Der Angeklagte sei der festen Überzeugung, sämtliche ausstehenden Unterhaltsbeiträge bezahlt zu haben (Urk. 112). In der schriftlichen Berufungsbegründung ging die Verteidigung eigentlich nicht näher auf die Ausführungen der Vorinstanz zum Sachverhalt ein. Sie wies indessen da- rauf hin, dass es ihr effektiv nie gelungen sei, eine eingehende Instruktion über die zu beurteilenden Anklagevorwürfe durchzuführen. Der Angeklagte habe stets betont, seine Unterhaltsbeiträge immer bezahlt zu haben, und dass er seiner Ex- frau viel mehr finanzielle Unterstützung gegeben habe, als es ihr effektiv zuge- standen sei. Wenn sich die Quittungen nicht bei den Akten befänden, seien sie von der Anklagebehörde entfernt worden (Urk. 143 S. 4 f.). Demnach ist zu erstellen, dass der Angeklagte - bis zur erwähnten, aufgrund einer Betreibung des Betreibungsamtes C._____ erfolgten Zahlung von Fr. 14'204.45 - keine Unterhaltsbeiträge an die Geschädigte bezahlt hat, dass er im relevanten Zeitraum ein monatliches Bruttoeinkommen von ca. Fr. 4'000.- erzielte, dass der Angeklagte Alleinaktionär der erwähnten Firmen war, dass der Angeklagte durch Verkauf der Beteiligungen der D._____ AG Fr. 2'680'000.- hät- te erzielen können, und dass er sich den Mietzins von Fr. 4'733.- als Gegenleis- tung für seine VR-Tätigkeiten hätte auszahlen lassen können. Der Anklagevorwurf stützt sich auf die Aussagen des Angeklagten und des Zeugen E._____, Revisi- onsstelle der betreffenden Firmen, sowie die Urkunden.

- 9 -

E. 3

Die Beweiswürdigungsregeln wurden von der Vorinstanz richtig dargelegt. Es kann vorab auf sie verwiesen werden (Urk. 116 S. 9 f.; § 161 GVG/ZH). Gemäss der aus Art. 8 BV und Art. 32 Abs. 1 BV fliessenden und in Art. 6 Ziff. 2 EMRK verankerten Maxime "in dubio pro reo" ist bis zum gesetzlichen Nachweis ihrer Schuld zu vermuten, dass die wegen einer strafbaren Handlung angeklagte Person unschuldig ist (BGE 127 I 38 E. 2a; BGE 120 Ia 31 E. 2b). Angesichts der Unschuldsvermutung besteht somit Beweisbedürftigkeit, das heisst der verfolgen- de Staat hat dem Angeklagten alle objektiven und subjektiven Tatbestands- elemente nachzuweisen, woraus folgt, dass nicht der Angeklagte seine Unschuld zu beweisen hat (BGE 127 I 38 E. 2a; Schmid, Strafprozessrecht, 4. A., Zürich 2004, N 277 ff., N 294 ff. und N 599). Aufgabe des Richters ist es, seinem Gewis- sen verpflichtet, in objektiver Würdigung des gesamten Beweisergebnisses zu prüfen, ob er von einem bestimmten Sachverhalt überzeugt ist und an sich mögli- che Zweifel an dessen Richtigkeit zu überwinden vermag (§ 284 StPO/ZH; ZR 72 [1973] Nr. 80; Guldener, Beweiswürdigung und Beweislast, S. 7; BGE 127 I 38 E. 2a; BGE 124 IV 86 E. 2a; BGE 120 Ia 31 E. 2c; Urteil des Bundesgerichtes 1P.154/2000 vom 10. Oktober 2000, E. 2c). Den Angeklagten trifft insofern eine gewisse Beweislast, als er das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen, Schuldausschlussgründen oder anderweitig entlastender Indizien behauptet. Eine volle Beweispflicht des Angeklagten besteht jedoch nicht. Es genügt, wenn seinen entlastenden

Behauptungen eine gewisse Überzeugungskraft zukommt; sei dies in Form konkreter Indizien oder in Form einer natürlichen Vermutung, welche die Behauptung zumindest glaubhaft machen. Ein strikter Beweis kann vom Angeklagten nicht verlangt werden. Indessen muss seine Behauptung glaubhaft sein. Wenn die belastenden Beweise nach einer Erklärung rufen, die der Angeklagte geben müsste, dies jedoch nicht tut, darf nach Massgabe des gesunden Menschenverstandes der Schluss gezogen werden, es gebe keine mögliche Erklärung und der Angeklagte sei schuldig (Pra 90 [2001] Nr. 110 E. 3; Beschluss des Kassationsgerichtes des Kantons Zürich AC050005 vom 5. Oktober 2005, E. II.8 S. 10 f.; je mit weiteren Hinweisen).

- 10 - 4.1. Bezüglich der offenen Unterhaltsbeiträge erwog die Vorinstanz, dass sich den Akten nicht entnehmen lasse, dass der Angeklagte die geschuldeten Unterhaltsbeiträge bezahlt habe. Er habe sich denn auch auf den Standpunkt gestellt, die Leistung sei ihm zufolge seiner prekären finanziellen Lage gar nicht möglich gewesen (Urk. 116 S. 11). 4.2. Anlässlich der Einvernahme vom 14. November 2006 erklärte der Angeklagte, er reiche Quittungen ein, die belegten, dass er seit November 2003 bis 2005 insgesamt Fr. 54'748.55 als Unterhaltsbeiträge für seine Ex-Frau bezahlt habe. Die meisten Zahlungen seien an seinen damaligen Rechtsvertreter im Scheidungsverfahren gegangen. Er bestätigte, im Zeitrahmen Mai - August 2006 keine Unterhaltsbeiträge bezahlt zu haben (Urk. 4/1 S. 2). In der Schlusseinvernahme vom 2. September 2008 führte der Angeklagte aus, er habe Fotokopien seiner Zahlungen aus dem Jahre 1996 bis 24. März 2004 an seine geschiedene Ehefrau im Gesamtbetrag von ca. Fr. 239'000.- mitgebracht. Er könne nicht aus dem Stegreif sagen, dass er die Unterhaltsbeiträge im Zeitraum vom 1. Januar 2003 bis 26. August 2006 vollumfänglich bezahlt habe. Er habe noch Quittungen. Am 26. Januar 2003 habe er Fr. 33'300.- bezahlt, das sei über Rechtsanwalt Y._____ gegangen, und am 24. März 2004 habe er Fr. 4'000.- bezahlt. Auf Hinweis hin, dass diese beiden Quittungen, die belegten, dass der Angeklagte diese Beträge an Rechtsanwalt Y._____ für eine Betreuung Nr. ... und RA Rechnung sowie für KV ... bezahlt habe, bereits bei den Akten seien, bejahte der Angeklagte, dass es sich um Zahlungen an seine Ex-Frau gehandelt habe (Urk. 4/3 S. 2 f.). Aus den vom Angeklagten eingereichten Quittungen (Urk. 5/2+3; Urk. 5/5+6; Urk. 5/10) geht - soweit sie überhaupt den eingeklagten Zeitraum betreffen - hervor, dass der Angeklagte am 21. August 2003 einen Betrag von Fr. 1'000.- (Urk. 5/3), am 18. Mai 2004 Fr. 3'500.- (Urk. 5/2), am 26. November 2003 Fr. 33'300.- (mit dem Vermerk "Betreuung Nr. ... + RA-Rechnung", Urk. 5/5) und am 24. März 2004 Fr. 4'000.- (mit dem Vermerk "KV ...", Urk. 5/6) an Rechtsanwalt Y._____ bezahlt hat.

- 11 - Aus dem Zahlungsbefehl des Betreibungsamts C._____ vom 2. April 2003 (Betreibungs-Nr. ...) ergibt sich, dass der Angeklagte für einen Forderungsbetrag von Fr. 30'060.- nebst 5% Zins seit 1. Januar 2003 betrieben wurde für Alimente für die Jahre 1998, 1999, 2000, 2001 und 2002 (Urk. 2/3). Mit Verfügung des Einzelrichters des Bezirksgerichtes March vom 10. Oktober 2003 wurde der Geschädigten für diesen Betrag (ausstehende Unterhaltsbeiträge der Jahre 1998 bis und mit 2002) definitive Rechtsöffnung erteilt (Urk. 2/4). Dem Verlustschein vom 4. Juli 2006 ist zu entnehmen, dass Unterhaltsbeiträge für die Zeit vom 1. Januar 2003 bis 31. Dezember 2003 (12 x Fr. 3'500.-) ausstehend waren (Urk. 2/7 und Urk. 13/2). Mit Zahlungsbefehl vom 28. April 2005 liess die Geschädigte den Angeklagten für ausstehende Unterhaltsbeiträge vom 1. Januar 2004 bis 30. April 2005 (16 x Fr. 1'800.-) betreiben (Betreibungs-Nr. ...; Urk. 2/9). Sodann liess die Geschädigte im Strafantrag vom 23. August 2006 behaupten, dass der

Angeklagte auch die seit 1. Mai 2005 geschuldeten Unterhaltsbeiträge nicht bezahlt habe. Insgesamt habe er seit dem 1. Januar 2003 die geschuldeten Unterhaltsbeiträge nicht bzw. erst nach eingeleitetem Betreibungs- bzw. Pfändungsverfahren geleistet. So habe er ihr unter dem Druck des Pfändungsverfahrens über das Betreibungsamt C. _____ Fr. 14'204.45 bezahlt (Urk. 1 S. 3-6). Demnach handelte es sich bei dem Betrag von Fr. 33'300.- (Betreibung Nr. ... + RA-Rechnung) gemäss Quittung vom 26. November 2003 im Umfang von Fr. 30'060.- um die Begleichung von rückständigen betriebenen Alimenten der Jahre 1998-2002, wofür am 10. Oktober 2003 definitive Rechtsöffnung erteilt worden war, mithin um Unterhaltsbeiträge, welche vor dem eingeklagten Zeitraum fällig waren und nicht Gegenstand der Anklage bilden, und im übersteigenden Betrag um Begleichung einer Rechnung des damaligen Anwaltes des Angeklagten. Demgemäss bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der Angeklagte in der eingeklagten Zeit mehr als Fr. 14'204.45 Unterhaltsbeiträge (und diese erst nach erfolgter Betreibung, also nach Fälligkeit) an die Geschädigte bezahlt hätte, erst recht nicht, dass er irgendwelche Alimente zwischen 1. Januar 2003 und 23. August 2006 rechtzeitig bezahlt hätte. Die Behauptung des Angeklagten, er habe die Unterhaltsbeiträge vollständig bezahlt, findet keine Stütze, zumal er keine konkreten Angaben machen konnte, wann er jeweils welche Beträge

- 12 - bezahlt hat. Auch die im Berufungsverfahren angekündigten zusätzlichen Belege wurden nie nachgereicht. Es wäre ihm möglich und zumutbar gewesen, entsprechende Quittungen oder Bankbelege beizubringen. Vielmehr indizieren die Betreibungs- und Vollstreckungsurkunden, dass sämtliche Unterhaltsbeiträge im eingeklagten Zeitraum unbezahlt geblieben sind. Mithin besteht aufgrund des Untersuchungsergebnisses kein vernünftiger Zweifel daran und ist erstellt, dass der Angeklagte trotz der Verpflichtung gemäss den erwähnten gerichtlichen Verfügungen die Unterhaltsbeiträge an die Geschädigte vom 1. Januar 2003 bis 23. August 2006 - bis aufgrund einer Betreibung erfolgten Zahlung von Fr. 14'204.45 - nicht bezahlt hat. 5.1. Was das Einkommen des Angeklagten anbelangt, so ging die Vorinstanz davon aus, dass der Angeklagte angesichts der eigenen Behauptungen im Scheidungsprozess, welche mehrfach in der Untersuchung sowie in einem früheren Strafverfahren bestätigt worden seien, im massgeblichen Zeitraum über ein Einkommen im Betrag von zumindest Fr. 5'343.- (AHV Fr. 1'343.- sowie Zeichnungsarbeiten Fr. 4'000.-) verfügt habe. Weitergehende (effektive oder hypothetische) Einkünfte könnten dem Angeklagten nicht nachgewiesen werden. So könne dem Angeklagten aufgrund des Untersuchungsergebnisses nicht nachgewiesen werden, dass er Alleinaktionär der betroffenen Gesellschaften sei und ein Einkommen daraus erziele. Ebenso wenig könne zu Ungunsten des Angeklagten davon ausgegangen werden, dass das Überlassen von Objekten wie der Wohnung zumindest einem geldwerten Einkommen der Gesellschaften an den Angeklagten gleichgestellt werden könne (Urk. 116 S. 11 f.). 5.2. Die Ausführungen der Vorinstanz zum Einkommen des Angeklagten sind zutreffend und wurden im Berufungsverfahren auch nicht bestritten, weshalb vollumfänglich darauf verwiesen werden kann (§ 161 GVG/ZH). Demnach ist von einem Gesamteinkommen des Angeklagten von Fr. 5'343.- im deliktsrelevanten Zeitraum auszugehen. 6.1. Bezüglich des Bedarfs des Angeklagten hielt die Vorinstanz fest, dass seine diesbezüglichen Aussagen widersprüchlich seien. Offenbar müsse er keinen Mietzins bezahlen. Unklar sei geblieben, wer die medizinischen Leistungen

- 13 - bezahle bzw. wie hoch der Selbstbehalt sei. Zu Gunsten des Angeklagten ging die Vorinstanz gestützt auf die Angaben des Angeklagten im Scheidungsverfahren von einem

Bedarf in Höhe von Fr. 2'977.– und nicht von dem vom Scheidungsrichter angenommenen Betrag von Fr. 2'762.– aus (Urk. 116 S. 13 f.). 6.2. Auch hinsichtlich des Lebensbedarfs des Angeklagten kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden, welchen vollumfänglich zuzu- stimmen ist (§ 161 GVG/ZH), zumal der Angeklagte im Berufungsverfahren keine konkreten Einwendungen vorgebracht hat. Es ist daher von einem Bedarf des Angeklagten im eingeklagten Zeitraum vom Fr. 2'977.– auszugehen.

E. 3.1

Bei der Strafzumessung gilt es - wie angetönt - vorab zu beachten, dass die heute zur Anklage gebrachten Unterlassungen allesamt vor dem vom Obergericht des Kantons Zug ausgesprochenen Urteil vom 19. Juni 2007 begangen wurden. Mit diesem Urteil wurde der Angeklagte wegen mehrfacher Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB, ungetreuer Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 StGB, Misswirtschaft im Sinne von Art. 165 Ziff. 1 StGB sowie Urkundenfälschung gemäss Art. 251 Ziff. 1 StGB zu einer Freiheitsstrafe von 32 Monaten, teilweise als Zusatzstrafe zum Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 8. November 1996, bestraft, wobei der Vollzug der Freiheitsstrafe im Umfang von 26 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf vier Jahre festgesetzt wurde; im Übrigen, d.h. im Umfang von sechs Monaten, wurde die Freiheitsstrafe vollzogen (Urk. 28/1). Mit Urteil des Bundesgerichtes vom 18. Januar 2008 wurde eine dagegen erhobene Beschwerde abgewiesen, soweit darauf einzutreten war (Urk. 28/2). Es ist daher eine Zusatzstrafe zum Urteil des Obergerichtes des Kantons Zug vom 19. Juni 2007 zu fällen.

E. 3.2

Hat das Gericht Straftaten zu beurteilen, die der Täter vor einer früheren Verurteilung begangen hat, ist eine Zusatzstrafe auszusprechen, wobei so vorzugehen ist, dass der Täter nicht schwerer bestraft wird, als wenn die strafbaren Handlungen gleichzeitig beurteilt worden wären (Art. 49 Abs. 2 StGB). Das Gericht hat in einem ersten Schritt eine hypothetische Gesamtstrafe zu bilden, welche angemessen wäre, wenn beide Taten gleichzeitig beurteilt worden wären. In einem zweiten Schritt ist unter Beachtung der rechtskräftigen Grundstrafe die Zusatzstrafe zu bemessen (Trechsel/Affolter-Eijsten, Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 49 N 19). 4. Wie erwähnt beträgt der Strafraum für die Vernachlässigung von Unterhaltspflichtigen Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen. Zu beachten ist jedoch, dass für die Festsetzung der hypothetischen Gesamtstrafe von einem Strafraum bis fünf Jahre Freiheitsstrafe auszugehen ist, können doch alle vier Deliktsarten, für die der Angeklagte mit Urteil vom 19. Juni 2007 bestraft worden ist, mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren geahndet werden. Innerhalb des genannten Rahmens ist die Strafe nach dem Verschulden des

- 18 - Täters zu bemessen, wobei das Gericht das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters berücksichtigt. Das Verschulden wird nach der Schwere der Verletzungen oder der Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden (Art. 47 StGB). Der Begriff des Verschuldens muss sich auf den gesamten Unrechts- und Schuldgehalt der konkreten Straftat beziehen. Zu unterscheiden ist zwischen der Tat- und

der Täterkomponente (Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, StGB Kommentar, 18. A., Zürich 2010, Art. 47 N 6 mit Verweisen). Es liegt im Ermessen des Sachrichters, in welchem Umfang er die verschiedenen Strafzumessungsfaktoren berücksichtigt. Das Gericht ist nicht gehalten, in Zahlen oder Prozenten anzugeben, wie es die einzelnen Strafzumessungskriterien berücksichtigt. Das Gesamtverschulden ist zu qualifizieren und mit Blick auf Art. 50 StGB im Urteil ausdrücklich zu benennen, wobei von einer Skala denkbarer Abstufungen nach Schweregrad auszugehen ist. Hierauf ist in einem zweiten Schritt innerhalb des zur Verfügung stehenden Strafrahmens die Strafe zu bestimmen, die diesem Verschulden entspricht. Bei der Tatkomponente gilt es insbesondere das Ausmass des verschuldeten Erfolgs, die Art und Weise der Herbeiführung dieses Erfolges, die Willensrichtung, mit welcher der Beschuldigte handelte, sowie die Beweggründe des Schuldigen zu berücksichtigen. Ausgangspunkt ist die objektive Tatschwere, so etwa der Deliktsbetrag, die Art des Vorgehens, Rolle und Rang des Täters oder das Ausmass des durch ein abstraktes Gefährdungsdelikt eröffneten Risikos. In einem nächsten Schritt ist die subjektive Tatschwere zu bewerten. Dabei sind die Intensität des deliktischen Willens und die Entscheidungsfreiheit des Täters, nach den inneren und äusseren Umständen die Verletzung zu vermeiden, von Bedeutung (Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, a.a.O., Art. 47 N 7 ff.; BSK Strafrecht I - Wiprächtiger, 2. A., Basel 2007, Art. 47 N 69 ff.). Je leichter es für ihn gewesen wäre, die Norm zu respektieren, desto schwerer wiegt die Entscheidung gegen sie (Urteil des Bundesgerichtes 6S.270/2006 E. 6.2.1 vom 5. September 2006). Im Rahmen der täterbezogenen Strafzumessung gilt es zunächst die persönlichen Verhältnisse und die

- 19 - Lebensumstände jedes Beschuldigten im Zeitpunkt der Strafzumessung zu berücksichtigen. Zur Täterpersönlichkeit gehört nach herrschender Auffassung auch das Verhalten des Täters nach der Tat und während des Strafverfahrens (BSK Strafrecht I - Wiprächtiger, a.a.O., Art. 47 N 113). Die Strafempfindlichkeit und Strafempfänglichkeit fallen als strafmindernde Strafzumessungsfaktoren nur in Betracht, wenn Abweichungen vom Grundsatz einer einheitlichen Leidempfindlichkeit geboten sind, wie etwa bei Gehirnverletzten, Schwerkranken, unter Haftpsychose Leidenden oder Taubstummen. Nach der Rechtsprechung ist ein hohes Alter unter dem Titel der Strafempfindlichkeit im ordentlichen Rahmen der Strafzumessung zu berücksichtigen (BSK Strafrecht I - Wiprächtiger, a.a.O., Art. 47 N 117 ff.). 5.1. Bezüglich der objektiven Tatschwere ist festzuhalten, dass der Angeklagte über dreieinhalb Jahre lang Monat für Monat seiner ehelichen Unterhaltspflicht nicht nachkam und der Geschädigten über Fr. 80'000.- schuldig blieb, wobei er lediglich Fr. 14'204.45 unter dem Druck des Pfändungsverfahrens mit grosser Verspätung bezahlte. Die lange Deliktsdauer und der grosse Deliktsbetrag fallen stark verschuldenserhöhend ins Gewicht. Das Verhalten des Angeklagten führte dazu, dass die Geschädigte etliche Vollstreckungsverfahren gegen diesen anstrengen musste (Betreibungen, Rechtsöffnungsverfahren, Fortsetzungsbegehren, Pfändungsverfahren). Ausserdem musste sie wegen des Ausbleibens der Unterhaltsbeiträge vom Fürsorgeamt unterstützt werden. Das Verschulden des Angeklagten ist mit der Vorinstanz als erheblich zu qualifizieren. 5.2. Bei der subjektiven Tatschwere fällt in Betracht, dass der Angeklagte mit direktem Vorsatz handelte. Sodann vermochten die Vollstreckungshandlungen den Angeklagten nicht zur rechtzeitigen Bezahlung der weiteren Unterhaltsbeiträge zu bewegen. Seine Tathandlungen können nur auf egoistische, rein finanzielle Motive zurückgeführt werden. Das subjektive Verschulden vermag die objektive Tatschwere nicht zu relativieren. 5.3. Hinsichtlich der Tatkomponenten betreffend die mit Urteil vom 19. Juni

2007 abgeurteilten Delikte kann auf die Erwägungen im obergerichtlichen Urteil des Kantons Zug verwiesen werden (Urk. 28/1 S. 16 ff.). Unter Einbezug der darin

- 20 - beurteilten Delikte ist es trotz der teilweise mehrfachen Tatbegehung und der Deliktsmehrheit nicht gerechtfertigt, den ordentlichen Strafrahmen von fünf Jahren Freiheitsstrafe zu überschreiten. Vielmehr erscheint eine hypothetische Einsatzstrafe (Gesamtstrafe) von 39 Monaten Freiheitsstrafe angemessen. 6. Was die Täterkomponenten anbelangt, so kann bezüglich Vorleben und persönlicher Verhältnisse des Angeklagten vorab auf die Ausführungen der Vorinstanz und des Obergerichtes Zug verwiesen werden (Urk. 116 S. 16; Urk. 28/1 S. 18 f.). Sodann kann zur heutigen Lebensführung des Angeklagten und seinem Wohlbefinden auf die dargelegten Vorbringen der Verteidigung in der Berufungsbegründung verwiesen werden (Urk. 143 S. 5 ff.). Zu den aktuellen finanziellen Verhältnisse des Angeklagten hat die Verteidigung indessen keine Ausführungen gemacht. Das Vorleben des Angeklagten wirkt sich weder zu seinen Gunsten noch zu seinen Lasten aus. Seine Vorstrafen vom tt.mm.1960 bzw. tt.mm.1996 (Urk. 27/5) wurden inzwischen im Strafregister gelöscht (Urk. 118) und dürfen nicht mehr berücksichtigt werden. Hingegen ist zu Lasten des Angeklagten zu würdigen, dass er weder Reue noch Einsicht in das Unrecht seiner Taten zeigte, noch sich um Schadenwiedergutmachung bemühte. Ausserdem delinquierte er während laufendem Strafverfahren im Kanton Zug. Die Vorinstanz hat den Angeklagten angesichts seines Alters und seiner schlechten gesundheitlichen Verfassung als in sehr hohem Masse strafempfindlich bezeichnet. Dem ist beizupflichten. Es kann von den Ausführungen der Verteidigung zum physischen und psychischen Zustand des Angeklagten und zu den Auswirkungen einer Bestrafung durch die vorliegende Instanz auf ihn ausgegangen werden, weshalb die Strafempfindlichkeit des inzwischen 76-jährigen Angeklagten angesichts seines fortgeschrittenen Alters und seiner schlechten gesundheitlichen Verfassung mit der Vorinstanz stark strafreduzierend berücksichtigt werden kann. Die von der Verteidigung behauptete fehlende Straferstehungsfähigkeit kann nicht zusätzlich strafmindernd berücksichtigt werden. Sie müsste im Falle eines allfälligen Strafvollzugs durch die Strafvollzugsbehörde geprüft werden. Stark strafmindernd wirkt sich die lange Dauer des vorliegenden Verfahrens von inzwischen über fünf Jahren aus, obschon der Angeklagte die Verzögerung des Verfahrens - etwa durch zahlreiche Verteidigerwechsel, Verschiebungsgesuche,

- 21 - Säumnisse bei der Begutachtung - teilweise selbst zu vertreten hatte. Insgesamt überwiegen bei der Täterkomponente die Strafminderungsgründe, was zu einer spürbaren Reduktion der hypothetischen Einsatzstrafe führt.

E. 7

Wird der Bedarf des Angeklagten von Fr. 2'977.- seinem Gesamteinkommen von Fr. 5'343.- in Abzug gebracht, ergibt sich ein Freibetrag von monatlich Fr. 2'366.-, in welcher Höhe der Angeklagte im deliktsrelevanten Zeitraum in der Lage gewesen wäre, monatliche Unterhaltsbeiträge zu bezahlen. Präzisierend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz zufolge eines Schreibfehlers von einem Einkommen von Fr. 5'434.- ausgegangen ist, was bei der Berechnung fälschlicherweise einen Differenzbetrag von Fr. 2'457.- ergab (Urk. 116 S. 14). Demgemäss ist erstellt, dass es dem Angeklagten möglich gewesen wäre, die geschuldeten monatlichen Unterhaltsbeiträge zwischen 1. Januar 2004 und 23. August 2006 (Fr. 1'800.-) vollumfänglich und diejenigen zwischen 1. Januar 2003 und 31. Dezember 2003 (Fr. 3'500.-) zum überwiegenden Teil, nämlich im Umfang von Fr. 2'366.-, zu

bezahlen. III. Rechtliche Würdigung Die rechtliche Würdigung durch die Vorinstanz ist korrekt und wurde von der Verteidigung im Berufungsverfahren nicht beanstandet. Es kann vorab auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 116 S. 15; § 161 GVG/ZH). Indem der Angeklagte trotz Leistungsfähigkeit bzw. Leistungsfähigkeit im Umfang von Fr. 2'366.– seine Unterhaltspflichten nicht erfüllte, hat er den objektiven Tatbestand der Vernachlässigung von Unterhaltspflichten im Sinne von Art. 217 Abs. 1 StGB erfüllt. Anzumerken bleibt, dass die gerichtlich festgelegten Unter-

- 14 - haltsbeiträge jeweils zum voraus, je am 1. jedes Monats zahlbar gewesen wären (Urk. 2/2 S. 3 und Urk. 2/5 S. 2), weshalb die erst aufgrund einer Betreuung erfolgte Zahlung von Fr. 14'204.45 stark verspätet war, und das Verhalten des Angeklagten auch bezüglich der mit dieser Zahlung getilgten Unterhaltsbeiträge tatbestandsmässig war. Der subjektive Tatbestand ist ebenfalls erfüllt, handelte der Angeklagte doch mit Wissen und Willen in Bezug auf seine Unterhaltspflicht und Leistungsfähigkeit. Der Schuldspruch der Vorinstanz ist daher zu bestätigen. IV. Strafzumessung 1. Im Berufungsverfahren rügte die Verteidigung, dass die persönlichen Aspekte des Angeklagten im Urteil der Vorinstanz kaum berücksichtigt worden seien. Zudem wäre gemäss dem Asperationsprinzip eine Zusatzstrafe von höchstens zwei Monaten angemessen. Zur Person des Angeklagten brachte die Verteidigung vor, er müsse von seinem Alter her der Geriatrie zugeordnet werden, diese Altersklasse obliege einem starken Abbau sowohl in psychischer, geistiger und vor allem auch physischer Hinsicht. Eine Hafterstehungsfähigkeit sei deshalb seit langem nicht mehr gegeben. Eine Instruktion sei trotz zahlreicher Versuche nicht möglich gewesen, wohl wegen Realitätsverlusten, bedingt durch phantastisch anmutende Überhöhungen der Vergangenheit, sowie durch Erinnerungsverluste, die der Angeklagte zu überspielen versuche. Die Bilanzierung des Lebens des Angeklagten, gerade was seine frühere Ehe und seine Kinder betreffe, erweise sich für ihn als ein grosses Debakel. Deshalb mache ihn die vorliegende Strafklage in ganz besonderer Weise betroffen. Er habe mit dem Leben abgeschlossen. Er wisse, dass seine Lebensqualität sich täglich verringere und er nicht mehr lange zu leben habe. Er konzentriere sich auf seine Lebensführung, die Tagesstruktur sei durch Einnehmen der Medikamente, Arztbesuche, gelegentliche Treffen mit alten Bekannten und seinem Anwalt, die regelmässigen Spaziergänge mit seinem kleinen Hund bestimmt. Unter Hinweis auf die bei den Akten liegenden Arztzeugnisse und Krankheitsvorfälle macht die Verteidigung geltend, der Angeklagte leide an verschiedenen Gebrechen und Krankheiten. Es komme immer wieder zu spontan auftretenden Kreislaufzusammenbrüchen und damit

- 15 - verbunden zu Sturzvorgängen, welche für den allein lebenden Angeklagten bedrohlich seien. Im Frühsommer habe der Angeklagte einen Viertel seines Gewichts verloren, sich dann aber wieder erholt. Sein Gedächtnis habe stark gelitten. Die Vergesslichkeit sei ein Problem, wenn sich ein COPD-Anfall abzeichne und der Angeklagte sich nicht mehr daran erinnern könne, ob er den Spray auf sich trage, was dann zu Erstickungsanfällen führe. Wegen seines schlechten Gesundheitszustandes sei die psychische Situation des Angeklagten sehr oft labil, resignativ und verdeckt depressiv. Die Gefahr eines Suizides sei real. Das Verhältnis des Angeklagten zur Justiz sei durch gesuchte Distanz und vehemente Ablehnung geprägt. Diese negative Einstellung rühre vom Strafprozess im Kanton Zug her, durch welchen er sich zu Unrecht behandelt und verurteilt fühle. Mit grösstem Widerwillen beantrage die Verteidigung ein psychiatrisches Gutachten. Wenn dem Angeklagten neben den schon bekannten Gebrechen noch Alzheimer

oder eine fortschreitende Demenz attestiert werde, könnte sich dies verheerend auf seine ohnehin labile psychische Verfassung auswirken. Zudem würde sich der Angeklagte nicht für eine solche Exploration zur Verfügung stellen. Er weigere sich, den Vorladungen des IRM zu folgen. Es wäre nicht das IRM, sondern ein auf Geriatrie spezialisierter Psychiater zu beauftragen, der allenfalls seinen Bericht auch in Zusammenarbeit mit den behandelnden Ärzten erstellen könnte. Es stelle sich die Frage, inwiefern die Öffentlichkeit resp. der Staat noch ein Interesse an der Sanktionierung des hochbetagten Angeklagten haben könne. Eine Rückfallgefahr bestehe nicht. Das seit Jahren sich hin- ziehende Strafverfahren werde allein schon als unerhörte Belastung empfunden und habe Sanktionscharakter. Die Verteidigung fragt sich, was zu tun sei, wenn ein Straftäter aufgrund eines erheblichen alters- und krankheitsbedingten Abbaus seiner geistigen Kräfte und damit einhergehenden Persönlichkeitsveränderung zum Zeitpunkt der Gerichtsverhandlung nicht mehr in der Lage sei, die Existenz eines vor Jahren an den Tag gelegten strafrechtlich relevanten Fehlverhaltens überhaupt zu erkennen. Der Angeklagte habe ein Recht, seine letzten Tage in Ruhe zu verbringen und nicht noch einmal abgestraft zu werden. Für ihn bedeute ein Schuldspruch und eine Bestrafung, dass er im Verhältnis zu seiner früheren Familie, zu der er heute keinerlei Kontakt mehr habe, versagt habe, und dass er

- 16 - der Mutter seiner Kinder noch etwas schulde. Er sei der festen, unerschütterlichen Überzeugung - ob zu Recht oder Unrecht bleibe dahingestellt -, dass er seiner Familie alles gegeben habe und letztlich nur "ausgespuckt" worden sei. Er fühle sich durch diesen Strafprozess und die erstinstanzliche Verurteilung erniedrigt und gedemütigt. Der Angeklagte sei in so hohem Masse strafempfindlich, dass von einer Bestrafung Abstand genommen werden sollte. Zumindest sei von der Aussprechung einer Zusatzstrafe Umgang zu nehmen (Urk. 143 S. 2 ff.). 2. Sämtliche strafbaren Unterlassungen des Angeklagten erfolgten vor dem 1. Januar 2007, mithin vor Inkrafttreten des revidierten Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches. Die Vorinstanz hat - ohne nähere Begründung - neues Recht angewendet. Nach Art. 2 Abs. 2 nStGB ist dieses Gesetz auf vor dessen Inkraft- treten begangene Verbrechen oder Vergehen dann anwendbar, wenn es für den Angeklagten das mildere ist. Diese Frage ist nach der konkreten Methode zu prüfen. Es wird demnach geprüft, nach welchem der beiden Rechte der Täter für die gerade zu beurteilende Tat besser fährt. Der Strafrahmen für Vernach- lässigung von Unterhaltspflichten im Sinne von Art. 217 Abs. 1 aStGB reicht nach dem im Zeitpunkt der Tat anwendbaren Recht von drei Tagen bis drei Jahren Gefängnis (Art. 36 aStGB). Nach den revidierten Bestimmungen beträgt die Straf- drohung für Vernachlässigung von Unterhaltspflichten im Sinne von Art. 217 Abs. 1 StGB nunmehr Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen (Art. 217 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 34 Abs. 1 nStGB). Mit der auszufällenden Strafe kann gemäss Art. 42 Abs. 4 nStGB eine Busse bis Fr. 10'000.- verbunden werden (Art. 106 Abs. 1 nStGB). Sodann fällt in Betracht, dass nur das neue Recht teilbedingte Freiheitsstrafen bis drei Jahre erlaubt (Art. 43 StGB). Wegen des Verschlechterungsverbots (§ 399 StPO/ZH) darf im Berufungsverfahren keine Freiheitsstrafe von mehr als 4 Monaten als Zusatz- strafe ausgesprochen werden, weshalb die hypothetische Gesamtstrafe auf höchstens 36 Monate angesetzt werden kann. Damit kann die auszusprechende Zusatzstrafe in Anwendung des neuen Rechts bedingt ausgesprochen werden. Nachdem vorliegend der bedingte Strafvollzug zu gewähren sein wird (vgl. unten E. V), ist das seit dem 1. Januar 2007 revidierte Recht als milderes Recht anzuwenden.

E. 7.1

Nachdem das Bundesgericht eine gesteigerte Strafempfindlichkeit aus gesundheitlichen Gründen und/oder wegen hohen Alters jeweils nur mit Zurückhaltung bejaht bzw. nur leicht strafreduzierend berücksichtigt (vgl. Beispiele in BSK Strafrecht I - Wiprächtiger, a.a.O., Art. 47 N 117 ff.), ist es vorliegend nicht zulässig, wegen des hohen Alters des Angeklagten und seiner schweren Erkrankung von einer Bestrafung Abstand zu nehmen.

E. 7.2

Gemäss Art. 52 StGB kann das Gericht von einer Bestrafung absehen, wenn Schuld und Tatfolgen geringfügig sind. Da es sich vorliegend nicht um ein geringfügiges Delikt handelt, das Verschulden des Angeklagten nicht leicht ist und die Tatfolgen für die Geschädigte nicht unerheblich waren, geriet sie doch zufolge der versäumten Unterhaltsverpflichtung durch den Angeklagten zeitweise in finanzielle Schwierigkeiten und musste Fürsorgegelder in Anspruch nehmen, liegt kein fehlendes Strafbedürfnis im Sinne von Art. 52 StGB vor, weshalb von einer Strafe nicht Umgang genommen werden kann.

E. 8

Demnach erscheint unter Würdigung sämtlicher Strafzumessungsgründe eine Freiheitsstrafe von 36 Monaten als Gesamtstrafe angemessen, wären alle Taten gleichzeitig beurteilt worden. Wird die rechtskräftige Grundstrafe vom 19. Juni 2007 (Freiheitsstrafe von 32 Monaten) in Abzug gebracht, ergibt dies eine Zusatzstrafe von 4 Monaten Freiheitsstrafe. Die von der Vorinstanz ausgesprochene Freiheitsstrafe von 4 Monaten als Zusatzstrafe ist daher zu bestätigen.

E. 9

Nachdem zur Beurteilung der Strafempfindlichkeit auf die Vorbringen der Verteidigung zum Gesundheitszustand des Angeklagten - auch zu seinem Unverständnis im Falle einer Verurteilung - und die bereits in den Akten liegenden ärztlichen Zeugnisse abgestellt wurde, erübrigt sich die Einholung eines psychiatrischen Gutachtens, zumal weder die Anordnung einer Massnahme im Sinne von Art. 56 StGB beantragt, noch eine verminderte Schuldfähigkeit des Angeklagten im Sinne von Art. 19 StGB im Zeitpunkt der strafbaren Unterlassun-

- 22 - gen geltend gemacht wurde. Zudem ist fraglich, ob sich der Angeklagte nun einem auf Geriatrie spezialisierten Gutachter zur Verfügung stellen würde. Der Antrag auf Anordnung einer geriatrisch-psychiatrischen Begutachtung des Angeklagten zur Klärung, ob dieser Einsicht in die ihm zur Vorwurf gemachten Straftaten hat, ist daher abzuweisen.

V. Gewährung des bedingten Strafvollzugs Die Vorinstanz hat den Vollzug der auszufällenden Zusatzstrafe aufgeschoben und eine Probezeit von vier Jahren angesetzt. Diese Regelung wurde von keiner Partei beanstandet und ist - unter Verweis auf die zutreffende Begründung der Vorinstanz (Urk. 116 S. 18; § 161 GVG/ZH) - zu bestätigen. Eine Änderung käme im Übrigen schon aufgrund des Verschlechterungsverbots (§ 399 StPO/ZH) nicht in Frage.

VI. Zivilansprüche Das Schadenersatzbegehren der Geschädigten wurde von der Vorinstanz auf den Zivilweg verwiesen, soweit darauf einzutreten war. Keine Partei hat substantiierte Einwendungen gegen diesen Entscheid vorgebracht, weshalb er wiederum unter Verweis auf die zutreffende Begründung der Vorinstanz (Urk. 116 S. 18;

§ 161 GVG/ZH) ebenfalls zu bestätigen ist. VII. Kosten Der Angeklagte unterliegt im Berufungsverfahren im Strafpunkt. Zwar wird die von der Vorinstanz ausgefallte Strafe heute leicht reduziert, dabei handelt es sich aber um einen wohlwogenen Ermessensentscheid und keineswegs um eine Korrektur eines allenfalls falschen vorinstanzlichen Urteils. Das erstinstanzliche Kostendispositiv ist daher zu bestätigen und die Kosten des Berufungsverfahrens, inklusive derjenigen der amtlichen Verteidigung und der unentgeltlichen

- 23 - Geschädigtenvertretung, sind dem Angeklagten aufzuerlegen (§ 396a StPO/ZH). Demnach erkennt das Gericht:

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