

# ZH\_OBERGERICHT SB110320 vom 2. Februar 2012

ZH Obergericht, 2012-02-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB110320](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB110320)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB110320 du 2 février 2012

IT: ZH\_OBERGERICHT SB110320 del 2 febbraio 2012

## Erwägungen

### E. 1

Verfahrensgang

#### E. 1.1

Eine Informationspflicht über den Ausbildungsstand der unterhaltsberechtigten Person ist nicht gesetzliche Strafbarkeitsbedingung. Diese zutreffende Feststellung der Vertreterin der Privatklägerin ist vorliegend aber ohne Bedeutung. Der Umfang der Leistungspflicht richtet sich nach den Feststellungen des Zivilrichters, wenn ein Leistungsentscheid vorausgegangen ist (BGE 89 IV 22 E. 1; Andreas Donatsch/Wolfgang Wohlers, Strafrecht IV, 4. Aufl. Zürich 2011, S. 8; BSK Strafrecht II – Bosshard, N 18 zu Art. 217). Der Strafrichter ist dabei an die formelle Rechtslage nach Zivilrecht gebunden (BSK Strafrecht II – Bosshard, N 20 zu Art. 217 StGB). Massgebend für die strafrechtliche Beurteilung der Unterlassung des Beschuldigten ist deshalb die gesamte Ziffer 1 des Urteils des Bezirksgerichts Dielsdorf, worin die Höhe und die Bedingungen der Kinderunterhaltsverpflichtung des Beschuldigten im Zusammenhang mit der Ehescheidung festgelegt wurden. Dies beinhaltet auch die in Frage stehende Klausel über die Informationspflicht, deren Wortlaut wie folgt lautet (vgl. HD 2/6 S. 15 Ziff. 1 Absatz 3): "Die Beklagte [die geschiedene Ehefrau] wird verpflichtet, dem Kläger nach Eintritt der Volljährigkeit halbjährlich über den Ausbildungsstand der Tochter A. \_\_\_\_\_ [Privatklägerin] mittels Vorlage von Zeugnissen oder gleichwertigen Dokumenten zu berichten. Eine Zustellung an RA Z. \_\_\_\_\_ genügt. Die dreimalige Verletzung dieser Pflicht berechtigt den Kläger nach Eintritt der Volljährigkeit zur Einstellung der Unterhaltsleistungen." Von der Massgeblichkeit dieser Klausel gingen zu Recht nicht nur die Vorinstanz, sondern auch der Einzelrichter, welcher seinerzeit mit Entscheid vom 5. Januar

- 8 - 2006 über die Einstellungsverfügung urteilte, sowie auch das Oberlandesgericht D. \_\_\_\_\_ im Beschluss über die Vollstreckbarkeit des Scheidungsurteils aus (HD 22 S. 12 f.; Urk. 83/11 S. 7 f.). Dass bereits im Urteilszeitpunkt erkennbar war, dass mit einer solchen Klausel potentielle Schwierigkeiten heraufbeschworen wurden, spielt vorliegend keine Rolle, denn der Entscheid erwuchs in Rechtskraft. Abgesehen davon stammte die Formulierung aus der Vereinbarung, welche die damaligen Parteien selbst dem Gericht eingereicht hatten (HD 2/6 S. 7).

#### E. 1.2

Der Vertreterin der Privatklägerin ist zuzustimmen, dass die Klausel im Scheidungsurteil so auszulegen ist, dass eine Stundung infolge mangelnder Information über den Ausbildungsstand nur solange dauert, bis die Unterhaltsberechtigten ihrer Informationspflicht wieder nachkommt (Urk. 112 S. 3 f.). 2. Beweislage hinsichtlich der Informationspflicht gemäss Scheidungsurteil

### **E. 1.3**

Mit Eingabe vom 18. April 2011 (Datum Poststempel 18. April 2011) meldete Rechtsanwältin X.\_\_\_\_\_ rechtzeitig innert der 10-tägigen Frist von Art. 82 StPO Berufung an (Urk. 108) und zeigte unter Beilage einer Vollmachtskopie an, dass sie die Privatklägerin vertrete (Urk. 109). Die schriftliche Berufungserklärung vom 28. April 2011 (Datum Poststempel) erfolgte ebenfalls rechtzeitig innert der zwanzigtägigen Frist von Art. 399 Abs. 3 StPO. Überdies stellte die Privatklägerin den Prozessantrag, es sei ihr die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und es sei ihr Rechtsanwältin X.\_\_\_\_\_ als unentgeltliche Rechtsbeiständin beizugeben (Urk. 112). Mit Präsidialverfügung vom 31. Mai 2011 wurde der Privatklägerin für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung bewilligt und in der Person von Rechtsanwältin X.\_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt (Urk. 118). Für die Berufungsverhandlung stellte der Beschuldigte wiederum ein Gesuch um Erlass des persönlichen Erscheinens, welchem stattgegeben wurde (Urk. 143a). Gemäss beigelegtem Arztzeugnis werde aus fachärztlich-kardiologischer Sicht aufgrund derzeitiger intensiver ärztlicher Behandlung von einer Reise in absehbarer Zeit dringlich abgeraten (Urk. 143c). Zur Berufungsverhandlung erschienen der Verteidiger, die Privatklägerin sowie die Vertreterin der Privatklägerin (Prot. II S. 10).

### **E. 1.4**

Anlässlich der Berufungsverhandlung beantragte die Privatklägerin unter anderem, es sei der Beschuldigte der Vernachlässigung von Unterhaltspflichten i.S.v. Art. 217 Abs. 1 StGB schuldig zu sprechen und reichte Beilagen zu den bereits gestellten Beweisanträgen ein (Urk. 162 S. 2, Urk. 163 und Prot. II S. 12). Der Beschuldigte dagegen liess beantragen, dass die Beweismittelanträge der Privatklägerin gemäss deren Eingabe vom 23. Januar 2012 (Urk. 145) und auch die heute gestellten vollumfänglich abzuweisen seien, soweit darauf überhaupt eingetreten werden könne (Urk. 164 S. 1 und Prot. II S. 13 ff.).

## **E. 2**

Korrektur des Strafbefehls Der Strafbefehl bezieht sich bezüglich der Unterhaltsbeiträge auf das Urteil des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 7. November 2000, welches am 21. Februar 2002 rechtskräftig geworden war (HD 2/6; HD 61). Irrtümlich wird im Strafbefehl als Urteilsdatum der 7. Februar 2002 und als Gericht das Bezirksgericht Zürich

- 5 - genannt (HD 61 S. 3 Absatz 2). Dabei handelt es sich um offensichtliche Versehen, welche sich weder auf die Verteidigungsrechte des Beschuldigten auswirken noch zu irgendwelchen Verwechslungen Anlass geben, weshalb vom korrigierten Sachverhalt auszugehen ist.

### **E. 2.1**

Die Vorinstanz hat die Frage, ob der Informationspflicht über den Ausbildungsstand nachgekommen sei oder nicht, allein aufgrund des aus den Akten hervorgehenden Untersuchungsergebnisses beurteilt (Urk. 106 S. 16 ff.). Auch wenn die Vorinstanz nicht an den Entscheid des Einzelrichters vom 5. Januar 2006 gebunden war, hat bereits der damalige Einzelrichter klar ausgedrückt, dass die Parteibehauptungen und die schriftliche Erklärung von Rechtsanwalt Z.\_\_\_\_\_ vom 15. August 2005, wonach er bis zu jenem Zeitpunkt nach seiner Erinnerung nie irgendwelche Unterlagen von der Mutter der Privatklägerin erhalten habe, für eine Beweiswürdigung nicht ausreiche und Klärungsbedarf bestehe (HD 22). Dass die Staatsanwaltschaft dann abgesehen von einer Befragung des Beschuldigten am 26. Januar 2009 (HD 47) diesbezüglich praktisch keine weiteren

Abklärungen mehr vorgenommen hat, obschon die Privatklägerin geltend machte, dass sie den Beschuldigten über ihren Ausbildungsstand mehrfach informiert habe, erklärt sich wohl dadurch, dass die Staatsanwaltschaft den Beschuldigten mit Strafbefehl vom 17. März 2010 ohnehin schuldig gesprochen hat (HD 61). Nachdem jener Strafbefehl durch die Einsprache der Privatklägerin nun aber nicht in Rechtskraft erwuchs, hätten sich dieselben Fragen zum bestrittenen Sachverhalt wieder aufgedrängt.

- 9 -

### **E. 2.2**

Gemäss Art. 139 StPO sind Strafbehörden und Gerichte verpflichtet, den Sachverhalt durch geeignete Beweismittel zu ermitteln. Bei dieser Bestimmung handelt es sich um eine Konkretisierung des Untersuchungsgrundsatzes (BSK StPO – Gless, N 10 zu Art. 139). Der Sachverhalt muss umfassend ermittelt werden (BSK StPO – Gleiss, N 31 zu Art. 139). Es sind alle für die Beurteilung der Tat und der beschuldigten Person bedeutsamen Tatsachen abzuklären (BSK StPO – Riedo/Fiolka, N 67 zu Art. 6). Einzig in Fällen, wo ein Beweismittel nicht beschafft werden kann oder in Fällen, wo deren Erlangung unverhältnismässig aufwändig und zum Vornherein als unwahrscheinlich erscheint, kann auf entsprechende Untersuchungshandlungen verzichtet werden (vgl. dazu BSK StPO – Riedo / Fiolka, N 80 - 89 zu Art. 6).

### **E. 2.3**

Die Privatklägerin brachte in ihren Eingaben vom 10. Juli 2009 und vom 3./6. September 2009 vor, dass Rechtsanwalt Z.\_\_\_\_\_ und der Beschuldigte "die Ausbildungsstände bekommen hätte". Sie verwies dabei insbesondere auf die Strafanträge aus den Jahren 2000 und 2004 (HD 54, Eingabe vom 3./6. September 2009 S. 2 f.). Diese Strafanträge dokumentieren zwar den Willen um Einleitung eines Strafverfahrens, belegen aber noch nicht, dass der Beschuldigte den Ausbildungsstand der Privatklägerin zur Kenntnis erhielt. Weiter machte die Privatklägerin geltend, dass die eingeschriebenen Briefe an den Beschuldigten mit Rückscheinbestätigungen mit dem Vermerk "Annahme verweigert" zurückgekommen seien oder der Rückschein nicht vom Beschuldigten unterzeichnet worden sei (HD 54, Eingaben vom 10. Juli 2009 S. 3). Allerdings reichte die Privatklägerin selbst die entsprechenden Bestätigungen oder Zustellbelege nicht ein, weshalb nicht davon ausgegangen werden kann, dass die Untersuchungsbehörde oder das Gericht die entsprechenden Unterlagen erhältlich machen könnte, weshalb sich eine diesbezügliche Beweisergänzung nicht aufdrängt.

### **E. 2.4**

Die Privatklägerin machte weiter geltend, dass ihre Mutter den Beschuldigten anlässlich von dessen Telefonanrufen immer wieder über den Ausbildungsstand der Töchter in Kenntnis gesetzt habe (HD 54, Eingaben vom 10. Juli 2009 S. 4). Die Mutter selbst äusserte sich an der vorinstanzlichen Hauptverhandlung

- 10 - als Vertreterin der inzwischen nicht mehr am Verfahren beteiligten Tochter E.\_\_\_\_\_ dahingehend, dass sie über den Ausbildungsstand der Privatklägerin regelmässig Informationen per Fax oder per Brief an Rechtsanwalt Z.\_\_\_\_\_ geschickt habe (Prot. I S. 12). Rechtsanwalt Z.\_\_\_\_\_ sei darüber gleichzeitig auch von der Alimentenstelle der Stadt C.\_\_\_\_\_ informiert worden. Weiter habe die Alimentenstelle auf den Brief des Beschuldigten vom 11. Mai 2007 hin, worin dieser erwähnte, dass er nicht zahle, weil er

keine Informationen bezüglich des Ausbildungsstandes der Kinder erhalte (Urk. 83/6), sämtliche Unterlagen an die ... Behörden [in F.\_\_\_\_\_] geschickt. Dass sie den Beschuldigten direkt über den Ausbildungsstand mündlich informiert hatte, wie dies die Privatklägerin geltend machte, erwähnte die Mutter der Privatklägerin allerdings nicht, wurde darüber allerdings auch nie als Zeugin befragt, was als Mangel der Untersuchung zu betrachten ist.

### **E. 2.5**

Konkrete Angaben betreffend Information des Beschuldigten machte die Vertreterin der Privatklägerin. Am 2. Oktober 2006 habe die Mutter eine Studienbescheinigung an Rechtsanwalt Z.\_\_\_\_ gefaxt (Urk. 112 S. 3). Sie legte einen entsprechenden Verbindungsnachweis der ... [Telekommunikationsgesellschaft] ins Recht (Urk. 113/1 - 2). Der Beschuldigte wurde zu dieser Zustellung nie konkret befragt, weshalb ein Schuldspruch gestützt auf diesen behaupteten Telefax dessen rechtliches Gehör verletzen würde und somit unzulässig wäre. Könnte diese Zustellung und die Kenntnisnahme demgegenüber rechtsgenügend bewiesen werden, hätte die laufende Zahlungspflicht ab 2. Oktober 2006 gestützt auf die Klausel im Scheidungsurteil wieder bestanden. Unzutreffend ist allerdings die Auffassung der Vertreterin der Privatklägerin, wonach eine Zustellung am 2. Oktober 2006 den anklagerelevanten Zeitraum rückwirkend decke, nämlich von April 2005 an (Urk. 112 S. 4). Zwar umfasst die zivilrechtliche Nachzahlungspflicht auch frühere Zeiträume, da die Unterhaltsleistungen nicht erlassen, sondern nur gestundet waren. Deliktisches Verhalten kann aber erst ab dem Zeitpunkt vorliegen, ab welchem die Zahlungspflicht wieder eintritt.

### **E. 2.6**

Aufgrund dieser Behauptungen drängt sich deshalb eine Einvernahme der Mutter der Privatklägerin als Zeugin ebenso auf wie eine solche von Rechtsanwalt

- 11 - Z.\_\_\_\_, nicht zuletzt auch aufgrund des Umstands, dass dessen erwähnte Bestätigung über den Nichterhalt von Belegen vom 15. August 2005 datiert und somit gar nicht den gesamten inkriminierten Zeitraum umfasst. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass Rechtsanwalt Z.\_\_\_\_ vom Beschuldigten an der Einvernahme vom 26. Januar 2009 ausdrücklich vom Anwaltsgeheimnis entbunden wurde (HD 47 S. 5).

### **E. 2.7**

Weiter führte die Vertreterin der Privatklägerin aus, dass letztere dem Beschuldigten am 13. Februar 2006 einen handschriftlichen Brief zugestellt habe, worin sie dem Beschuldigten den Beginn des Studiums mitgeteilt habe (Urk. 112 S. 4). Sie legte diesen Brief samt Empfangsschein vom 23. Februar 2006 bei (Urk. 113/3 - 4). Zudem habe der Beschuldigte in seinem Brief vom 7. August 2007 der Privatklägerin selbst mitgeteilt, dass sie im Jahre 2006 mehrfach telefonischen Kontakt gehabt hätten und er wisse, dass die Privatklägerin an der ... [Ausbildungsstätte] Architektur studiere (Urk. 112/5). Auch diese neu eingereichten Beweismittel sind dem Beschuldigten vorzuhalten und er ist dazu zu befragen. 3. Beweislage hinsichtlich der Einkommens- und Bedarfsverhältnisse

### **E. 3**

Rechtzeitigkeit der Einsprache Die Vorinstanz hat zur Rechtzeitigkeit der Einsprache zutreffende Erwägungen gemacht, auf die zu verweisen ist (Urk. 106 S. 5 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO).

### **E. 3.1**

Nach Art. 217 StGB macht sich strafbar, wer seine familienrechtlichen Unterhalts- oder Unterstützungspflichten nicht erfüllt, obschon er über die Mittel dazu verfügt oder verfügen könnte. Der Wortlaut dieser Vorschrift macht klar, dass eine Sachverhaltsumschreibung in der Anklage grundsätzlich finanzielle Mittel aufführen muss, welche den Lebensunterhaltsbedarf übersteigen und zwar zu den jeweiligen Zahlungszeitpunkten der Unterhaltspflicht. Bei monatlich zahlbaren Unterhaltsbeiträgen beinhaltet dies in der Regel eine monatliche Gegenüberstellung von Einkommen und Vermögen einerseits und Lebensbedarf andererseits. Möglich ist aber auch, dass die Anklage erhebliche verfügbare Vermögenswerte des Beschuldigten nennt, deren Bestand über den Zeitraum der Unterhaltspflicht gleich oder unwesentlich verändert bleibt, was darauf schliessen lässt, dass der Beschuldigte sie nicht zum Lebensunterhalt benötigte und somit für die Unterhaltspflicht hätte verwenden können. Vorliegend hat die Staatsanwaltschaft in der Anklage diese zweite Variante gewählt: Es werden

- 12 - drei Stammeinlagen des Beschuldigten in GmbH's genannt, welche es ihm hätten ermöglichen müssen, monatlich mindestens Teilzahlungen an seine Alimentenverpflichtung zu leisten. Bereits hier kann festgehalten werden, dass dem Anklageprinzip nicht Genüge getan ist, wenn der Deliktsbetrag, d.h. der Umfang der möglichen und rechtlich zumutbaren Unterhaltsbeiträge offen gelassen wird.

### **E. 3.2**

In der Anklage wird dem Beschuldigten vorgeworfen, er habe seit 2001 bei der „G.\_\_\_\_\_ GmbH“ gearbeitet und dort eine Stammeinlage von EUR 12'500.-- beigesteuert (HD 61 S. 3). Wann er dieses Kapital beigesteuert hat, lässt sich weder der Anklage noch den Akten entnehmen. In seiner Befragung hat der Beschuldigte angegeben, dass sein Stammanteil bei der Gründung der G.\_\_\_\_\_ GmbH EUR 12'500.-- betragen habe (HD 47 S. 3). Heute betrage das Stammkapital EUR 25'000.--. Auf die Frage, woher diese EUR 25'000.-- kämen, erwiderte der Beschuldigte, von seiner Lebenspartnerin H.\_\_\_\_\_ (HD 47 S. 3). Ein Einkommen in Form von Geld habe er bei der G.\_\_\_\_\_ nie bezogen (HD 47 S. 4). Ob der Beschuldigte somit in den angeklagten Unterhaltsperioden vom 25. November 2003 bis 10. Mai 2004 und von April 2005 bis 16. Februar 2007 wirtschaftlich an diesem Stammkapital berechtigt war und es in diesen Perioden zwecks Bezahlung der Unterhaltsbeiträge hätte versilbern können, lässt sich anhand der Akten nicht rechtsgenügend erstellen. Diesbezüglich wären weitere Untersuchungshandlungen nötig, insbesondere z.B. die Zeugenaussage von H.\_\_\_\_\_ oder der Beizug entsprechender buchhalterischer Belege.

### **E. 3.3**

Weiter wird dem Beschuldigten in der Anklage zur Last gelegt, er habe bei der I.\_\_\_\_\_ GmbH gearbeitet und sei dort mit einer Stammeinlage in der Höhe von EUR 34'300.25 verzeichnet (HD 61 S. 3). Auch diesbezüglich machte der Beschuldigte geltend, dass diese Einlage von H.\_\_\_\_\_ stamme (HD 47 S. 5). Die Gesellschaft sei ca. 1998 gegründet worden, existiere heute aber nicht mehr (HD 47 S. 6). Auch hier wäre eine Einvernahme von H.\_\_\_\_\_ als Zeugin und der Beizug von weiteren Unterlagen, z.B. Geschäftsunterlagen der I.\_\_\_\_\_, nötig, um die Behauptung des Beschuldigten rechtsgenügend zu widerlegen und den Nachweis eines strafbaren Verhaltens zu erbringen. Es muss abgeklärt und nachgewiesen werden, dass der Beschuldigte diese Stammeinlage im

- 13 - angeklagten Zeitraum sich hätte auszahlen oder anderweitig einen Gegenwert erhalten können.

### **E. 3.4**

Schliesslich ist der Anklageschrift zu entnehmen, dass der Beschuldigte im Zusammenhang mit seiner Kündigung bei der J. \_\_\_\_\_ GmbH am 14. November 2005 die ausgelöste Stammeinlage von Fr. 20'000.-- nicht für die Bezahlung der Unterhaltsverpflichtungen, sondern für finanzielle Verpflichtungen gegenüber dem Finanzamt D. \_\_\_\_\_ gebraucht habe (HD 61 S. 3). Dies hat der Beschuldigte zugegeben (HD 47 S. 4). Allerdings sind die näheren Umstände dieser Zahlung an das Finanzamt D. \_\_\_\_\_ nicht den Akten zu entnehmen, insbe- sondere der Zeitpunkt der Zahlung nicht. Abgesehen davon ginge es nicht an, allein aufgrund dieser Mittel automatisch eine Strafbarkeit für den gesamten angeklagten Zeitraum von November 2003 bis Februar 2007 anzunehmen. 4.

Beweisanträge der Vertreterin der Privatklägerin Die Vertreterin der Privatklägerin führt in ihrer Eingabe vom 23. Januar 2012 sowie auch in den Plädoyernotizen vom 2. Februar 2012 weitere Vermögens- werte, Transaktionen und Konti des Beschuldigten auf, welche wichtige Hinweise bezüglich seiner Leistungsfähigkeit liefern würden (Urk. 145 und Urk. 162). Diese Vorbringen betreffen unter anderem die Liegenschaft ... in D. \_\_\_\_\_ sowie Vermögenstransaktionen von bzw. zu ...konti im Zusammenhang mit der J. \_\_\_\_\_ GmbH, somit Vermögenswerte, welche gar nicht Gegenstand der Anklage bilden. Irgendwelche Beweisergänzungen der Berufungsinstanz in diesem Zusammen- hang würden darum das Anklageprinzip verletzen. Abgesehen davon wurden dem Beschuldigten einzelne dieser Vorgänge gar nie vorgehalten. 5. Rückweisung zur Ergänzung und/oder Berichtigung der Anklage

### **E. 4**

Rechtzeitigkeit der Strafanträge

#### **E. 4.1**

Die Vernachlässigung von Unterstützungspflichten gemäss Art. 217 StGB setzt einen Strafantrag voraus, der innert der dreimonatigen Frist gemäss Art. 31 StGB zu stellen ist. Diese Frist beginnt bei Unterlassungsdelikten mit Fort- setzungszusammenhang wie die Vernachlässigung von Unterhaltspflichten wäh- rend der Dauer der Unterlassung nicht zu laufen (Stefan Trechsel, Praxiskom- mentar StGB, Zürich / St. Gallen 2008, N 17 zu Art. 217 StGB). Unterlassung heisst in diesem Zusammenhang Nichtbezahlung. Geschützt ist durch Art. 217 StGB nur ein zivilrechtlicher Anspruch auf Unterstützung, welcher zwar in allge- meiner Form aus dem Familienrecht hervorgeht, dessen Bemessung sich aber nach einem Gerichtsentscheid oder auch einer Scheidungsvereinbarung richtet (vgl. BSK Strafrecht II – Bosshard, N 3 und N 8 zu Art. 217).

#### **E. 4.2**

Die Frage der Einhaltung der Antragsfrist ist rein formeller Art und umfasst entgegen der Vorinstanz keine vorfrageweise Prüfung materieller Fragen der fa- milienrechtlichen Unterhaltspflicht (Urk. 106 S. 7). Der Sinn der Strafantragsfrist erschöpft sich in einer persönlichen und zeitlichen Beschränkung der Verfolgung von Straftaten, weshalb im Zusammenhang mit der Fristwahrung (noch) nicht da- nach zu fragen ist, ob und in welchem Umfang Unterhaltsbeiträge fällig oder ge- stundet waren. Es ist auch nicht relevant, dass das Oberlandesgericht D. \_\_\_\_\_ [im Land F. \_\_\_\_\_] mit Urteil vom 4. März 2010 feststellte, dass der Beschuldigte spätestens im Jahre 2008 zur Zahlung verpflichtet

gewesen wäre (Urk. 106 S. 9).

- 6 -

#### **E. 4.3**

Der Beschuldigte hat in der Untersuchung anerkannt, dass er im Scheidungsurteil zu Unterhaltsbeiträgen an die Privatklägerin verpflichtet worden war und er von November 2003 bis Mai 2004 keine Unterhaltszahlungen geleistet hat (HD 47 S. 2). Der am 10. Mai 2004 gestellte Strafantrag für die erste angeklagte Zeitperiode vom 25. November 2003 bis 10. Mai 2004 ist deshalb nicht verspätet gestellt worden (HD 2/8).

#### **E. 4.4**

Die Verteidigung hat entgegen der Darstellung der Vorinstanz auch die Rechtzeitigkeit des zweiten Strafantrags für die zweite angeklagte Periode vom 25. April 2005 bis 16. Februar 2007 bestritten (Urk. 84 S. 8, Urk. 106 S. 6 Erw. 4.2.). Wie aus der Rückstandsberechnung der Alimentenbevorschussungsstelle hervorgeht, hat der Beschuldigte von September 2003 bis Februar 2007 keine Unterhaltszahlungen geleistet (ND 4/11). Auch der Beschuldigte und dessen Verteidigung machten nichts Gegenteiliges geltend. Da die Unterlassung somit bis Februar 2007 andauerte, ist auch der zweite Strafantrag vom 16. Februar 2007 rechtzeitig (ND 1).

#### **E. 5**

Legitimation zu den Strafanträgen Zur Strafantragslegitimation der Privatklägerin hat sich die Vorinstanz unter Verweis auf den Entscheid der II. Strafkammer des Obergerichts vom 16. März 2004 bereits geäußert, weshalb auf jene Erwägungen verwiesen werden kann (Urk. 106 S. 8 f.). Soweit die Ausführungen der Vorinstanz die Schwester der Privatklägerin betreffen, welche damals noch Verfahrensbeteiligte war, sind jene Erwägungen bezüglich der Privatklägerin selbstredend nicht von Bedeutung (Urk. 106 S. 8 f. Erw 5.2.). Aus der Bestätigung der Alimentenstelle geht hervor, dass die Unterhaltsbeiträge an die Privatklägerin ab 1. April 2005 bevorschusst wurden (Urk. 92). Eine Abtretung betrifft stets nur die bevorschussten Beträge. Beizufügen ist, dass sich die Legitimation der Alimentenbevorschussungsstelle nicht nur aus einer Legalzession, sondern auch aus der ausdrücklichen Vollmacht der Privatklägerin ergibt (ND 2).

- 7 -

#### **E. 5.1**

Weist das erstinstanzliche Verfahren wesentliche Mängel auf, die im Berufungsverfahren nicht geheilt werden können, so hebt das Berufungsgericht das angefochtene Urteil auf und weist die Sache zur Durchführung einer neuen Hauptverhandlung und zur Fällung eines neuen Urteils an das erstinstanzliche Gericht zurück (Art. 409 Abs. 1 StPO). Im Vordergrund stehen dabei wesentliche

- 14 - Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens, durch die in schwerwiegender Weise in die Rechte der beschuldigten Person oder der Geschädigten eingegriffen wird, die im Berufungsverfahren nicht behoben werden können (BSK StPO – Eugster, N 1 zu Art. 409).

#### **E. 5.2**

Das Bundesgericht hat sich im Entscheid vom 26. Juli 2011 zum Verhältnis zwischen Art. 329 StPO (Rückweisung zur Ergänzung oder Berichtigung) und Art. 343 StPO (Beweisabnahme vor Gericht) geäußert (BGE 1B\_304/2011). Grundsätzlich obliege es der

Staatsanwaltschaft, die nötigen Beweise zu sammeln (Erw. 3.2.1). Entgegen der in der Literatur geäusserten Auffassung umfasse die Anklageprüfung nach Art. 329 StPO nicht nur eine formelle, sondern auch eine materielle Prüfung (Erw. 3.2.2). Wenn ein unverzichtbares Beweismittel fehle und dazu führe, dass die Sache nicht von Grund auf geprüft werden könne, stehe eine Rückweisung deshalb offen. Allerdings dürfe das Gericht die Möglichkeit der Rückweisung nicht so weit auslegen, um jegliche Beweisabnahme vor Gericht zu vermeiden, insbesondere, wenn die Beweisabnahme nur wenig kompliziert sei oder wenn ein Beweismittel bloss wünschbar wäre (Erw. 3.2.2).

### **E. 5.3**

Gemäss Wortlaut von Art. 329 Abs. 2 StPO kann eine Rückweisung zur Ergänzung oder Berichtigung der Anklage erfolgen. Berichtigung heisst in diesem Sinne Verbesserung und nicht Änderung (Yvona Griesser, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, hrsg. Donatsch/Hansjakob/Lieber, Zürich/Basel/Genf 2010, N 22 zu Art. 329). Letzteres ist lediglich im Rahmen von Art. 333 StPO möglich. Unter der zürcherischen Strafprozessordnung wurde eine Verbindung einer gerichtlichen Aufforderung zur Anklagekorrektur mit einer Rückweisung zur Beweis- und Aktenergänzung als unzulässig angesehen (Andreas Donatsch / Niklaus Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 1996, § 182 N 13). Unter der schweizerischen Strafprozessordnung wird eine solche kombinierte Rückweisung in der Literatur als zulässig erachtet, immerhin aber ein zweistufiges Verfahren vorgeschlagen: in einem ersten Schritt eine Untersuchungsergänzung, im zweiten Schritt eine Anklageberichtigung (Griesser, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, a.a.O., N 24 zu Art. 329). Die aus dem Anklageprinzip fliessende

- 15 - Trennung der Funktionen erlaubt eine Rückweisung aber nur im Bereich bereits eingeklagter Lebensvorgänge; ein bisher nicht Prozessthema bildender Vorgang darf nicht in das Verfahren einbezogen werden (Donatsch / Schmid, a.a.O. § 182 N 17). Wie vorgehend aufgezeigt wurde, erging der vorinstanzliche Freispruch in unzulässiger antizipierter Beweiswürdigung, da sich aufgrund der vorliegenden Akten und der unvollständigen Untersuchung die Vorwürfe in der Anklage nicht zweifelsfrei belegen bzw. nachweisen lassen. Andererseits würde ein Freispruch aufgrund des Untersuchungsergebnisses gegen den Untersuchungsgrundsatz von Art. 6 StGB verstossen, da, wie die Privatklägerin zu Recht vorbringt, weitere Abklärungen ohne unverhältnismässigen Aufwand möglich und naheliegend sind. Die nötigen weiteren Abklärungen und Einvernahmen – es sind voraussichtlich unter anderem rechtshilfweise Einvernahmen im Ausland nötig – würden den Rahmen des Berufungsverfahrens sprengen und den Grundsatz des zweistufigen Verfahrens verletzen. Das Verfahren ist deshalb an die Vorinstanz zurückzuweisen und das Berufungsverfahren als durch Rückweisung an die Vorinstanz erledigt abzuschreiben. Die Vorinstanz hat die Möglichkeit das Verfahren zwecks weiterer Beweisabnahmen und Berichtigung der Anklageschrift an die Staatsanwaltschaft zurückzuweisen.

### **E. 5.4**

Die Untersuchungsbehörde hat zunächst abzuklären, ob, von wem und wann dem Beschuldigten und/oder Rechtsanwalt Z.\_\_\_\_\_ der Ausbildungsstand der Privatklägerin mittels Zeugnissen oder gleichwertigen Dokumenten zur Kenntnis gebracht wurde (vgl. dazu auch Erw. II 2.). Ergibt sich, dass der Informationsklausel im Gerichtsurteil

nachgekommen wurde und die Stundung in den angeklagten Zeitperioden weggefallen ist, ist weiter abzuklären, ob der Beschuldigte in besagten Zeitperioden über Mittel verfügte, welche er nebst seinen nötigen Lebenshaltungskosten für seine Unterhaltspflicht gegenüber der Privatklägerin hätte verwenden können. Diesbezüglich sind weitere Abklärungen über das Vermögen und die Einkünfte des Beschuldigten sowie die Art und Weise, wie er seine Lebenshaltungskosten in den angeklagten Zeitperioden bestritt, nötig (vgl. dazu auch Erw. II 3.). Dies beinhaltet auch nähere Abklärungen über die

- 16 - Besitz- und Eigentumsverhältnisse und allfällige Erträge und Lasten hinsichtlich der Liegenschaft an der ... [Adresse] in D.\_\_\_\_\_, als auch über den Geldfluss auf Bank- oder Postkonti während den angeklagten Zeitperioden. Bezüglich der in der Anklage erwähnten Stammeinlagen ist abzuklären, ob diese in den angeklagten Zeitperioden vom Beschuldigten einbezahlt wurden oder vom Beschuldigten hätten ausgelöst oder (teilweise) versilbert werden können. Der Umstand, dass der Beschuldigte als GmbH-Gesellschafter mit Stammkapital "verzeichnet war", wie es die Staatsanwaltschaft formulierte, reicht alleine noch nicht aus, um den Tatbestand von Art. 217 StGB zu erfüllen. Zudem ist näher abzuklären, wann dem Beschuldigten sein Stammkapital bei der J.\_\_\_\_\_ GmbH in der Höhe von Fr. 20'000.-- ausbezahlt worden ist bzw. wann er darüber frei verfügen konnte. Weiter sind auch Erhebungen über das Erwerbseinkommen des Beschuldigten im inkriminierten Zeitraum zu tätigen.

#### **E. 5.5**

Ergeben sich neue Erkenntnisse zu den Vermögens- und Einkommensverhältnissen, wäre die Anklageschrift entsprechend zu berichtigen und es wäre aufzuführen, in welchen Monaten dem Beschuldigten nebst den Lebenshaltungskosten wieviel finanzielle Mittel für Unterhaltszahlungen zur Verfügung gestanden hätten, beispielsweise in einer tabellarischen Aufstellung nach Monaten. III. Zivilforderungen Für Zivilforderungen im Adhäsionsprozess sind nebst den strafrechtlichen auch die zivilprozessualen Prozessvoraussetzungen massgebend (BSK StPO – Dolge, N 17 zu Art. 122). Dazu gehört die Beachtung des Grundsatzes, dass keine abgeurteilte Sache vorliegen darf (so ausdrücklich auch BSK StPO – Dolge, N 17 zu Art. 122). Über die Unterhaltsansprüche der Privatklägerin wurde rechtskräftig mit Urteil des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 7. November 2000 entschieden. Gestützt darauf hat zudem das Oberlandesgericht D.\_\_\_\_\_ die Vollstreckbarerklärung des besagten Urteils in F.\_\_\_\_\_ erklärt (Urk. 83/11). Es bleibt deshalb kein Raum, im Rahmen des vorliegenden Strafverfahrens erneut über diese Unterhaltsansprüche zu entscheiden, weshalb unabhängig von einem Frei- oder Schuldspruch auf das entsprechende Begehren nicht einzutreten wäre.

- 17 - IV. Kosten- und Entschädigungsfolge Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten des Berufungsverfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung und der unentgeltlichen Vertretung der Privatklägerin, auf die Gerichtskasse zu nehmen. Über die bisher entstandenen erstinstanzlichen Kosten und eine allfällige Entschädigung des Beschuldigten wird die Vorinstanz zu entscheiden haben.

#### **E. 6**

Anwendbares Recht Am 1. Januar 2011 ist die neue schweizerische Strafprozessordnung (StPO) in Kraft getreten. Da das erstinstanzliche Urteil danach, d.h. am 22. Februar 2011 gefällt wurde, ist gestützt auf Art. 453 Abs. 1 StPO e contrario auf das Rechtsmittelverfahren neues Strafprozessrecht anzuwenden. II. Materielles 1. Informationsklausel

im Scheidungsurteil

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