

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB180258-O/U/jv

Mitwirkend: Die Obergerichter lic. iur. R. Naef, Präsident, lic. iur. M. Langmeier und lic. iur. Ch. Prinz sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Maurer

Urteil vom 23. November 2018

in Sachen

Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich,
vertreten durch Staatsanwalt lic. iur. H. Wieser,
Anklägerin und Berufungsklägerin

gegen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungsbeklagter

amtlich verteidigt durch Fürsprecher Dr. iur. X. _____

betreffend **versuchte sexuelle Handlungen mit Kindern etc.**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich,
10. Abteilung - Einzelgericht, vom 9. März 2018 (GG170262)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 4. Dezember 2017 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 10).

Urteil der Vorinstanz:
(Urk. 21 S. 31 ff.)

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte ist schuldig
 - der versuchten sexuellen Handlung mit Kindern im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB,
 - der mehrfachen Pornographie im Sinne von Art. 197 Abs. 5 Satz 1 und 2 StGB,
 - des vorsätzlichen Fahrens in fahrunfähigem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 2 SVG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 11 Monaten Freiheitsstrafe, wovon bis und mit heute 2 Tage durch Haft erstanden sind.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 4 Jahre festgesetzt.
4. Der Antrag auf Anordnung eines Tätigkeitsverbots im Sinne von Art. 67 Abs. 3 lit. b StGB wird abgewiesen.
5. Die folgenden, gemäss Sicherungsliste vom 9. September 2016 der Stadtpolizei Zürich sichergestellten und bei der Stadtpolizei Zürich, Fachgruppe Milieu-/Sexualdelikte, lagernden Gegenstände werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen:
 - Notebook Asus K72F (Position 4 der Sicherstellungsliste)
 - Notebook Acer Aspire (Position 25 der Sicherstellungsliste)
 - Harddisk Hitachi Deskstar 320 GB (Position 23 der Sicherstellungsliste)
 - 5 g brutto Marihuana (Position 3 der Sicherstellungsliste).

6. Die folgenden, gemäss Sicherungsliste vom 9. September 2016 der Stadtpolizei Zürich sichergestellten und bei der Stadtpolizei Zürich, Fachgruppe Milieu-/Sexualdelikte, lagernden Gegenstände werden dem Beschuldigten innert 2 Monaten nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils auf erstes Verlangen herausgegeben und ansonsten nach dieser Frist der Lagerbehörde zur gutscheinenden Verwendung überlassen:

- Laptop HP Elite Book 8560p (Position 1 der Sicherstellungsliste)
- USB-Stick np/orange (Position 2 der Sicherstellungsliste)
- Ladekabel zu Laptop Asus (Position 4.1 der Sicherstellungsliste)
- externe HD Seagate (Position 5 der Sicherstellungsliste)
- USB Stick Kingsten (Position 8 der Sicherstellungsliste)
- Sony USB Stick 32 GB (Position 9 der Sicherstellungsliste)
- USB Stick disk2go.com 4 GB (Position 10 der Sicherstellungsliste)
- USB Stick disk2go.com 4 GB (Position 11 der Sicherstellungsliste)
- Sony Memory Stick Card 2 GB (Position 12 der Sicherstellungsliste)
- Tablet Lenco (Position 13 der Sicherstellungsliste)
- Tablet Archos (Position 14 der Sicherstellungsliste)
- Samsung Mobiltelefon schwarz, aufschiebbar (Position 15 der Sicherstellungsliste)
- Mobiltelefon Dublin (Position 16 der Sicherstellungsliste)
- Mobiltelefon Samsung, weiss (defekt) gross (Position 17 der Sicherstellungsliste)
- Nokia, Mikro SD Karte (Position 18 der Sicherstellungsliste)
- Sandisk 16 GB SD Karte (Position 19 der Sicherstellungsliste)
- Micro SD Karte Samsung (Position 20 der Sicherstellungsliste)
- Mobiltelefon Samsung, weiss klein (defekt) (Position 21 der Sicherstellungsliste)
- externe HD Samsung, HD200HJ (Position 22 der Sicherstellungsliste)
- externe HD Samsung, HD321KJ (Position 23 der Sicherstellungsliste)
- SD Karte, Mikro 8 GB (Position 26 der Sicherstellungsliste)
- Mikro Karte, OV, 8 GB (Position 27 der Sicherstellungsliste)
- Mikro Karte, Samsung 32 EVO (Position 28 der Sicherstellungsliste).

7. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 1'800.–; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 6'090.– Gebühr für das Vorverfahren;
Fr. 2'135.70 amtliche Verteidigung.
8. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt.
9. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.
10. (Mitteilungen)
11. (Rechtsmittel)

Berufungsanträge:
(Prot. II S. 8)

a) Des Vertreters der Staatsanwaltschaft:
(Urk. 23 S. 2)

1. Dispo. Ziff. 3 des angefochtenen Urteils sei aufzuheben und die gegen den Beschuldigten ausgefallte Freiheitsstrafe von 11 Monaten sei für vollziehbar zu erklären.
2. Dispo. Ziff. 4 des angefochtenen Urteils sei aufzuheben und gegen den Beschuldigten sei ein Tätigkeitsverbot im Sinne von Art. 67 Abs. 3 lit. b StGB anzuordnen.

b) Der Verteidigung des Beschuldigten:
(Urk. 37 S. 2)

1. Die Berufung der Staatsanwaltschaft sei abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Staates.
3. Die Kosten der amtlichen Verteidigung seien aus der Staatskasse zu bezahlen.

Erwägungen:

I. Verfahrensgang

1. Hinsichtlich des Verfahrensganges bis zum Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens kann vollumfänglich auf die vollständigen und zutreffenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 21 S. 4).

2. Mit eingangs im Dispositiv zitierten Entscheid des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht, vom 9. März 2018 (fortan Vorinstanz) wurde der Beschuldigte der versuchten sexuellen Handlungen mit Kindern, der mehrfachen Pornographie sowie des vorsätzlichen Fahrens in fahruntüchtigem Zustand schuldig gesprochen und mit einer Freiheitsstrafe von 11 Monaten, wovon zwei Tage durch Haft erstanden waren, bestraft. Der Vollzug dieser Freiheitsstrafe wurde unter Ansetzung einer Probezeit von 4 Jahren aufgeschoben. Der Antrag auf Anordnung eines Tätigkeitsverbotes im Sinne von Art. 67 Abs. 3 lit. b StGB wurde abgewiesen (Urk. 21 S. 31 ff.).

3. Gegen dieses Urteil meldete die Staatsanwaltschaft fristgerecht (Zustellung des Urteilsdispositivs am 14. März 2018; Urk. 15) am 20. März 2018 Berufung an (Urk. 16). Die Berufungserklärung vom 7. Juni 2018 ging, nachdem der Staatsanwaltschaft das schriftlich begründete Urteil am 5. Juni 2018 zugestellt worden war (Urk. 20/1), ebenfalls innert Frist am 11. Juni 2018 hierorts ein (Urk. 23). Mit Präsidialverfügung vom 26. Juni 2018 wurde dem Beschuldigten die Berufungserklärung der Staatsanwaltschaft zugestellt und ihm Frist angesetzt, um Anschlussberufung zu erheben oder ein Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen. Da die Staatsanwaltschaft mit der Berufungserklärung zudem – zumindest sinngemäss – die Durchführung des schriftlichen Verfahrens beantragt hatte (Urk. 23 S. 6), wurde dem Beschuldigten überdies Frist angesetzt, zu diesem Antrag Stellung zu nehmen (Urk. 25). Mit Zuschrift vom 19. Juli 2018 liess der Beschuldigte mitteilen, auf Anschlussberufung zu verzichten, kein Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen und mit der Durchführung des schriftlichen Verfahrens einverstanden zu sein (Urk. 27). Nachdem mit Präsidialverfügung vom

23. Juli 2018 die Durchführung des schriftlichen Verfahrens angeordnet und der Staatsanwaltschaft Frist angesetzt worden war, die Berufungsanträge zu stellen und zu begründen (Urk. 29), teilte diese mit Schreiben vom 27. Juli 2018 mit, ihre Ausführungen in ihrer Eingabe vom 7. Juni 2018 – der Berufungserklärung – seien als Berufungsbegründung anzusehen (Urk. 31). Mit Präsidialverfügung vom 31. Juli 2018 wurde dem Beschuldigten Frist angesetzt, die Berufungsantwort einzureichen (Urk. 32), welcher Aufforderung dieser innert erstreckter (Urk. 35) Frist mit Zuschrift vom 4. September 2018 nachkam (Urk. 37). Die Vorinstanz verzichtete auf Vernehmlassung (Urk. 34). Nachdem der Staatsanwaltschaft mit Präsidialverfügung vom 5. September 2018 Frist angesetzt worden war, zur Berufungsantwort des Beschuldigten Stellung zu nehmen (Urk. 41), erklärte diese mit Eingabe vom 7. September 2018, auf eine Replik zu verzichten (Urk. 43). Dem Beschuldigten wurde ein Doppel dieses Schreibens zugestellt (vgl. Vermerk auf Urk. 43). Mit Beschluss vom 25. September 2018 wurden die Akten des Verfahrens ST.2018.807/UBRU der Staatsanwaltschaft Lenzburg-Aarau beigezogen (Urk. 44; Urk. 46/1-43) und es wurde ein aktueller Strafregisterauszug eingeholt (Urk. 47). Mit Präsidialverfügung vom 18. Oktober 2018 wurde den Parteien Gelegenheit gegeben, hierzu Stellung zu nehmen (Urk. 48). Seitens der Verteidigung wurde mit Schreiben vom 29. Oktober 2018 auf eine Vernehmlassung verzichtet (Urk. 50). Die Staatsanwaltschaft äusserte sich innert Frist nicht (vgl. Urk. 49). Demzufolge erweist sich das vorliegende Verfahren als spruchreif.

II. Umfang der Berufung

In ihrer Berufungserklärung führte die Staatsanwaltschaft aus, die Berufung auf den Vollzug bzw. den bedingten Vollzug der Strafe sowie die Anordnung einer Massnahme zu beschränken (Urk. 23 S. 2). Der Beschuldigte liess – wie ausgeführt – keine Anschlussberufung erheben. Somit ist vorab mittels Beschlusses festzustellen, dass die Dispositiv-Ziffern 1-2 (Schuldpunkt [Dispositiv-Ziffer 1], Strafzumessung [Dispositiv-Ziffer 2]) und 5-9 (Einziehungen [Dispositiv-Ziffer 5], Herausgabe sichergestellter Gegenstände an den Beschuldigten [Dispositiv-Ziffer 6], Kostendispositiv [Dispositiv-Ziffern 7-9]) nicht angefochten und in

Rechtskraft erwachsen sind (Art. 404 Abs. 1 StPO). Im Übrigen ist das vorinstanzliche Urteil zu überprüfen.

III. Vollzug

1. Gemäss Art. 42 Abs. 1 StGB (Fassung ab 1. Januar 2018) schiebt das Gericht den Vollzug einer Geldstrafe oder einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten und höchstens zwei Jahren in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten. Wurde der Täter innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Tat zu einer bedingten oder unbedingten Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten verurteilt, so ist der Aufschub nur zulässig, wenn besonders günstige Umstände vorliegen (Art. 42 Abs. 2 StGB).

2. Die Vorinstanz erwog diesbezüglich, vorliegend seien in objektiver Hinsicht die Voraussetzungen zur Gewährung des bedingten Strafvollzuges erfüllt, da der Beschuldigte zu einer Freiheitsstrafe verurteilt werde, die sich innerhalb des gesetzlich zulässigen Rahmens befinde. Des Weiteren sei der Beschuldigte noch nie zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden (Urk. 21 S. 25). Dies trifft als solches zu. Demzufolge ist der Strafvollzug aufzuschieben, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, den Beschuldigten von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten.

3. Das Bundesgericht erwog dazu in seinem erst kürzlich ergangenen Entscheid 6B_125/2018 vom 14. Juni 2018 E. 1.2.2 das Folgende:

"Im Rahmen von Art. 42 Abs. 1 StGB genügt für den bedingten Vollzug das Fehlen einer ungünstigen Prognose. Der bedingte Strafaufschub setzt mit anderen Worten nicht die positive Erwartung voraus, der Täter werde sich bewähren, sondern es genügt die Abwesenheit der Befürchtung, dass er es nicht tun werde. Der Strafaufschub ist deshalb die Regel, von der grundsätzlich nur bei ungünstiger Prognose abgewichen werden darf. Er hat im breiten Mittelfeld der Ungewissheit den Vorrang (BGE 135 IV 180 E. 2.1 S. 185 f.; 134 IV 97 E. 7.3 S. 117; Urteil 6B_118/2017 vom 14. Juli 2017 E. 3.2.2; je mit Hinweisen). Das Gericht hat eine

Gesamtwürdigung aller wesentlichen Umstände vorzunehmen. In die Beurteilung miteinzubeziehen sind neben den Tatumständen auch das Vorleben und der Leumund sowie alle weiteren Tatsachen, die gültige Schlüsse auf den Charakter des Täters und die Aussichten seiner Bewährung zulassen. Ein relevantes Prognosekriterium ist insbesondere die strafrechtliche Vorbelastung (BGE 134 IV 1 E. 4.2.1 S. 5). Einschlägige Vorstrafen sind bei der Prognosestellung zwar als erheblich ungünstiges Element zu gewichten, sie schliessen den bedingten Vollzug allerdings nicht notwendigerweise aus (Urteile 6B_118/2017 vom 14. Juli 2017 E. 3.2.2; 6B_358/2014 vom 26. Juni 2014 E. 2.3; je mit Hinweisen)."

Diese Grundsätze sind auf den vorliegenden Fall anzuwenden.

4. Zurecht hat die Vorinstanz festgestellt, dass der Beschuldigte über mehrere Vorstrafen verfügt, welche auf eine gewisse Unbelehrbarkeit hindeuten (Urk. 21 S. 26). Auch die Staatsanwaltschaft verweist in ihrer Berufungsbegründung insbesondere auf die Vorstrafen des Beschuldigten und folgert, dass dem Beschuldigten durch die Strafbehörden seit 2009 keine günstige Prognose mehr habe gestellt werden können (Urk. 23 S. 3). Der Beschuldigte weist bereits sieben Einträge im Strafregister auf (Urk. 47):

- 29. Juli 2007: Strafbefehl des Untersuchungsamtes Altstätten, Verurteilung wegen mehrfachen Fahrens ohne Führerausweis, mehrfachen Fahrens ohne Fahrzeugausweis oder Kontrollschilder, mehrfacher missbräuchlicher Verwendung von Ausweisen und/oder Kontrollschildern, widerrechtlicher Aneignung von Kontrollschildern und/oder Fahrradkennzeichen und Bestrafung mit einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 60.– sowie einer Busse von Fr. 1'200.–.
- 15. September 2009: Urteil/Strafbefehl des Amtsstatthalteramtes Hochdorf, Verurteilung wegen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes, Fahrens ohne Führerausweis, Fahrens ohne Fahrzeugausweis oder Kontrollschilder, Fahrens ohne Haftpflichtversicherung und Bestrafung mit einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 60.– sowie einer Busse von Fr. 800.– als Zusatz-

- strafe zum Urteil/Strafbefehl des Untersuchungsamtes Altstätten vom 29. Juli 2007.
- 17. Dezember 2012: Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Abteilung 2 Emmen, Verurteilung wegen Vergehens und Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes und Bestrafung mit einer bedingten Geldstrafe von 5 Tagessätzen zu Fr. 90.– sowie einer Busse von Fr. 400.–.
 - 3. Juli 2013: Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Abteilung 2 Emmen, Verurteilung wegen Nichtabgabe von Ausweisen und/oder Schildern mit einer Geldstrafe von 5 Tagessätzen zu Fr. 90.–.
 - 18. Februar 2014: Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Innerschwyz Kanton Schwyz, Verurteilung wegen fahrlässiger Körperverletzung und Bestrafung mit einer Geldstrafe von 10 Tagessätzen zu Fr. 30.–.
 - 24. Juni 2014: Strafbefehl der regionalen Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland, Verurteilung wegen Fahrens in fahruntüchtigem Zustand und Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes und Bestrafung mit einer Geldstrafe von 12 Tagessätzen zu Fr. 60.– sowie einer Busse von Fr. 100.–.
 - 20. September 2018: Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Lenzburg-Aarau, Verurteilung wegen Verletzung der Verkehrsregeln sowie Führens eines Motorfahrzeuges trotz Verweigerung, Entzug oder Aberkennung des Ausweises und Bestrafung mit einer Geldstrafe von 100 Tagessätzen zu Fr. 70.– sowie einer Busse von Fr. 100.–.

Der Beschuldigte weist somit sechs – zumindest bezüglich Delikte gegen das Strassenverkehrsgesetz – grösstenteils einschlägige Vorstrafen auf. Bezüglich der SVG-Delikte ist damit von einer eigentlichen Unbelehrbarkeit auszugehen. Zudem delinquierte der Beschuldigte während laufender Strafuntersuchung. Die Schlusseinvernahme im vorliegenden Strafverfahren erfolgte am 3. Oktober 2017 und lediglich etwas mehr als zwei Monate später – am 16. Dezember 2017 – wurde er wieder straffällig. Zwar musste bislang noch nie eine schwerere Strafe als eine Geldstrafe von 100 Tagessätzen ausgefällt werden. Allerdings konnte

offensichtlich auch die Vollzugserfahrung der früheren unbedingt ausgefallten Geldstrafen ihn nicht vom erneuten Delinquieren abhalten, was sich legalprognostisch äusserst ungünstig auswirkt.

5. Der Beschuldigte hat in diesem Sommer die Lehre als Zimmermann EFZ erfolgreich abgeschlossen (Urk. 39/1-2), was zwar als positive Veränderung seit der Tat einzustufen ist. Entgegen den Ausführungen des Beschuldigten vor Vorinstanz (vgl. Prot. I S. 8) ist dem Lehrzeugnis indes zu entnehmen, dass er seinen Lehrbetrieb per 30. Juni 2018 verlassen wird bzw. verlassen hat. Ob er zurzeit eine Arbeitsstelle hat, ist nicht bekannt. Auch die Verteidigung äusserte sich hierzu nicht (vgl. Urk. 37). Der Beschuldigte ist Vater eines achtjährigen Sohnes, welchen er regelmässig sieht. Zur Zeit der Hauptverhandlung lebte der Beschuldigte allein in einer Zweizimmerwohnung in B._____ [Gemeinde im Kanton Aargau] (Prot. I S. 7 f.). Mittlerweile ist er nach C._____ [Gemeinde im Kanton Aargau] gezogen, wo er offenbar Unterstützung einer befreundeten Familie erhält (Prot. I S. 9 f.). Die berufliche und persönliche Situation des Beschuldigten wirkt weder besonders de- noch besonders stabilisierend und hat damit keinen direkten Einfluss auf die Legalprognose. Zurecht erwog die Vorinstanz indes, dass sich die ursprünglich schwierigen (persönlichen) Verhältnisse des Beschuldigten stabilisiert haben. Allerdings ist der Beschuldigte mittlerweile über 30 Jahre alt, weshalb dies bis zu einem gewissen Grad vorausgesetzt werden darf.

6. Bei einer Gesamtwürdigung wird die strafrechtliche Vorbelastung des Beschuldigten durch die übrigen Umstände nicht kompensiert. Es kann daher nicht mehr vom Fehlen einer ungünstigen Prognose ausgegangen werden. Demzufolge ist der Vollzug der von der Vorinstanz ausgefallten Freiheitsstrafe von 11 Monaten nicht aufzuschieben und die Strafe zu vollziehen.

IV. Massnahme / Tätigkeitsverbot

1. Die Vorinstanz sah von der Anordnung eines Tätigkeitsverbotes ab. Sie erwog zusammengefasst, da beim vorliegenden untauglichen Versuch kein Vergehen oder Verbrechen an einer schutzbedürftigen Person begangen worden sei,

sei anzunehmen, dass die geforderte Tatbestandsmässigkeit zur Auslösung des Automatismus' eines Tätigkeitsverbotes nicht erfüllt sei. Das beantragte Verbot erweise sich unter den konkreten Umständen als schwerwiegende Behinderung im beruflichen Fortkommen des Beschuldigten, weshalb ein zwingendes Tätigkeitsverbot aufgrund der gesamten konkreten Umstände (Versuch, unklare sexuelle Vorlieben des Beschuldigten, unklares Gefahrenpotential für Kinder im Schutzalter, Beginn der Erwerbstätigkeit, Erschwernis des beruflichen Fortkommens) sich als unverhältnismässig erweise (Urk. 21 S. 27 ff.).

Die Staatsanwaltschaft argumentiert, gerade weil das Berufsverbot an den schlechten Leumund anknüpfe, erweise sich die Anordnung eines Berufsverbotes gegen den Beschuldigten im vorliegenden Fall als angemessen. Die Anknüpfung eines Berufsverbotes an die tatsächliche Schädigung eines minderjährigen Opfers durch die Vorinstanz widerspreche nicht nur dem Wortlaut, sondern auch dem Sinn des Gesetzes (Urk. 23 S. 5).

2. Gemäss Art. 67 Abs. 3 lit. b StGB verbietet das Gericht jemandem für 10 Jahre jede berufliche und jede organisierte ausserberufliche Tätigkeit, die einen regelmässigen Kontakt zu Minderjährigen umfasst, wenn jemand wegen sexuellen Handlungen mit Kindern (Art. 187) oder sexuellen Handlungen mit Abhängigen (Art. 188) zu einer Freiheitsstrafe von über sechs Monaten oder einer Massnahme nach den Artikeln 59-61 oder 64 verurteilt wird.

Diese Bestimmung sieht somit Katalogtaten des Sexualstrafrechts vor, welche zwingend zu einem Tätigkeitsverbot von zehn Jahren führen, wenn sie gegenüber Minderjährigen begangen werden. Voraussetzung ist eine Mindeststrafe von über sechs Monaten Freiheitsstrafe. Sind die entsprechenden Voraussetzungen gegeben (Katalogtat gegenüber einem minderjährigen Opfer und Mindestsanktion), so ist das Gericht, unabhängig von der Frage der Zweckmässigkeit und Angemessenheit der Massnahme, zur Anordnung eines Tätigkeitsverbotes verpflichtet und zwar zwingend für die Dauer von zehn Jahren (JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER, Strafrecht II - Strafen und Massnahmen, 9. Aufl. 2018, S. 223 f. und Fn 284; BERTOSSA, in: Praxiskommentar StGB, 3. Aufl. 2018, N 12 zu Art. 67). Soweit die Tat vom Deliktskatalog umfasst ist, muss ein Tätigkeitsverbot zwingend ausge-

sprochen werden (HEIMGARTNER, in: OF-Kommentar StGB/JStG, 20. Aufl. 2018, N 9 zu Art. 67 mit Verweis auf Botschaft, BBl 2012 8851). Es ist nicht die Zukunftsprognose relevant, sondern der schlechte Leumund. Wer in der Vergangenheit ein bestimmtes Verhalten an den Tag gelegt hat, ist für bestimmte Berufe und Tätigkeiten nicht geeignet (Botschaft, BBl 2012 8850 f.).

3. Der Beschuldigte wurde von der Vorinstanz für den Tatbestand der versuchten sexuellen Handlungen mit Kindern mit einem Strafanteil von 9 Monaten bestraft (vgl. Art. 67 Abs. 5 StGB; Urk. 21 S. 22 und S. 31). Die Voraussetzungen für die Anordnung eines Tätigkeitsverbotes im Sinne von Art. 67 Abs. 3 lit. b StGB sind damit erfüllt. Das Tätigkeitsverbot ist – wie oben dargelegt – zwingend auszufallen; ob es zweckmässig und angemessen ist, ist nicht zu prüfen. Wenn die Vorinstanz das zwingende Tätigkeitsverbot als unverhältnismässig einstuft, ist das nicht von Bedeutung. Zurecht verweist die Staatsanwaltschaft diesbezüglich nämlich auf die Botschaft, welche zwar einräumt, dem Verhältnismässigkeitsprinzip komme besonderes Gewicht zu, diesem sei aber mit der Festsetzung von Mindeststrafen Rechnung getragen worden (Botschaft BBl 2012 8851; Urk. 23 S. 5). In diesem Zusammenhang ist dennoch darauf hinzuweisen, dass der Beschuldigte soeben eine Lehre als Zimmermann abgeschlossen hat, welcher Beruf kaum mit einem regelmässigen Kontakt mit Minderjährigen einhergeht. Das Tätigkeitsverbot dürfte den Beschuldigten also nicht stark einschränken.

Dass eine bloss versuchte Tatbegehung nicht zur zwingenden Anordnung des Tätigkeitsverbotes führt, ist weder der Botschaft noch der einschlägigen Literatur zu entnehmen. Schliesslich hat das Bundesgericht im mittlerweile publizierten Entscheid BGE 144 IV 168 tatsächlich entschieden, dass der Versuch einer Katalogtat nach Art. 66a Abs. 1 StGB als Anlass für eine obligatorische Landesverweisung ausreicht (E. 1.4.1). Sowohl Art. 66a Abs. 1 StGB als auch Art. 67 Abs. 3 StGB sind analog formuliert. Dies legt somit ebenfalls den Schluss nahe, dass auch der Versuch einer Katalogtat gemäss Art. 67 Abs. 3 StGB für ein Tätigkeitsverbot ausreicht (vgl. Urk. 23 S. 6).

4. Nach dem Willen des Gesetzgebers führt eine Ausgangslage wie die vorliegende demnach zwingend zu einem Tätigkeitsverbot von 10 Jahren, ohne dass

die konkreten Umstände des Einzelfalles zu prüfen wären. Der Beschuldigte ist daher in Anwendung von Art. 67 Abs. 3 lit. b StGB mit einem Tätigkeitsverbot zu belegen. Ihm ist jede berufliche und jede organisierte ausserberufliche Tätigkeit, die einen regelmässigen Kontakt zu Minderjährigen umfasst, für die Dauer von 10 Jahren verboten.

V. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Im Berufungsverfahren werden die Kosten nach Obsiegen und Unterliegen auferlegt (Art. 428 Abs. 1 Satz 1 StPO). Ob eine Partei im Rechtsmittelverfahren als obsiegend oder unterliegend gilt, hängt davon ab, in welchem Ausmass ihre vor Beschwerdeinstanz bzw. Berufungsgericht gestellten Anträge gutgeheissen wurden (DOMEISEN, in: BSK StPO, a.a.O., N 6 zu Art. 428). Im vorliegenden Verfahren obsiegt die appellierende Staatsanwaltschaft vollumfänglich. Die Kosten des vorliegenden Berufungsverfahrens mit einer Gerichtsgebühr von Fr. 2'500.– sind somit dem Beschuldigten aufzuerlegen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind einstweilen – unter dem Rückforderungsvorbehalt von Art. 135 Abs. 4 StPO – auf die Gerichtskasse zu nehmen.

2. Der amtliche Verteidiger des Beschuldigten reichte für das Berufungsverfahren eine Honorarnote für Aufwendungen von 4.5 Stunden und Auslagen von Fr. 50.– ein (Urk. 52). Noch nicht berücksichtigt sind der Aufwand für das Studium des Berufungsurteils und die Abschlussarbeiten – insbesondere eine Nachbesprechung mit dem Beschuldigten. Hierfür sind weitere zwei Stunden einzusetzen. Zu entschädigen sind damit ein Aufwand von insgesamt 6.5 Stunden und Auslagen von Fr. 50.–. Der amtliche Verteidiger des Beschuldigten ist somit mit Fr. 1'593.95 inkl. MwSt. zu entschädigen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht, vom 9. März 2018 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:
 1. Der Beschuldigte ist schuldig
 - der versuchten sexuellen Handlung mit Kindern im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB,
 - der mehrfachen Pornographie im Sinne von Art. 197 Abs. 5 Satz 1 und 2 StGB,
 - des vorsätzlichen Fahrens in fahrunfähigem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 2 SVG.
 2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 11 Monaten Freiheitsstrafe, wovon bis und mit heute 2 Tage durch Haft erstanden sind.
 3. (...)
 4. (...)
 5. Die folgenden, gemäss Sicherungsliste vom 9. September 2016 der Stadtpolizei Zürich sichergestellten und bei der Stadtpolizei Zürich, Fachgruppe Milieu-/Sexualdelikte, lagernden Gegenstände werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen:
 - Notebook Asus K72F (Position 4 der Sicherstellungsliste)
 - Notebook Acer Aspire (Position 25 der Sicherstellungsliste)
 - Harddisk Hitachi Deskstar 320 GB (Position 23 der Sicherstellungsliste)
 - 5 g brutto Marihuana (Position 3 der Sicherstellungsliste).
 6. Die folgenden, gemäss Sicherungsliste vom 9. September 2016 der Stadtpolizei Zürich sichergestellten und bei der Stadtpolizei Zürich, Fachgruppe Milieu-/Sexualdelikte, lagernden Gegenstände werden dem Beschuldigten innert 2 Monaten nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils auf erstes Verlangen herausgegeben und ansonsten nach dieser Frist der Lagerbehörde zur gutscheinenden Verwendung überlassen:
 - Laptop HP Elite Book 8560p (Position 1 der Sicherstellungsliste)

- USB-Stick np/orange (Position 2 der Sicherstellungsliste)
- Ladekabel zu Laptop Asus (Position 4.1 der Sicherstellungsliste)
- externe HD Seagate (Position 5 der Sicherstellungsliste)
- USB Stick Kingsten (Position 8 der Sicherstellungsliste)
- Sony USB Stick 32 GB (Position 9 der Sicherstellungsliste)
- USB Stick disk2go.com 4 GB (Position 10 der Sicherstellungsliste)
- USB Stick disk2go.com 4 GB (Position 11 der Sicherstellungsliste)
- Sony Memory Stick Card 2 GB (Position 12 der Sicherstellungsliste)
- Tablet Lenco (Position 13 der Sicherstellungsliste)
- Tablet Archos (Position 14 der Sicherstellungsliste)
- Samsung Mobiltelefon schwarz, aufschiebbar (Position 15 der Sicherstellungsliste)
- Mobiltelefon Dublin (Position 16 der Sicherstellungsliste)
- Mobiltelefon Samsung, weiss (defekt) gross (Position 17 der Sicherstellungsliste)
- Nokia, Mikro SD Karte (Position 18 der Sicherstellungsliste)
- Sandisk 16 GB SD Karte (Position 19 der Sicherstellungsliste)
- Micro SD Karte Samsung (Position 20 der Sicherstellungsliste)
- Mobiltelefon Samsung, weiss klein (defekt) (Position 21 der Sicherstellungsliste)
- externe HD Samsung, HD200HJ (Position 22 der Sicherstellungsliste)
- externe HD Samsung, HD321KJ (Position 23 der Sicherstellungsliste)
- SD Karte, Mikro 8 GB (Position 26 der Sicherstellungsliste)
- Mikro Karte, OV, 8 GB (Position 27 der Sicherstellungsliste)
- Mikro Karte, Samsung 32 EVO (Position 28 der Sicherstellungsliste).

7. Die Entscheidegebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 1'800.-; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 6'090.- Gebühr für das Vorverfahren;
Fr. 2'135.70 amtliche Verteidigung.

8. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt.
 9. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht aufgeschoben.
2. Es wird ein Tätigkeitsverbot im Sinne von Art. 67 Abs. 3 StGB angeordnet. Dem Beschuldigten wird jede berufliche und jede organisierte ausserberufliche Tätigkeit, die einen regelmässigen Kontakt zu Minderjährigen umfasst, für die Dauer von 10 Jahren verboten.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 2'500.- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 1'593.95 amtliche Verteidigung.
4. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt.

Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten bleibt gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten.
5. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich
 - das Bundesamt für Polizei

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

- die Vorinstanz
- das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- die KOST Zürich mittels Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials"
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A.

6. 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
I. Strafkammer

Zürich, 23. November 2018

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. R. Naef

lic. iur. S. Maurer