

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB200370-O/U/as

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. Schärer, Präsidentin, Ersatzoberrichter lic. iur. Faga, Ersatzoberrichter Dr. Pahud sowie Gerichtsschreiberin MLaw Wolter

Urteil vom 18. Mai 2021

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Erstberufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich,

vertreten durch Staatsanwalt lic. iur. Krättli,

Anklägerin und Zweitberufungsklägerin

betreffend **versuchte sexuelle Handlungen mit Kindern**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 7. Abteilung - Einzelgericht, vom 26. Mai 2020 (GG200035)

Anklage

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich vom 11. Februar 2020 (Urk. 9/2) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist schuldig der versuchten sexuellen Handlung mit Kindern im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 StGB i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 7 Monaten, wovon 2 Tage durch Haft erstanden sind.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt.
4. Der Beschuldigte wird im Sinne von Art. 66a StGB für 5 Jahre des Landes verwiesen.
5. Von der Anordnung eines Tätigkeitsverbots im Sinne von Art. 67 Abs. 3 StGB wird abgesehen.
6. Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ wird für seine Aufwendungen als amtlicher Verteidiger des Beschuldigten aus der Gerichtskasse mit pauschal CHF 4'450.– (inkl. Barauslagen) entschädigt.
7. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
CHF 1'800.00 ; die weiteren Kosten betragen:
CHF 2'100.00 Gebühr für das Vorverfahren;
CHF 260.00 Auslagen (Datensicherung);
CHF 4'450.00 Kosten 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. (Mitteilung)
11. (Rechtsmittel)

Berufungsanträge:

- a) Der Verteidigung des Beschuldigten:
(Urk. 27 S. 1; Prot. I S. 23; Urk. 54 S. 1; sinngemäss)

Es sei der Beschuldigte freizusprechen.

Der Beschuldigte sei für 2 Tage Haft sowie die Zeit der Einvernahmen und des Prozesses zu entschädigen.

Dem Beschuldigten sei eine Genugtuung von Fr. 750.– zuzusprechen.

Die Kosten (Gericht/Anwalt) seien auf die Staatskasse zu nehmen.

Eventualiter im Falle eines Schuldspruchs:

Der Beschuldigte sei milde zu bestrafen.

Von der Anordnung einer Landesverweisung sei abzusehen.

- b) Des Vertreters der Staatsanwaltschaft:
(Urk. 55 S. 1; sinngemäss)

1. Es sei ein lebenslängliches Tätigkeitsverbot im Sinne von Art. 67 Abs. 3 lit. b StGB anzuordnen.

2. Bestätigung des Urteils des Bezirksgerichts Zürich, Einzelrichter, vom 25. Mai 2020 betreffend Dispositiv-Ziffern 1-4 sowie Ziffern 6-9.

Erwägungen:

I. Verfahrensgang

1. Zum Verfahrensgang bis zum vorinstanzlichen Urteil kann auf die Erwägungen der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 38 S. 4 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO).
2. Am 26. Mai 2020 erging das eingangs wiedergegebene Urteil des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht (Urk. 29). Das Urteil wurde mündlich eröffnet und begründet sowie im Dispositiv übergeben (Prot. I S. 26).
3. Sowohl der Beschuldigte als auch die Staatsanwaltschaft meldeten mit Eingaben vom 27. Mai 2020 bzw. 3. Juni 2020 gegen das Urteil innert Frist Berufung an (Urk. 33 und 34), worauf ihnen am 31. August bzw. 1. September 2020 das begründete Urteil (Urk. 35; Urk. 38) zugestellt wurde (Urk. 37/1-2). Der Beschuldigte erstattete am 2. September 2020 die Berufungserklärung (Urk. 39). Die Staatsanwaltschaft reichte unter dem Datum vom 2. September 2020 eine erste und unter dem Datum vom 3. September 2020 eine korrigierte zweite Berufungserklärung ein (Urk. 40 und 41). Mit Präsidialverfügung vom 17. September 2020 wurde dem Beschuldigten und der Staatsanwaltschaft je die Berufungserklärung der Gegenseite zugestellt und Frist angesetzt, um zu erklären, ob Anschlussberufung erhoben wird, oder um begründet ein Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen. Der Beschuldigte wurde zudem aufgefordert, dem Gericht das "Datenerfassungsblatt" sowie Unterlagen zu den finanziellen Verhältnissen einzureichen (Urk. 43). Die Staatsanwaltschaft erklärte mit Eingabe vom 20. September 2020, auf Anschlussberufung zu verzichten, und verwies auf die selbständige Berufung (Urk. 45). Der Beschuldigte reichte am 5. Oktober 2020 Unterlagen ein (Urk. 46/1-8). Die Berufungsverhandlung wurde auf den 18. Mai 2021 angesetzt (Urk. 48) und fand in Anwesenheit des Beschuldigten, des amtlichen Verteidigers und des Staatsanwalts statt (Prot. II S. 3).

II. Umfang der Berufung

1. Der Beschuldigte erklärte, "das Urteil im Gesamten" anzufechten, und verwies auf die Anträge vor Vorinstanz (Urk. 39 S. 2).

2.1 Die Staatsanwaltschaft beantragte in der ursprünglichen Berufungserklärung, der Beschuldigte sei mit einer bedingt auszusprechenden Geldstrafe von 150 Tagessätzen à CHF 60.00 (entsprechend CHF 9'000.00) zu bestrafen, unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren (Antrag Ziffern 1 und 2), es sei von der Anordnung eines lebenslänglichen Tätigkeitsverbotes im Sinne von Art. 67 Abs. 3 lit. b StGB abzusehen ("somit Bestätigung Urteil BG Zürich, Einzelrichter, vom 26.05.2020, Dispositiv Ziffer 5"; Antrag Ziffer 3) und im Übrigen (Dispositiv Ziffern 1 sowie 4-9) sei das Urteil der Vorinstanz zu bestätigen (Antrag Ziffer 4; Urk. 40 S. 2). In der korrigierten Berufungserklärung führte die Staatsanwaltschaft aus, es sei ihr beim Verfassen der Berufungserklärung vom Vortag ein "gröberer Fehler" unterlaufen. Sie beantragte neu, es sei ein lebenslängliches Tätigkeitsverbot im Sinne von Art. 67 Abs. 3 lit. b StGB anzuordnen (Antrag Ziffer 1) und das Urteil der Vorinstanz im Übrigen zu bestätigen (Antrag Ziffer 2; Urk. 41).

2.2.1 In Frage steht, ob die Anpassung gemäss Antrag Ziffer 1 der korrigierten Berufungserklärung zulässig ist. In der Präsidialverfügung vom 17. September 2020 wurde erwogen, es handle sich um eine unzulässige Ausweitung der Berufung (Urk. 43). Demgegenüber stellte sich die Staatsanwaltschaft auf den Standpunkt, die Strafprozessordnung sehe nirgends vor, dass Berufungsanträge innert der 20-tägigen Frist von Art. 399 Abs. 2 StPO nicht ergänzt oder geändert werden dürfen (Urk. 45).

2.2.2 Verfahrenshandlungen der Parteien werden generell in Erwirkungshandlungen und Bewirkungshandlungen unterteilt. Erwirkungshandlungen rufen Handlungen anderer Verfahrensbeteiligter hervor. Bewirkungshandlungen bewirken direkt eine Änderung der prozessualen Lage (Schmid/Jositsch, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. A. Zürich/St. Gallen 2017, Rz. 541). Mit Anträgen wird im Sinne von Erwirkungshandlungen die Durchführung behördlicher Prozesshandlungen verlangt; sie sind in der Regel abänderbar und widerrufbar

(Schmid/Jositsch, a.a.O., Rz. 647). Erklärungen im Sinne von Bewirkungshandlungen greifen unmittelbar gestaltend oder verändernd in die Prozesslage ein; sie sind regelmässig unabänderbar und unwiderruflich (Schmid/Jositsch, a.a.O., Rz. 648). Eine solche Erklärung im Sinne einer Bewirkungshandlung liegt etwa vor beim Verzicht auf ein Rechtsmittel oder beim Rückzug eines ergriffenen Rechtsmittels. Gemäss Art. 386 StPO kann, wer berechtigt ist, ein Rechtsmittel zu ergreifen, nach Eröffnung des anfechtbaren Entscheids durch schriftliche oder mündliche Erklärung gegenüber der entscheidenden Behörde auf die Ausübung dieses Rechts verzichten (Abs. 1) oder ein ergriffenes Rechtsmittel bis zu einem bestimmten Zeitpunkt zurückziehen (Abs. 2). Verzicht und Rückzug sind endgültig (Abs. 3 HS 1) und können auch während noch laufender Rechtsmittelfrist nicht widerrufen werden (Schmid/Jositsch, a.a.O., Rz. 1479; ZK StPO-Lieber, Art. 386 N 6; ZK StPO-Cavallo, Art. 437 N 32). Willensmängel sind unbeachtlich, es sei denn, die Partei sei durch Täuschung, eine Straftat oder eine unrichtige behördliche Auskunft zu ihrer Erklärung veranlasst worden (Art. 386 Abs. 3 HS 2 StPO; Schmid/Jositsch, a.a.O., Rz. 1479).

Bei der Berufung hat die Partei, die Berufung angemeldet hat, dem Berufungsgericht innert 20 Tagen seit der Zustellung des begründeten Urteils eine schriftliche Berufungserklärung einzureichen und darin unter anderem anzugeben, ob sie das Urteil vollumfänglich oder nur in Teilen anfechtet und welche Abänderungen des erstinstanzlichen Urteils sie verlangt (Art. 399 Abs. 3 lit. a und b StPO). Wer nur Teile des Urteils anfechtet, hat in der Berufungserklärung verbindlich anzugeben, auf welche Teile sich die Berufung beschränkt (Art. 399 Abs. 4 StPO). Eine solche Beschränkung der Berufung in der Berufungserklärung entspricht einem teilweisen Verzicht, eine zu einem späteren Zeitpunkt erfolgende Beschränkung einem teilweisen Rückzug des Rechtsmittels nach Art. 386 StPO (vgl. Schmid/Jositsch, a.a.O., Rz. 1547; ZK StPO-Cavallo, Art. 437 N 27a). Wenn aus der Berufungserklärung nicht eindeutig hervorgeht, ob das erstinstanzliche Urteil ganz oder nur in Teilen angefochten wird, so ist der Partei eine Frist anzusetzen, um ihre Erklärung zu verdeutlichen (Art. 400 Abs. 1 StPO).

2.2.3 Vorliegend hat die Staatsanwaltschaft Berufung angemeldet und am 2. September 2020 eine Berufungserklärung eingereicht. Sie verlangte in ihren Anträgen eine gegenüber der Vorinstanz mildere Bestrafung (bedingt auszusprechenden Geldstrafe von 150 Tagessätzen à CHF 60.00 statt bedingte Freiheitsstrafe von 7 Monaten) und im Übrigen die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils, insbesondere das Absehen von der Anordnung eines Tätigkeitsverbots im Sinne von Art. 67 Abs. 3 lit. b StGB (Urk. 40 S. 2). Demgegenüber erklärte sie im gleichen Dokument auf der ersten Seite, dass die Berufung beschränkt werde auf die Bemessung und den Vollzug der Strafe sowie die Anordnung eines lebenslänglichen Tätigkeitsverbots. Damit stimmen die Erklärung der Staatsanwaltschaft auf Seite 1 nicht mit ihren Anträgen auf Seite 2 überein bzw. sie weisen einen Widerspruch auf. Diesfalls wäre der Staatsanwaltschaft aber eine Frist gemäss Art. 400 Abs. 1 StPO anzusetzen gewesen, um ihre Berufungserklärung zu verdeutlichen. Indem die Staatsanwaltschaft mit ihrer korrigierten Berufungserklärung vom 3. September 2020 – welche zudem zeitgleich mit der ersten Berufungserklärung beim Gericht eintraf (Urk. 52/1-2) – ihre Anträge präzisierete, ist die Staatsanwaltschaft dieser Fristansetzung zuvorgekommen. Es ist daher auf die zweite Berufungserklärung vom 3. September 2020 (Urk. 41), welche eine Verdeutlichung der ersten Erklärung darstellt, abzustellen. Entsprechend verlangt die Staatsanwaltschaft mit ihrer Berufung die Anordnung eines lebenslänglichen Tätigkeitsverbots und im Übrigen die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

3. Nach dem Ausgeführten ist festzustellen, dass das Urteil der Vorinstanz bezüglich der Dispositivziffern 6 (Entschädigung amtlicher Verteidiger) und 7 (Kostenfestsetzung) in Rechtskraft erwachsen ist.

III. Sachverhalt

1. Der Anklagevorwurf kann der diesem Urteil angehängten Anklageschrift der Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich entnommen werden (Urk. 9/2).
2. Vorab ist festzuhalten, dass der Einwand der Verteidigung, wonach die Polizei nicht berechtigt sei, auf einer Internetplattform bewusst mit falschen Fakten zu

agieren und dadurch generierte Beweismittel als Früchte des poisoned tree anzusehen seien (Urk. 54 S. 2), nicht verfangt. Bei der verdeckten polizeilichen Beteiligung an der Kommunikation in Chatforen im Internet handelt es sich um eine zulässige verdeckte Fahndung nach Art. 298a StPO (BGE 143 IV 27 E. 4.1-4.4). Vorliegend wurden darüber hinaus auch die Zulässigkeitsvoraussetzungen einer verdeckten Ermittlung erfüllt (vgl. Art. 285a ff. StPO). Insbesondere lag auch eine Bewilligung des Zwangsmassnahmengerichts für diese Operation vor (Urk. 1/1; Urk. 1/2).

3. Wie die Vorinstanz (Urk. 38 S. 6) richtig festhält, stellte der Beschuldigte nicht in Abrede, mit "B.____"/"C.____" Kontakt aufgenommen und mit ihr zunächst über die Applikation "D.____" sowie schliesslich via "WhatsApp" kommuniziert zu haben. Er anerkannte weiter, die in den Chatverläufen gemäss Anklageschrift wiedergegebenen Texte geschrieben und sich gegenüber "B.____"/"C.____" in sexualbezogener Weise geäussert zu haben. Er bestritt auch nicht, am 2. Oktober 2019 um 13.30 Uhr beim Restaurant E.____ erschienen zu sein, um sich mit "B.____"/"C.____" zu treffen und mit ihr sexuelle Handlungen vorzunehmen (Prot. I S. 17, 21). Diese Zugaben entsprechen dem übrigen Untersuchungsergebnis.

Der Beschuldigte bestritt hingegen, davon ausgegangen zu sein, dass "B.____"/"C.____" lediglich 14 Jahre alt sei.

4. Anklagebehörde und Vorinstanz bejahen auch dieses subjektive Sachverhaltselement. Sie stützen sich neben den Aussagen des Beschuldigten (Urk. 2/1-3; Prot. I S. 16 ff.) im Wesentlichen auf die Chatverläufe zwischen dem Beschuldigten (mit dem Pseudonym "F.____") und "B.____"/"C.____" auf der Internetplattform "D.____" und auf "WhatsApp" (Urk. 1/3). Die Vorinstanz hat die allgemeinen Beweiswürdigungsregeln dargelegt (Urk. 38 S. 7) sowie die Aussagen des Beschuldigten und die Chatverläufe wiedergegeben und gewürdigt (Urk. 38 S. 7 ff.). Auf diese eingehenden und überzeugenden Erwägungen kann verwiesen werden. Im Folgenden sind lediglich die wesentlichen Punkte hervorzuheben und vereinzelt zu ergänzen.

5.1 Der Beschuldigte stellte sich während der ganzen Untersuchung, in der Hauptverhandlung vor Vorinstanz sowie anlässlich der heutigen Befragung in der Berufungsverhandlung auf den Standpunkt, gedacht zu haben, "B._____" / "C._____" sei 18 Jahre alt; so habe es in ihrem "D._____"-Profil gestanden (Urk. 2/1 S. 2; Urk. 2/2 S. 7; Urk. 2/3 S. 12; Prot. I S. 17; Prot. II S. 16). Er gehe davon aus, dass man seine Daten angeben müsse, wenn man sich auf einer Plattform für Erwachsene anmelde, und dass sich auf dieser auch tatsächlich Erwachsene präsentierten (Prot. I S. 18). Der Verteidiger des Beschuldigten verwies diesbezüglich auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der G.____ GmbH, der Anbieterin von "D._____" (Urk. 27 S. 2 m.H.a. Urk. 28). Nach diesen Bestimmungen richte sich das Angebot ausschliesslich an Personen, die das sechzehnte Altersjahr vollendet haben, und die Nutzer müssten garantieren, dass ihre Angaben der Wahrheit entsprächen und das Profilbild sie selbst abbilde. Der Beschuldigte habe damit nicht annehmen müssen, "B._____" könnte noch im Schutzalter stehen (Urk. 27 S. 2 f.).

5.2 Es ist allgemein bekannt, dass viele Nutzer von Social-Media-Plattformen sich auf diesen anonym bewegen und die Angaben ihrer "Profile" nicht den Tatsachen entsprechen. Dies dürfte auch dem Beschuldigten klar gewesen sein. Der Beschuldigte gab zudem selbst an, über eine andere Plattform mit einem 16-jährigen Mädchen gechattet zu haben (Urk. 2/2 S. 6). Es musste ihm also bewusst sein, dass solche Chatplattformen nicht nur von erwachsenen Personen genutzt werden. Das konkrete Profilbild von "B._____" 18" auf der Plattform "D._____" zeigt sodann ein kindhaft wirkendes Mädchen (Urk. 1/3 S. 1), das nicht wie eine 18-jährige junge Frau erscheint. Jedenfalls ist auch dem Beschuldigten aufgefallen, dass "B._____" noch sehr jung war, kam er doch nach einer ersten Kontaktnahme sehr schnell auf das junge Alter zu sprechen (Urk. 1/3): Am 12. September 2019, 18.35 Uhr, sandte der Beschuldigte ("F._____") eine erste Textnachricht an "B._____" ("hallo, du bist zweifellos die attraktivste und sexy frau auf dieser seite, ich liebe deinen frechen und unschuldigen blick"). Nachdem "B._____" mit "dankeee" geantwortet hatte, schrieb der Beschuldigte am 13. September 2019, 12.16 Uhr: "Oi. Bitte. Ich weiss, du bist ein Traum, du bist so jung, aber du bist so schön, so schön", und am 19. September 2019, 17.53 Uhr: "Hallo

Prinzessin, du siehst so jung aus, bist du noch Jungfrau? Ich will dich nicht beleidigen". "B._____" antwortete: "Ich bin 14i", worauf der Beschuldigte erwiderte: "Oi. Ok. Du hast einen Frauenkörper und bist wunderschön. Ich wünsche dir, aber du bist so jung."

Der Beschuldigte hatte damit den Umstand, dass "B._____" sehr jung erschien, von sich aus angesprochen und die eindeutige Antwort erhalten, sie sei 14 Jahre alt. An dieser Antwort kann nichts missverstanden werden, und die Reaktion des Beschuldigten zeigt deutlich, dass er sie auch tatsächlich richtig verstanden hat. Alles, was er dagegen vorbringt, ist nicht glaubhaft. Die Vorinstanz hat richtig auf die widersprüchlichen und unplausiblen Ausführungen des Beschuldigten hingewiesen (vgl. Urk. 38 S. 8 ff., 10). Es ist weder nachvollziehbar, dass dem Beschuldigten der Altershinweis entgangen sein soll (so Urk. 2/1 S. 3), noch dass er verstanden haben will, "B._____" sei seit 14 Jahren in der Schweiz (so Urk. 2/1 S. 3; Urk. 2/2 S. 5) oder besuche seit 14 Jahren die Schule (so Urk. 2/1 S. 4; Urk. 2/3 S. 12; Prot. I S. 18; Prot. II S. 18). Soweit der Beschuldigte auf seine fehlenden Deutschkenntnisse verweist und ausführt, beim Chat die Hilfe des Google-Übersetzers in Anspruch genommen zu haben (Urk. 2/1 S. 5; Urk. 2/2 S. 3; Prot. I S. 19), hält die Vorinstanz zu Recht fest, dass der Google-Übersetzer den Satz "ich bin 14i" korrekt ins portugiesische "eu tenho 14 anos" übersetzt (Urk. 38 S. 10).

5.3 Unmissverständlich ist auch der weitere Chatverlauf: Am 21. September 2019, 06.31 Uhr, meldete sich der Beschuldigte mit folgender Nachricht: "Ich möchte mit dir zusammen sein, ich möchte dir diesen Körper küssen, aber es muss geheim sein, du bist sehr jung". Nachdem "B._____" auf eine Mitteilung des Beschuldigten ("hallo wo wohnst du. wann kannst du") nicht reagiert hatte, erkundigte sich der Beschuldigte am 23. September 2019, 08.26 Uhr: "Guete morge princess. Hallo. Du hast Angst, magst du Sex nicht?". "B._____" quittierte mit: "Ich bin zu jung für dich". Der Beschuldigte textete darauf hin: "Du hast recht, tut mir leid, wenn ich dich beleidigt habe. Du hast recht, aber du bist so schön. Du hast Angst, ich verstehe. Küss. du bist schon Frau, jung aber frau [...] hallo ich will bei dir sein du bist nichts junges für mich sag ja. Wir machen nur Oralsex, Sie Angst

haben [...] (Urk. 1/3 S. 1-5). Ab 24. September 2019 wurde die Konversation auf WhatsApp verlagert. "B. _____" chattete nun als "C. _____". Am 30. September 2019 ging es in Dutzenden von Nachrichten um das Planen eines Treffens. "C. _____" erklärte unter anderem, es sei nur am Mittwoch möglich; am Wochenende lasse ihre Mutter sie nicht raus (15.23, 17.50 Uhr). Am späten Abend schrieb der Beschuldigte: "Sie haben nur 14, nein" (20.59 Uhr) und "Du bist kleiner" (21.56 Uhr). Auf Nachfrage was er damit meint ("ich komme nicht draus. was willst du mir sagen???"), erklärte er am nächsten Morgen: "Hallo, ich denke du willst mich verhaftet sehen [...] du wirst nicht die polizei rufen???" (1. Oktober, 05.57, 06.30 Uhr). Am 1. Oktober, 13.29 Uhr, schrieb der Beschuldigte: "Es wird ein Problem sein, ein Hotel zu bekommen, Sie sind sehr jung" (Urk. 1/3).

Auch hier wird klar, dass dem Beschuldigten das vermeintliche Alter von "B. _____"/"C. _____" sehr wohl bewusst war und bei ihm kurz vor dem geplanten Treffen Bedenken aufkamen. "Sie haben nur 14" kann – im vorliegenden Kontext und geäußert durch eine Person portugiesischer Muttersprache, in der "du bist 14 Jahre alt" mit "você tem 14 anos" ausgedrückt wird (tem = hast/haben) – nur bedeuten, dass er das vermeintliche Alter von "B. _____"/"C. _____" ansprach. Unterstrichen wird dies noch, indem der Beschuldigte die Sorge äusserte, "B. _____"/"C. _____" könnte die Polizei rufen bzw. es könnte wegen des Alters schwierig werden, ein Hotelzimmer zu buchen. Dass er damit seine Angst vor einer "Frauen- oder Mädchenmafia", ausgedrückt haben will (vgl. Urk. 2/1 S. 5; Prot. I S. 20), überzeugt nicht (s. dazu Urk. 38 S. 12).

5.4 Festzuhalten ist nach dem Ausgeführten, dass der Beschuldigte davon ausging, "B. _____"/"C. _____" sei lediglich 14 Jahre alt. Der Sachverhalt gemäss Anklage ist damit in objektiver und subjektiver Hinsicht erstellt.

IV. Rechtliche Würdigung

1. Staatsanwaltschaft und Vorinstanz qualifizieren das Verhalten des Beschuldigten als versuchte sexuelle Handlungen mit Kindern im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB.

2.1 Gemäss Art. 187 Ziff. 1 StGB macht sich der sexuellen Handlungen mit Kindern schuldig, wer mit einem Kind unter 16 Jahren eine sexuelle Handlung vornimmt, es zu einer solchen Handlung verleitet oder es in eine sexuelle Handlung einbezieht.

2.2 Führt der Täter, nachdem er mit der Ausführung eines Verbrechens oder eines Vergehens begonnen hat, die strafbare Tätigkeit nicht zu Ende, macht er sich gemäss Art. 22 Abs. 1 StGB des unvollendeten Versuchs strafbar. Ein untauglicher Versuch liegt nach Art. 22 Abs. 2 StGB vor, wenn das Mittel, womit jemand ein Verbrechen oder Vergehen auszuführen versucht, oder der Gegenstand, woran er es auszuführen versucht, derart ist, dass die Tat mit einem solchen Mittel oder an einem solchen Gegenstande überhaupt nicht ausgeführt werden könnte. Beim Versuch erfüllt der Täter sämtliche subjektiven Tatbestandsmerkmale, ohne dass alle objektiven Merkmale verwirklicht wären (BGE 131 IV 100 E. 7.2.1).

Die Abgrenzung zwischen der straflosen Vorbereitung und dem strafbaren Beginn der Tatausführung ist schwierig. Auf der einen Seite steht fest, dass der blosser Entschluss, eine strafbare Handlung zu begehen, für sich allein straflos bleibt, solange er nicht in Handlungen umgesetzt wird. Andererseits ist die Schwelle zum Versuch jedenfalls dann überschritten, wenn der Täter mit Tatentschluss ein objektives Tatbestandsmerkmal erfüllt hat. Zur Ausführung der Tat im Sinne von Art. 22 Abs. 1 StGB gehört dabei jede Tätigkeit, die nach dem Plan, den sich der Täter gemacht hat, auf dem Weg zur Tatbestandsverwirklichung den letzten entscheidenden Schritt darstellt, von dem es in der Regel kein Zurück mehr gibt, es sei denn wegen äusserer Umstände, die eine Weiterverfolgung der Absicht erschweren oder verunmöglichen. Erforderlich für die Annahme des unmittelbaren Ansatzens zur Tatbestandsverwirklichung ist ein sowohl in räumlich/örtlicher als auch in zeitlicher Hinsicht tatnahes Verhalten (BGE 131 IV 100 E. 7.2.1).

2.3 Der Beschuldigte stellte in den Chats mit der vermeintlich 14-jährigen "B.____"/"C.____" von Beginn weg einen Sexualbezug her und arbeitete auf ein Treffen hin. Er brachte deutlich zum Ausdruck, dass er entschlossen war, mit ihr sexuelle Handlungen vorzunehmen, insbesondere Oralverkehr mit ihr zu voll-

ziehen und ihr die Jungfräulichkeit zu nehmen. "B._____" / "C._____" gab dem Beschuldigten ihrerseits zu verstehen, mit der Vornahme der sexuellen Handlungen und einem Treffen einverstanden zu sein. Die Einwilligung von "B._____" / "C._____" und den Willen, es "nicht platzen zu lassen", liess sich der Beschuldigte mehrfach bestätigen (vgl. z.B. F._____: "Möchtest du deine Jungfräulichkeit verlieren? sei ehrlich." C._____: "vo mir us ja." F._____: "okee. du meinst es ernst, du wirst nicht scheitern?" C._____: "ja, ich meins ernst." [Urk. 1/3, 30.09.19, 18.04 - 19.55 Uhr] / F._____: "morgen um 2, nicht scheitern." C._____: "ich bin deht." [01.10.19, 07.10 - 07.16 Uhr]). Indem sich der Beschuldigte alsdann tatsächlich am vereinbarten Treffpunkt auf dem Parkplatz des Restaurants "E._____" in Zürich einfand, überschritt er nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Schwelle von der straflosen Vorbereitung zum strafbaren Versuch der sexuellen Handlungen mit Kindern im Sinne von Art. 187 StGB (vgl. BGE 131 IV 100 E. 8.2). Wäre die minderjährige "B._____" / "C._____" nämlich tatsächlich am Treffpunkt erschienen, hätte die Tat nach seinem Plan ungestört ihren Fortgang nehmen können und wäre es unmittelbar zu den beabsichtigten sexuellen Handlungen gekommen. Die beiden hätten sich hierzu bloss noch in die sich vermeintlich gleich unterhalb des Parkplatzes gelegene Wohnung des Mädchens begeben müssen (vgl. F._____: "Kannst du kein Zimmer bekommen?" C._____: "bei mir. Meine Mutter arbeitet im Spital bis 23.00". F._____: "Ok" C._____: "ich wohne gleich bei Restaurant E._____" F._____: "In deinem Haus kannst du nicht?" C._____: "Doch scho. du kannst auf Parkplatz parkieren und ich komme dich abholen." [Urk. 1/3, 01.10.19, 13.32 - 13.34] / C._____: "weisst du ich wohne gleich unterhalb des parkplatzes an der H._____-Strasse" [02.10.19, 12.33]). Neben dem Tatplan standen damit auch der genaue Tatort (Wohnung von "B._____" / "C._____") und die Tatzeit (Mittwochnachmittag nach dem Eintreffen) fest. Die erforderliche Tatnähe, d.h. der enge örtliche und zeitliche Zusammenhang zur Tatbestandserfüllung, ist gegeben (BGE 131 IV 100 E. 8.2; BGer 6B_506/2019 vom 27. August 2019 E. 2.4). Der Erfolg hat sich nur aufgrund des Umstands nicht verwirklicht, dass die 14-jährige "B._____" / "C._____" in Tat und Wahrheit ein verdeckter Fahnder der Polizei war.

2.4 Der Beschuldigte hat sich der versuchten sexuellen Handlungen mit Kindern im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB schuldig gemacht. Rechtfertigungs- oder Schuldausschlussgründe liegen keine vor.

V. Strafzumessung

1. Ausgangslage

Die Vorinstanz verurteilte den Beschuldigten zu einer Freiheitsstrafe von 7 Monaten bedingt, bei einer Probezeit von zwei Jahren. Der Verteidiger verlangt für den Eventualfall eines Schuldspruchs eine "milde Bestrafung". Die Staatsanwaltschaft beantragt die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

2. Strafzumessungsregeln

Die allgemeinen Regeln und Kriterien der Strafzumessung wurden im vorinstanzlichen Urteil unter Hinweis auf Lehre und Rechtsprechung korrekt wiedergegeben (Urk. 38 S. 15 ff.). Dies braucht nicht wiederholt zu werden.

3. Strafraumen

Auch der massgebliche Strafraumen für sexuelle Handlungen mit Kindern im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 StGB wurde durch die Vorinstanz korrekt abgesteckt (Urk. 38 S. 22 f.). Die Tat ist bedroht mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe. Aussergewöhnliche Umstände, die ein Über- oder Unterschreiten des ordentlichen Strafraumens rechtfertigen würden, bestehen nicht.

4. Tatschwere

4.1 Vorab ist zu bemerken, dass bei der Strafzumessung, auch wenn nur eine versuchte Begehung vorliegt, zunächst hypothetisch vom vollendeten Delikt auszugehen und die Strafe in einem zweiten Schritt aufgrund des Versuchs zu mildern ist (vgl. Mathys, Leitfaden zur Strafzumessung, 2. A. Basel 2019, Rz. 121, 299).

Der Tatbestand der sexuellen Handlungen mit Kindern schützt das hohe Rechtsgut der ungestörten sexuellen Entwicklung von Personen unter 16 Jahren. Der Beschuldigte hat "B._____" / "C._____" auf "D._____" kontaktiert, die Chat-Gespräche rasch auf sexualbezogene Inhalte gelenkt und auf ein Treffen hingewirkt, um mit "B._____" / "C._____" sexuelle Handlungen vorzunehmen, insbesondere Oralverkehr mit ihr zu vollziehen und ihr die Jungfräulichkeit zu nehmen. "B._____" / "C._____" hat in das Treffen eingewilligt und ihre Zustimmung namentlich zur beabsichtigten Entjungferung ausgedrückt (vgl. z.B. Urk. 1/3, 30.09.19, ab 18.04 Uhr). "B._____" / "C._____" befand sich zudem – relativ betrachtet – mit 14 Jahre eher im oberen Bereich des Schutzalters. Auf der anderen Seite ist mit der Vorinstanz zu berücksichtigen, dass zwischen dem Beschuldigten und dem vermeintlichen Opfer ein erheblicher Altersunterschied von rund 30 Jahren bestand. Dieser Umstand fällt mit Blick auf das durch den Tatbestand geschützte Rechtsgut stark ins Gewicht. "B._____" / "C._____" brachte im Chatverkehr auch deutlich fehlende sexuelle Erfahrung zum Ausdruck (vgl. etwa Urk. 1/3, 26.09.19, 19.18 Uhr; 30.09.19, 11.21, 13.21-13.31 Uhr). Erschwerend fällt sodann vor allem ins Gewicht, dass es zur Penetration und damit zu gravierenden sexuellen Handlungen hätte kommen sollen (vgl. Scheidegger, Das Sexualstrafrecht der Schweiz – Grundlagen und Reformbedarf, Bern 2018, Rz. 227). Die objektive Tatschwere des hypothetisch vollendeten Delikts ist im breiten Spektrum aller denkbaren sexuellen Handlungen mit Kindern mit der Vorinstanz als nicht mehr leicht zu bezeichnen. Angemessen erscheint eine Einsatzstrafe von rund 12 Monaten.

4.2 Der Beschuldigte handelte mit direktem Vorsatz. Er wusste um das Alter von "B._____" / "C._____" und wollte (dennoch) sexuelle Handlungen mit ihr vornehmen. Dabei ging es ihm einzig um die Befriedigung seiner sexuellen Bedürfnisse. Anhaltspunkte für eine verminderte Schuldfähigkeit bestehen nicht. Die objektive Tatschwere wird durch die subjektiven Komponenten nicht relativiert.

4.3 Strafmindernd zu berücksichtigen ist, dass es bei der versuchten Tatbegehung geblieben ist. Wie die Vorinstanz richtig hervorgehoben hat, kehrte der Beschuldigte allerdings alles vor, um mit "B._____" / "C._____" sexuelle Handlungen vorzunehmen und lag es nicht in seinem Einflussbereich, dass es sich beim ver-

meintlichen Opfer nicht um ein 14-jähriges Mädchen, sondern um einen verdeckt agierenden Angehörigen der Polizei handelte. Angemessen erscheint damit eine bloss leichte Reduktion der Einsatzstrafe um zwei Monate auf 10 Monate.

5. Täterkomponente

5.1 Zum Vorleben und zu den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten kann auf die Ausführungen der Vorinstanz (Urk. 38 S. 17 ff.) verwiesen werden (s.a. Urk. 42). Aus ihnen ergeben sich keine Besonderheiten, aus welchen sich strafmassrelevante Faktoren ableiten lassen.

5.2 In sehr leichtem Masse strafmindernd ist das Geständnis des Beschuldigten hinsichtlich des äusseren Sachverhalts zu berücksichtigen, wobei die Beweislage freilich von Beginn weg erdrückend war. Nicht geständig ist der Beschuldigte in subjektiver Hinsicht bezüglich des zentralen Elements des Schutzalters.

5.3 Mit der Vorinstanz ist auch der Umstand, dass ein verdeckter Fahnder mitwirkte, geringfügig strafmindernd berücksichtigen (vgl. BGE 124 IV 34 E. 3/b).

6. Fazit

Insgesamt erschiene eine Strafe im Bereich von 8 Monaten Freiheitsstrafe angemessen. Die von der Vorinstanz ausgesprochene Freiheitsstrafe von 7 Monaten ist angesichts des Verschlechterungsverbots zu bestätigen. Der Anrechnung von zwei Tagen Haft steht nichts entgegen (Art. 51 StGB).

VI. Vollzug

Die Vorinstanz hat den bedingten Vollzug bei einer Probezeit von zwei Jahren angeordnet. Dies ist zu bestätigen. Auf die Erwägungen der Vorinstanz (Urk. 38 S. 19 f.) kann verwiesen werden.

VII. Tätigkeitsverbot

1. Zu den rechtlichen Grundlagen für die Verhängung eines Tätigkeitsverbot gemäss Art. 67 Abs. 3 StGB sowie zu den Voraussetzungen für die Anwendung der Ausnahmebestimmung gemäss Art. 67 Abs. 4^{bis} StGB hat die Vorinstanz bereits Ausführungen gemacht, auf die verwiesen werden kann (Urk.38 S. 24 f.). Hervorzuheben ist, dass die Ausnahmebestimmung eng ausgestaltet ist und von ihrem Anwendungsbereich Fälle umfasst sind, die Bagatelldarstellung aufweisen. Als besonders leichte Fälle können beispielsweise sexuelle Belästigung oder Exhibitionismus in Betracht kommen. Auch ein Sexualdelikt, das einer höheren Strafandrohung unterliegt, kann in den Anwendungsbereich fallen, wenn das Verschulden des Täters als besonders gering eingestuft und eine milde Strafe ausgesprochen wird, beispielsweise wenn eine 20-jährige Person im Rahmen einer Liebesbeziehung mit einer 15-jährigen Person einvernehmlich sexuelle Kontakte hat (vgl. BBI 2016 6161 f.).

2. Der Beschuldigte ist wegen einer Katalogtat gemäss Art. 67 Abs. 3 lit. b StGB zu verurteilen. Ein Tätigkeitsverbot ist demnach zwingend auszusprechen, sofern nicht die Ausnahmebestimmung greift. Es wurde bereits ausgeführt, dass es zwischen dem Beschuldigten und dem vermeintlich 14-jährigen Mädchen zu gravierenden sexuellen Handlungen hätte kommen sollen. Ebenfalls fällt ins Gewicht, dass ein grosser Altersunterschied zwischen dem Beschuldigten und dem vermeintlichen Opfer bestand und das Verschulden als nicht mehr leicht taxiert wurde. Vor diesem Hintergrund kann der Tat kein Bagatelldarstellung zugesprochen werden und die Anwendung von Art. 66 Abs. 4^{bis} StGB fällt ausser Betracht. Es ist daher ein lebenslangliches Tätigkeitsverbot auszusprechen.

VIII. Landesverweisung

1. Die Vorinstanz hat den Beschuldigten in Übereinstimmung mit dem Antrag der Staatsanwaltschaft für fünf Jahre des Landes verwiesen. Der Beschuldigte beantragt, es sei von einer Landesverweisung abzusehen (Urk. 39 S. 2). Vor Vorinstanz liess er ausführen, es könne (im Sinne der Empfehlungen der Schweizer-

rischen Staatsanwälte-Konferenz für nicht vorbestrafte Täter mit einer B- oder C-Bewilligung und bei Strafen von unter 6 Monaten) von einem "Härte- bzw. Bagatellfall" gesprochen werden (Urk. 27 S. 8).

2.1 Betreffend die allgemeinen Voraussetzungen der obligatorischen Landesverweisung und das Vorliegen einer Katalogtat (sexuelle Handlungen mit Kindern gemäss Art. 187 Ziff. 1 StGB) kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 38 S. 20 f.). Die Vorinstanz prüfte alsdann das Vorliegen eines Härtefalles i.S.v. Art. 66a Abs. 2 StGB und verneinte diesen (Urk. 38 S. 21 ff.). Auch auf diese Ausführungen kann vorab zwecks Vermeidung unnötiger Wiederholungen verwiesen werden. Sie sind allerdings teilweise zu vertiefen und zu ergänzen.

2.2 Das Gericht verweist den Ausländer, der wegen einer Katalogtat verurteilt wird, unabhängig von der Höhe der Strafe für 5-15 Jahre aus der Schweiz (Art. 66a Abs. 1 StGB). Die Landesverweisung muss bei sämtlichen Täterschafts- und Teilnahmeformen sowie bei der versuchten Begehung ausgesprochen werden, wobei irrelevant bleibt, ob der Ausländer zu einer bedingten Strafe verurteilt und ob der Vollzug der Strafe bedingt oder teilbedingt aufgeschoben wird (BGer 6B_627/2018 vom 22. März 2019 E. 1.3.4). Von der Anordnung kann nach dem Wortlaut des Gesetzes nur "ausnahmsweise" abgesehen werden, wenn sie kumulativ (1) einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde und (2) die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen (Art. 66a Abs. 2 StGB). Die Härtefallklausel dient der Umsetzung des verfassungsmässigen Verhältnismässigkeitsprinzips (BGE 145 IV 364 E. 3.2). Sie ist restriktiv anzuwenden (BGE 144 IV 332 E. 3.3.1; BGE 146 IV 105 E. 3.4.2). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung lässt sich zur kriteriengeleiteten Prüfung des Härtefalls im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB der Kriterienkatalog der Bestimmung über den "schwerwiegenden persönlichen Härtefall" in Art. 31 Abs. 1 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE; SR 142.201) heranziehen (BGE 144 IV 332 E. 3.3.2; BGer 6B_1299/2019 vom 28. Januar 2020 E. 3.3).

Ein Härtefall lässt sich erst bei einem Eingriff von einer gewissen Tragweite in den Anspruch des Ausländers auf das in Art. 13 BV bzw. Art. 8 EMRK gewährleistete Privat- und Familienleben annehmen (BGer 6B_378/2018 vom 22. Mai 2019 E. 2.2). Soweit ein Anspruch aus Art. 8 EMRK in Betracht fällt, ist die Rechtsprechung des EGMR zu beachten. Die Staaten sind nach dieser Rechtsprechung berechtigt, Delinquenten auszuweisen. Berührt die Ausweisung indes die Gewährleistungen von Art. 8 Ziff. 1 EMRK, ist der Eingriff nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK zu rechtfertigen (Urteil in Sachen I.M. c. Suisse vom 9. April 2019, Verfahren 23887/16, Ziff. 68). Die nationalen Instanzen haben sich von den im Urteil Üner c. Niederlande vom 18. Oktober 2006 (Verfahren 46410/99) resümierten Kriterien leiten zu lassen (Natur und Schwere der Straftat; Dauer des Aufenthalts; seit der Straftat abgelaufene Zeit und Verhalten während dieser Zeit; Nationalität der betroffenen Personen; familiäre Situation, Dauer einer Ehe und andere Umstände, die ein tatsächliches Familienleben bezeugen; ob der Ehepartner bei der Familiengründung von der Straftat Kenntnis hatte; ob in der Ehe Kinder geboren wurden und deren Alter; die Schwere der vom Ehepartner im Zielland anzutreffenden Schwierigkeiten; das Interesse und das Wohl der Kinder, insbesondere die Schwere der von den Kindern im Zielland anzutreffenden Schwierigkeiten; Solidität der sozialen, kulturellen und familiären Bindungen mit dem Gastland und dem Zielland; besondere Umstände des Einzelfalls; dazu BGer 6B_48/2019 vom 9. August 2019 E. 2.5). Keines der Kriterien ist für sich allein ausschlaggebend; erforderlich ist eine Würdigung der gesamten Umstände im Einzelfall (vgl. BGer 6B_1070/2018 vom 14. August 2019 E. 6.3.3).

Der Härtefall im Sinne des Art. 66a Abs. 2 StGB muss grundsätzlich die verurteilte Person persönlich betreffen. Härtefallbegründende Aspekte bei Dritten sind zu berücksichtigen, wenn sie sich auf den Beschuldigten auswirken, was namentlich bei einem schweren persönlichen Härtefall für die Kinder oder die Ehefrau zutreffen kann (vgl. BGer 6B_1033/2019 vom 4. Dezember 2019 E. 6.6.1; BGE 145 IV 161 E. 3.3 f., publ. in Pra 11/2019 S. 1256). Ausländische minderjährige Kinder teilen schon aus familienrechtlichen Gründen regelmässig das ausländerrechtliche Schicksal der Eltern und haben das Land gegebenenfalls mit diesen zu verlassen; für Kinder im anpassungsfähigen Alter ist der Umzug in das Heimatland

zumutbar (BGE 143 I 21 E. 5.4; BGer 2C_234/2019 vom 14. Oktober 2019 E. 4.3.2). Art. 8 EMRK gewährleistet grundsätzlich weder ein Recht auf Einreise oder Aufenthalt in einem bestimmten Staat noch auf Wahl des für das Familienleben am geeignetsten erscheinenden Orts (BGer 2C_458/2019 vom 27. September 2019 E. 5.2). Verbleibt der Rest der Familie in der Schweiz, lässt sich die familiäre Beziehung in einem gewissen Masse über moderne Kommunikationsmittel und allenfalls über bewilligungsfähige Kurzaufenthalte pflegen (BGE 143 I 21 E. 5.3 S. 28; BGer 2C_221/2019 vom 25. Juli 2019 E. 3.2; 6B_680/2018 vom 19. September 2018 E. 1.5).

2.3.1 Der heute 46 Jahre alte Beschuldigte ist portugiesischer Staatsangehöriger. Er ist in Frankreich und Portugal aufgewachsen. In die Schweiz reiste er 2013 – mit 39 Jahren – ein, wo er mit seiner ebenfalls aus Portugal stammenden Ehefrau und seinen beiden minderjährigen, schulpflichtigen Kindern (16-jähriger Sohn und 9-jährige Tochter; Prot. I S. 11; Prot. II S. 11) lebt. Der Beschuldigte verfügt über die Aufenthaltsbewilligung B und ist beruflich als Lastwagenchauffeur tätig. Seine Frau arbeitet als Reinigungskraft. Der Beschuldigte spricht portugiesisch und nur rudimentär deutsch. In der Schweiz hat er keine Verwandten. Praktisch seine ganze Verwandtschaft wohnt in Portugal. In Portugal verfügt er zudem über eine eigene Liegenschaft und er plant, nach der Pensionierung in seinen Heimatstaat zurückzukehren (zum Ganzen Urk. 38 S. 17 f., 22; Prot. I S. 9 ff.; Prot. II S. 10 f.).

2.3.2 Der Beschuldigte ist damit erst im mittleren Alter in die Schweiz gezogen und seit sieben Jahren hierorts wohnhaft. Er spricht kaum Deutsch und verfügt in der Schweiz (abgesehen von seiner hier mit ihm wohnhaften Kernfamilie) nicht über besonders intensive soziale Beziehungen. Die Vorinstanz führt richtig aus, dass es dem Beschuldigten auf der einen Seite nicht gelungen scheint, sich ausserhalb der portugiesischen Gemeinschaft in der Schweiz sozial und kulturell zu integrieren, während auf der anderen Seite davon auszugehen ist, dass er in Portugal durchaus (wieder) Fuss fassen kann (Urk. 38 S. 22). Dass die Wirtschaftslage in Portugal tendenziell schwieriger ist als in der Schweiz, ist unerheblich (vgl. BGer 6B_1299/2019 vom 28. Januar 2020 E. 3.4.2). Auch für die portugiesische Ehefrau erscheint eine Rückkehr nach Portugal relativ problemlos möglich und

zumutbar, wobei die Ehefrau und die Kinder dem Beschuldigten gemäss seinen Aussagen bei Aussprechung einer Landesverweisung nach Portugal folgen würden (Prot. II S. 14).

2.3.3 Während härtefallbegründende Aspekte beim Beschuldigten und seiner Ehefrau nicht auszumachen sind, ist die Situation der Kinder weniger eindeutig. Der Sohn hat seine Schulzeit in der Schweiz verbracht und möchte im Sommer eine Lehre als Elektriker beginnen (Prot. II S. 11). Die Tochter war noch sehr klein, als sie von Portugal in die Schweiz zogen. Für sie beide würde ein Umzug eine durchaus einschneidende Veränderung bedeuten. Schwerwiegende Konsequenzen hätte eine Rückkehr nach Portugal allerdings nicht. Auch bei Kindern, deren Eltern freiwillig das Land verlassen, führt die Ausreise zu einer erheblichen Umstellung der Lebensgewohnheiten (vgl. BGer 6B_1033/2019 vom 4. Dezember 2019 E. 6.3.2), ohne dass eine Gefährdung des Kindeswohls anzunehmen wäre. Vorliegend stammen beide Elternteile aus Portugal und sprechen portugiesisch, so dass die Kinder mit dem Heimatland nicht unvertraut sind. In Portugal ist grundsätzlich ebenfalls eine angemessene schulische und berufliche Ausbildung gewährleistet. Sollten die (hierorts ebenfalls berufstätige) Ehefrau und die Kinder dem Beschuldigten doch nicht nach Portugal folgen, würde der persönliche Kontakt zwar schwerer fallen, wäre jedoch über die modernen Kommunikationsmittel und allenfalls im Rahmen von Kurzaufenthalten und Ferienbesuchen in Portugal möglich (vgl. BGer 6B_300/2020 vom 21. August 2020 E. 3.4.5).

2.4 Festzuhalten ist zusammenfassend und mit Blick auf den massgeblichen Kriterienkatalog (E. 2.2) Folgendes: Der Beschuldigte hat sich der versuchten sexuellen Handlungen mit Kindern schuldig gemacht, wobei es sich bei der sexuellen Integrität von Kindern um ein hohes Rechtsgut handelt (s.a. sogleich E. 3.2 f.). Seit der Tat ist noch nicht viel Zeit verstrichen (Tatzeitpunkt 2. Oktober 2019). Der Beschuldigte ist erst seit sieben Jahren in der Schweiz wohnhaft und hier sozial wenig verwurzelt. In Portugal wird er relativ problemlos wieder Fuss fassen können. Gleiches gilt für seine ebenfalls aus Portugal stammende Ehefrau. Einzig mit Bezug auf seine ebenfalls hier lebenden Kinder, insbesondere für den 16-jährigen Sohn, bewirkt eine Landesverweisung eine gewisse Härte. Ein schwerer persönli-

cher Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB liegt aber nicht vor. Damit ist eine Verhältnismässigkeitsprüfung nicht mehr vorzunehmen.

3.1. Angesichts der Staatsangehörigkeit des Beschuldigten und der Mitgliedschaft von Portugal in der EU stellt sich die Frage, ob das Freizügigkeitsabkommen vom 21. Juni 1999 (FZA; SR 01.142.112.681) einer Landesverweisung entgegensteht.

3.2 Das FZA gibt Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der EU und der Schweiz u.a. das Recht auf Verbleib im Hoheitsgebiet der Vertragsparteien (Art. 1 lit. a). Nach Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA dürfen die im Abkommen eingeräumten Rechte nur durch Massnahmen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind, eingeschränkt werden. Die Landesverweisung nach Art. 66a ff. StGB ist als Institut des Strafrechts und nach der Intention des Verfassungs- und Gesetzgebers primär als sichernde Massnahme zu verstehen (BGer 6B_75/2020 vom 19. Januar 2021 E. 2.5.1 m.H.).

Ob die öffentliche Ordnung und Sicherheit durch einen Täter (weiterhin) gefährdet ist, folgt aus einer Prognose des künftigen Wohlverhaltens. Es ist nach Art und Ausmass der möglichen Rechtsgüterverletzung zu differenzieren: Je schwerer die Gefährdung, desto niedriger die Anforderungen an die in Kauf zu nehmende Rückfallgefahr. Ein geringes, aber tatsächlich vorhandenes Rückfallrisiko kann für eine aufenthaltsbeendende Massnahme im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA genügen, sofern dieses Risiko eine schwere Verletzung hoher Rechtsgüter wie z.B. die körperliche Unversehrtheit beschlägt (BGE 145 IV 364 E. 3.5.2; BGer 6B_75/2020 vom 19. Januar 2021 E. 2.5.1).

3.3 Der Beschuldigte ist Ersttäter und es bestand bzw. besteht entsprechend kein Grund, ihm mit Blick auf Art. 42 StGB eine ungünstige Prognose zu stellen (dazu vorne E. VI; Urk. 38 S. 19 f.). Allerdings handelt es sich bei der sexuellen Integrität Minderjähriger um ein hohes Rechtsgut im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, so dass auch ein geringes (aber tatsächlich vorhandenes) Rückfallrisiko nicht in Kauf zu nehmen ist. Ein solches zumindest geringes Rück-

fallrisiko kann beim (nicht geständigen, uneinsichtigen) Beschuldigten nicht verneint werden.

3.4 Das FZA steht einer Landesverweisung vorliegend nicht entgegen.

4. Die Vorinstanz hat eine Landesverweisung in Höhe des gesetzlichen Minimums von fünf Jahren ausgesprochen. Dem ist unter Verweis auf die richtigen Erwägungen der Vorinstanz (Urk. 38 S. 24) sowie angesichts des Verschlechterungsverbots beizupflichten. Im Übrigen hat die Vorinstanz richtig festgehalten, dass von der Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem aufgrund der portugiesischen Staatszugehörigkeit des Beschuldigten abzusehen ist (Urk. 38 S. 24).

IX. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Ausgangsgemäss ist die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung (Dispositiv-Ziffern 6, und 7 zu bestätigen).

2. Im Berufungsverfahren tragen die Parteien die Kosten nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte unterliegt vollumfänglich. Die Kosten des Berufungsverfahrens sind ihm aufzuerlegen.

Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind gestützt auf Art. 426 Abs. 1 StPO auf die Gerichtskasse zu nehmen. Der Beschuldigte ist zu verpflichten, diese Entschädigung an den Staat zurückzuzahlen, sobald es seine wirtschaftlichen Verhältnisse erlauben (vgl. Art. 135 Abs. 4 StPO).

3. Die amtliche Verteidigung des Beschuldigten macht ein Honorar von Fr. 2'197.80 geltend (Urk. 50), was ausgewiesen und angemessen ist. Die amtliche Verteidigung ist daher, unter Berücksichtigung des Aufwands für die Berufungsverhandlung und eine Nachbesprechung, mit insgesamt Fr. 2'750.– zu entschädigen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung - Einzelgericht, vom 26. Mai 2020, bezüglich der Dispositivziffern 6 (Entschädigung amtlicher Verteidiger) und 7 (Kostenfestsetzung) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte ist schuldig der versuchten sexuellen Handlung mit Kindern im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 StGB i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 7 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 2 Tage durch Haft erstanden sind.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt.
4. Dem Beschuldigten wird lebenslänglich jede berufliche und jede organisierte ausserberufliche Tätigkeit, die einen regelmässigen Kontakt zu Minderjährigen umfasst, verboten.
5. Der Beschuldigte wird im Sinne von Art. 66a StGB für 5 Jahre des Landes verwiesen.
6. Die erstinstanzliche Kostenaufgabe (Ziff. 8 und 9) wird bestätigt.
7. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 2'500.- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 2'750.- amtliche Verteidigung
8. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten

der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht bleibt gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten.

9. Schriftliche Mitteilung im Dispositiv an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich
- das Migrationsamt des Kantons Zürich

sowie in vollständiger Ausfertigung an

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

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

- die Vorinstanz
- den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten
- die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit Formular A.

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

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Strafkammer

Zürich, 18. Mai 2021

Die Präsidentin:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichterin lic. iur. Schärer

MLaw Wolter