Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

6B 154/2019

Urteil vom 26. April 2019

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Denys, Präsident,
Bundesrichter Oberholzer, nebenamtliche Bundesrichterin Koch,
Gerichtsschreiberin Rohrer.

Verfahrensbeteiligte
X._____, vertreten durch
Fürsprecher Dr. Urs Oswald,
Beschwerdeführer,

gegen

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Florhofgasse 2, 8090 Zürich,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Verweigerung des bedingten Strafvollzugs (versuchte sexuelle Handlungen mit Kindern usw.),

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Strafkammer, vom 23. November 2018 (SB180258-O/U/jv).

Sachverhalt:

A.
Am 9. März 2018 sprach das Bezirksgericht Zürich X._____ der versuchten sexuellen Handlungen mit Kindern, der mehrfachen Pornographie und des vorsätzlichen Fahrens in fahrunfähigem Zustand schuldig. Es bestrafte ihn mit einer bedingten Freiheitsstrafe von 11 Monaten, bei einer Probezeit von 4 Jahren und unter Anrechnung der ausgestandenen Haft. Den Antrag auf Anordnung eines Tätigkeitsverbots wies das Bezirksgericht Zürich ab.

B.
Auf Berufung der Staatsanwaltschaft erklärte das Obergericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 23. November 2018 die erstinstanzlich ausgefällte Freiheitsstrafe von 11 Monaten für vollziehbar. Weiter ordnete es ein Tätigkeitsverbot für 10 Jahre an und auferlegte X._____ die Kosten des Berufungsverfahrens.

C.
X._____ führt Beschwerde in Strafsachen. Er beantragt, das Urteil des Obergerichts Zürich sei in Ziffer 1 aufzuheben und es sei ihm für die Freiheitsstrafe von 11 Monaten der bedingte Strafvollzug zu gewähren, unter Ansetzung einer Probezeit von 4 Jahren. Weiter sei ihm lediglich die Hälfte der Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen. Die andere Hälfte sei auf die Staatskasse zu nehmen. X._____ ersucht um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung.

Erwägungen:

1.

1.1. Der Beschwerdeführer wendet sich gegen die Verweigerung des vollbedingten Vollzugs der Strafe. Er macht geltend, es sei von einer günstigen Prognose auszugehen. Sein Lehrabschluss wirke sich entgegen der Auffassung der Vorinstanz stabilisierend auf seine persönlichen und beruflichen Verhältnisse aus. Dafür habe er sich angesichts seiner schwierigen Kinder- und

Jugendzeit mit verschiedenen Aufenthalten in Heimen ausserordentlich anstrengen müssen. Seine Bemühungen dürften nicht mit dem Argument verworfen werden, er sei mittlerweile über 30 Jahre alt, weshalb die Stabilisierung der schwierigen persönlichen Verhältnisse zu einem gewissen Grad vorausgesetzt werden dürfe. Auch die Delinquenz während laufender Strafuntersuchung sei dahingehend zu berücksichtigen, dass es eine Person mit seiner Lebensgeschichte besonders schwer habe, nicht rückfällig zu werden und dass es im Zuge der Wandlung zu einzelnen Rückschlägen kommen könne. Schliesslich verfalle die Vorinstanz in Willkür, indem sie einerseits erwäge, seine schwierigen persönlichen Verhältnisse hätten sich stabilisiert, andererseits aber davon ausgehe, dass sich seine berufliche und persönliche Situation weder besonders stabilisierend noch besonders destabilisierend auswirke.

1.2. Die Vorinstanz berücksichtigt bei der Anordnung des unbedingten Strafvollzugs, dass der Beschwerdeführer noch nie zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden ist. Allerdings verfüge er über mehrere Vorstrafen. Die Vorinstanz listet die sieben Eintragungen im Strafregister zwischen dem 29. Juli 2007 und dem 20. September 2018 detailliert auf. Sechs dieser Eintragungen seien einschlägige Delikte gegen das Strassenverkehrsgesetz, weshalb diesbezüglich von einer eigentlichen Unbelehrbarkeit auszugehen sei. Zudem habe der Beschwerdeführer während laufender Strafuntersuchung delinquiert. Lediglich etwas mehr als zwei Monate nach der Schlusseinvernahme im vorliegenden Verfahren sei der Beschwerdeführer am 16. Dezember 2017 wieder straffällig geworden. Zwar habe er bisher noch nie mit einer schwereren Strafe von mehr als 100 Tagessätzen Geldstrafe bestraft werden müssen. Allerdings habe ihn der Vollzug von früheren unbedingt ausgesprochenen Geldstrafen nicht von erneuter Straffälligkeit abgehalten, was sich legalprognostisch ungünstig auswirke. Der Beschwerdeführer habe im Sommer 2018 die Lehre als Zimmermann EFZ abgeschlossen. Dies sei an sich eine positive Veränderung seit der Tat. Er habe den Lehrbetrieb per Ende Juni 2018
verlassen. Ob er derzeit eine Arbeit habe, sei unbekannt. Seinen achtjährigen Sohn sehe er regelmässig. Er verfüge über eine eigene Wohnung, wo er Unterstützung einer befreundeten Familie erhalte. Auch wenn sich die schwierigen Verhältnisse stabilisiert hätten, dürfe dies zu einem gewissen Grad vorausgesetzt werden, da der Beschwerdeführer mittlerweile über 30 Jahre alt sei. Bei einer Gesamtwürdigung werde die strafrechtliche Vorbelastung des Beschwerdeführers nicht durch die übrigen Umstände kompensiert, weshalb nicht vom Fehlen einer ungünstigen Prognose ausgegangen werden könne. Die Freiheitsstrafe sei daher zu vollziehen.

1.3.

1.3.1. Im Rahmen der am 1. Januar 2018 in Kraft getretenen Änderung des Sanktionenrechts wurden Art. 42 und 43 StGB revidiert. Die revidierten Bestimmungen sind für den Beschwerdeführer nicht milder, weshalb das alte Recht zur Anwendung gelangt (vgl. Art. 2 Abs. 2 StGB; Urteil 6B 254/2018 vom 6. September 2018 E. 1.2 mit Hinweisen). Da vorliegend eine Freiheitsstrafe von unter einem Jahr ausgefällt wurde, stellt sich die Frage eines teilbedingten Vollzugs nach aArt. 43 Abs. 1 StGB nicht. Gesetzlich zulässig sind nur der vollbedingte oder der unbedingte Vollzug.

1.3.2. Das Gericht schiebt den Vollzug einer Geldstrafe, von gemeinnütziger Arbeit 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 (aArt. 42 Abs. 1 StGB).
Sind die objektiven Voraussetzungen für einen bedingten Strafvollzug gegeben, hat das Gericht eine Prognose über das zukünftige Verhalten des Täters zu stellen. Dabei setzt der bedingte Strafvollzug nach aArt. 42 Abs. 1 nicht die Erwartung voraus, der Täter werde sich bewähren; 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 (BGE 134 IV 1 E. 4.2.2 S. 6 mit Hinweisen). In die Beurteilung miteinzubeziehen sind neben den Tatumständen 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 135 IV 180 E. 2.1 S. 185 f.; 134 IV 1 E. 4.2.1 S. 5). Einschlägige Vorstrafen sind bei der Prognosestellung erheblich zu gewichten; sie schliessen den bedingten Vollzug aber nicht notwendig aus (BGE 134 IV 1 E. 4.2.3 S. 7; Urteil 6B 235/2018 vom 1. November 2018 E. 2.2).
Dem Richter steht bei der Prüfung der Prognose des künftigen Legalverhaltens ein Ermessensspielraum zu. Das Bundesgericht greift nur ein, wenn das Ermessen über- bzw. unterschritten oder missbraucht und damit Bundesrecht verletzt wird (BGE 144 IV 277 E. 3.1.1 S. 281 mit Hinweis).

1.4. Die Vorinstanz prüft die für die Frage des bedingten Strafvollzugs wesentlichen Kriterien. Es ist nicht ersichtlich, dass sie von rechtlich nicht massgeblichen Gesichtspunkten ausgegangen wäre oder wesentliche Faktoren nicht beachtet hätte.
Hinsichtlich der Strassenverkehrsdelikte bezieht sie in die Prognosestellung mit ein, dass der Beschwerdeführer über zahlreiche Vorstrafen verfügt. Sie unterscheidet zwischen einschlägigen Vorstrafen, welche den Strassenverkehrsbereich betreffen und weiteren Vorstrafen. Am 28. Mai 2017, im Zeitpunkt der vorliegend zur Diskussion stehenden Widerhandlung gegen das Strassenverkehrsgesetz, wies der Beschwerdeführer sechs Vorstrafen auf, wovon vier einschlägig sind und den Jahren 2009 bis 2014 entstammen. Dabei handelt es sich in allen Fällen um Geldstrafen, von denen mehrere unbedingt ausgesprochen und vollzogen worden sind. Diese Vorstrafen zeigen, dass der Beschwerdeführer in den Jahren vor der vorliegend zu beurteilenden Widerhandlung gegen das Strassenverkehrsgesetz mit diesem regelmässig in Konflikt geraten ist.
Zwar sind die entsprechenden Strafen mit bis zu 60 Tagessätzen gemessen an der damals möglichen Anzahl von 360 Tagessätzen Geldstrafe nicht hoch, sondern liegen im untersten Bereich des Strafrahmens. Indessen berücksichtigt die Vorinstanz in korrekter Weise, dass der Beschwerdeführer während des vorliegenden Strafverfahrens im Bereich des Strassenverkehrs erneut straffällig wurde. Diese Straftat hat zu einer unbedingten Geldstrafe von 100 Tagessätzen und zum aktuellsten Strafregistereintrag vom 20. September 2018 geführt und somit hinsichtlich der Strafhöhe eine weitaus erheblichere Strafe nach sich gezogen, als die bisherigen Widerhandlungen gegen das Strassenverkehrsgesetz. Die Vorinstanz schliesst daher in korrekter Würdigung der vorhandenen Beweismittel aus, dass sich die an sich günstige Entwicklung der persönlichen und beruflichen Verhältnisse positiv auf die Delinquenz im Strassenverkehrsbereich ausgewirkt hat. Aufgrund der neuerlichen Straffälligkeit stellt die Vorinstanz dem Beschwerdeführer in Bezug auf diese Deliktskategorie eine schlechte Prognose. In diesen vorinstanzlichen Erwägungen ist entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers kein Widerspruch zu erblicken. Der Beschwerdeführer hat sich trotz seiner
Berufslehre und der damit einhergehenden verbesserten sozialen und persönlichen Rahmenbedingungen nicht von weiteren Straftaten im Strassenverkehrsbereich abhalten lassen, weshalb die Vorinstanz zum Schluss gelangen durfte, dass die gebesserten Verhältnisse keinen (positiven) Einfluss auf die Legalprognose hätten. Dies gilt umso mehr, als im Zeitpunkt des vorinstanzlichen Urteils vom 23. November 2018 ungewiss war, ob die positive berufliche Entwicklung anhält, zumal nicht bekannt ist, ob der Beschwerdeführer nach dem Lehrabschluss bzw. nach dem Verlassen des Lehrbetriebes per 30. Juni 2018 eine Stelle gefunden hat.
Dieselben Überlegungen zur Legalprognose gelten auch in Bezug auf die zu beurteilenden Delikte gegen die sexuelle Integrität. Der Beschwerdeführer wurde in diesem Bereich im September 2016straffällig, d.h. in einem Zeitpunkt, in welchem er die Lehre als Zimmermann, welche er als besonders positiven Umstand ins Feld führt, bereits angetreten hatte. Die Vorinstanz durfte daher davon ausgehen, dass sich die an sich günstige berufliche und persönliche Entwicklung nicht positiv auf die künftige Delinquenz des Beschwerdeführers in diesem Deliktsbereich auswirke. Dies gilt umso mehr, als eine deutliche Steigerung hinsichtlich der Deliktsschwere festzustellen ist, welche weit über das zu erwartende Mass des vom Beschwerdeführer ins Feld geführten "punktuellen Rückschlags" hinausgeht. So schlug der Beschwerdeführer einem vermeintlich 13-jährigen Mädchen auf einer Internetplattform vor, mit ihm geschlechtlich zu verkehren. Als das Kind dies ablehnte, unterbreitete er ihm den Vorschlag andere sexuelle Handlungen vorzunehmen und verabredete sich mit ihm. Beim "Opfer" handelte es sich indes um einen verdeckten Fahnder der Stadtpolizei Zürich. Am Treffpunkt wurde der Beschwerdeführer von der Stadtpolizei Zürich erwartet und verhaftet. In der
Folge konnten beim Beschwerdeführer sieben Abbildungen nackter, minderjähriger Mädchen in sexuell aufreizender Stellung, eine Abbildung eines masturbierenden minderjährigen Knaben sowie eine Gewaltdarstellung einer nackten Frau sichergestellt werden.
Der Beschwerdeführer befand sich nach seiner Festnahme während zwei Tagen in Haft. Damit wurden ihm die Konsequenzen vor Augen geführt, die ein weiteres strafbares Verhalten haben könnte. Ungeachtet dessen beging der Beschwerdeführer während des laufenden Strafverfahrens am 16. Dezember 2017 erneut Strassenverkehrsdelikte, für welche er am 20. September 2018 zu einer unbedingten Geldstrafe von 100 Tagessätzen und zu einer Busse von Fr. 100.- verurteilt wurde. Der Beschwerdeführer hat sich somit weder durch die Vorstrafen, noch durch die ausgestandene Untersuchungshaft, noch durch das vorliegende Strafverfahren von weiteren Straftaten abhalten lassen. Die Vorinstanz stellt dem Beschwerdeführer angesichts der konkreten Umstände in korrekter Anwendung von Bundesrecht auch für Delikte gegen die sexuelle Integrität eine schlechte Legalprognose, die einen bedingten Strafvollzug ausschliesst. Die Rüge des Beschwerdeführers ist damit unbegründet.

1.5. Der Beschwerdeführer begründet seinen Antrag, die Kosten des Berufungsverfahrens seien ihm bloss zur Hälfte aufzuerlegen, nicht respektive einzig mit der beantragten Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils. Bei diesem Verfahrensausgang erübrigt es sich, darauf einzugehen.

2.
Die Beschwerde ist abzuweisen. Dem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung kann angesichts der Aussichtslosigkeit der Rechtsbegehren nicht entsprochen werden (Art. 64 Abs. 1 und 2 BGG). Dem Beschwerdeführer sind die Gerichtskosten aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Seiner finanziellen Lage wird mit herabgesetzten Gerichtskosten Rechnung getragen (Art. 65 Abs. 2 und Art. 66 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.

3.
Die Gerichtskosten von Fr. 1'200.- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, I. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 26. April 2019
Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Denys

Die Gerichtsschreiberin: Rohrer