

ZH_OBERGERICHT SB130308 vom 19. Dezember 2013

ZH Obergericht, 2013-12-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB130308

FR: ZH_OBERGERICHT SB130308 du 19 décembre 2013

IT: ZH_OBERGERICHT SB130308 del 19 dicembre 2013

Erwägungen

E. 1

Verfahrensgang

E. 1.1

Mit vorstehend wiedergegebenem Urteil vom 7. Mai 2013 wurde der Beschuldigte der mehrfachen Pornografie im Sinne von Art. 197 Ziff. 3 StGB und des mehrfachen Vergehens gegen das Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung im Sinne von Art. 105 Abs. 1 AVIG schuldig gesprochen und mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 21 Monaten bestraft, wovon 77 Tage durch Haft erstanden waren. Die mit Urteilen des Bezirksgerichts Horgen vom 3. März 2004 bzw. 9. [recte: 15.] Juli 2008 angeordnete ambulante Behandlung im Sinne von Art. 63 Abs. 1 StGB wurde aufgehoben [Anm.: das vorerwähnte Urteil trägt zwar die Überschrift „9. Juli 2008“, aus dem Protokoll ergibt sich jedoch, dass es in Wirklichkeit vom 15. Juli datiert, wobei am 9. Juli lediglich eine Verhandlung stattfand; richtig demgegenüber das Datum gemäss Strafregisterauszug: Urk. 80 S. 2], und es wurde der Vollzug

- 7 - folgender Strafen angeordnet: 90 Tage Gefängnis gemäss Strafbefehl der Bezirksanwaltschaft Horgen vom 11. Dezember 2000, 14 Monate Gefängnis (abzüglich 105 Tage Untersuchungshaft) gemäss Urteil des Bezirksgerichts Horgen vom 3. März 2004 sowie eine Freiheitsstrafe von 7 Monaten gemäss Urteil des Bezirksgerichts Horgen vom 9. [recte: 15.] Juli 2008. Sodann ordnete die Vorinstanz eine ambulante Behandlung des Beschuldigten im Sinne von Art. 63 Abs. 1 StGB (Behandlung psychischer Störungen) an, wobei der Vollzug der Freiheitsstrafen nicht aufgeschoben wurde. Zudem wurde die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 16. Januar 2012 beschlagnahmte Festplatte Western Digital (Seriennummer: ..., 1.5 TB Referenznummer: ...; As-servatennummer: ...) eingezogen und der Kantonspolizei Zürich zur Vernichtung überlassen. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen derjenigen der amtlichen Verteidigung, wurden dem Beschuldigten auferlegt (Urk. 77 S. 29 ff.).

E. 1.2

Gegen das ihm am 15. Mai 2013 schriftlich zugestellte Urteil meldete der Verteidiger des Beschuldigten am 22. Mai 2013 fristgerecht Berufung an (Urk. 64/2; Urk. 69). Ebenfalls fristgerecht reichte der Verteidiger am 29. Juli 2013 die Berufungserklärung ein (Urk. 74/5; Urk. 78). Mit Verfügung vom 27. August 2013 übermittelte der Kammerpräsident die Berufungserklärung des Beschuldigten der Staatsanwaltschaft und der Privatklägerin (Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich), um gegebenenfalls Anschlussberufung zu erheben oder ein Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen (Urk. 83). Mit Eingabe vom 11. September 2013 erhob die Staatsanwaltschaft fristgerecht Anschlussberufung (Urk. 85).

E. 1.3

In der Folge wurde auf den 19. Dezember 2013 zur Berufungsverhandlung vorgeladen (Urk. 89).

E. 2

Umfang der Berufung Der Beschuldigte beschränkte seine Berufung in der Berufungserklärung vom 29. Juli 2013 auf Dispositiv Ziffer 2 (Strafzumessung und Vollzug), Dispositiv Ziffer 3 (Aufhebung der mit Urteilen des Bezirksgerichts Horgen vom 3. März 2004 bzw. 9. [recte: 15.] Juli 2008 angeordneten Massnahme sowie Vollzug der - 8 - aufgeschobenen Freiheitsstrafen) sowie Dispositiv Ziffer 4b (Verweigerung des Aufschiebs des Strafvollzugs zugunsten der ambulanten Massnahme) des vorinstanzlichen Entscheids (Urk. 78 S. 2 f.). Die Berufung der Staatsanwaltschaft richtet sich gegen die Bemessung der Strafe (Dispositiv Ziffer 2a) sowie die Anordnung einer ambulanten Massnahme (Dispositiv Ziffer 4). Anlässlich der Berufungsverhandlung stellte der Beschuldigte den Antrag, es seien ihm in Aufhebung von Dispositiv Ziffer 7 des vorinstanzlichen Urteils die erstinstanzlichen Verfahrenskosten lediglich zu einem Fünftel aufzuerlegen. Im Übrigen seien die Kosten auf die Staatskasse zu nehmen (Urk. 107 S. 3). Die von der Vorinstanz getroffene Kostenregelung wurde mit der Berufungserklärung des Beschuldigten nicht angefochten (vgl. Urk. 78). Wer mit der Berufungserklärung auf Anfechtung von dort nicht eingeschlossenen Urteilspunkten verzichtet, kann darauf nicht zurückkommen (Schmid, StPO Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich 2013, Art. 404 N 2). Die Beschränkung der Berufung ist verbindlich (vgl. Art. 399 Abs. 4 StPO). Die vorinstanzliche Kostenregelung steht sodann in keinem Konnex zu den im Berufungsverfahren zu beurteilenden Urteilspunkten, zumal der Schuldpunkt unangefochten blieb. Damit ist neben den vorinstanzlichen Schuldsprüchen wegen mehrfacher Pornografie im Sinne von Art. 197 Ziff. 3 StGB und mehrfachen Vergehens gegen das Bundesgesetz über die obli- gatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung im Sinne von Art. 105 Abs. 1 AVIG (Dispositiv Ziffer 1), der von der Vorinstanz angeordne- ten Einziehung und Vernichtung der beschlagnahmten Festplatte (Dispositiv Ziffer 5) auch die vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung (Dispositiv Ziffern 6-8) in Rechtskraft erwachsen. Dies ist vorab festzustellen.

E. 3

Strafzumessung

E. 3.1

Die Strafe ist grundsätzlich innerhalb des vom Gesetzgeber vorgegebenen ordentlichen Strafrahmens festzusetzen. Dieser kann entsprechend der Regelung der Art. 47 ff. StGB nach oben bzw. nach unten erweitert werden, wenn gesetzli- che Strafschärfungs- bzw. Strafmilderungsgründe vorliegen. Hat der Täter durch eine oder mehrere Handlungen die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt, so verurteilt ihn das Gericht zur Strafe der schwersten Straftat und

- 9 - erhöht sie angemessen. Es darf jedoch das Höchstmass der angedrohten Strafe nicht um mehr als die Hälfte erhöhen. Dabei ist es an das gesetzliche Höchst- mass der Strafart gebunden (Art. 49 Abs. 1 StGB). Die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen im Sinne von Art. 49 Abs. 1 StGB sind erfüllt, wenn das Gericht im konkreten Fall für jeden einzelnen Normverstoss gleichartige Strafen ausfällt. Dass die anzuwendenden

Strafbestimmungen abstrakt gleich- artige Strafen androhen, genügt nicht (BGE 138 IV 120, E. 5.2 mit Hinweisen).

E. 3.2

Wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird, kommt für die mehrfache Pornografie als schwerste Straftat nur eine Freiheitsstrafe in Frage. Vergehen gegen das AVIG werden mit Gefängnis bis zu sechs Monaten oder Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen bestraft (Art. 105 AVIG). Es sind somit je alternativ Freiheits- strafe oder Geldstrafe möglich. Bei alternativ zur Verfügung stehenden und hinsichtlich des Schuldausgleichs äquivalenten Sanktionen gebietet das Prinzip der Verhältnismässigkeit, dass im Regelfall diejenige gewählt werden soll, die weniger stark in die persönliche Freiheit des Betroffenen eingreift bzw. die ihn am wenigsten hart trifft (BGE 134 IV 97, 4.2.2 mit Hinweisen). Die Geldstrafe als Vermögenssanktion wiegt prinzipiell weniger schwer als ein Eingriff in die persönliche Freiheit. Sie ist unabhängig von der Dauer der Freiheitsstrafe bzw. der Höhe des Geldstrafenbetrages stets milder als eine freiheitsentziehende Strafe (BGE 134 IV 82, E. 7.2.2). Wäre in diesem Verfahren nur das mehrfache Vergehen gegen das AVIG zu beurteilen, wäre deshalb eine Geldstrafe auszufallen, zumal die Voraussetzungen für eine kurze unbedingte Freiheitsstrafe nach Art. 41 StGB nicht erfüllt sind (vgl. dazu auch Botschaft zur Änderung des Arbeitslosen- versicherungsgesetzes vom 3. September 2008, BBl 2008 7733, 7763 f.). Neben einer Freiheitsstrafe ist vorliegend damit kumulativ eine Geldstrafe auszufallen, da es insofern an der Gleichartigkeit der Strafen fehlt, die Voraussetzung für die Anwendung des Asperationsprinzips gemäss Art. 49 Abs. 1 StGB darstellt.

E. 3.3

Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis vom 31. März 2010 wurde der Beschuldigte wegen Fahrens ohne Führerausweis oder trotz Entzug im Sinne von Art. 95 Ziff. 2 SVG und Missbrauchs von Ausweisen und Schildern im Sinne von Art. 97 Ziff. 1 Abs. 2 SVG mit einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu

- 10 - Fr. 110.– bestraft (Urk. 80; Beizugsakten Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis 2010/50). Der Beschuldigte beging die vorliegend zu beurteilenden Delikte teilweise vor Erlass dieses Strafbefehls, weshalb sich die Frage stellt, ob eine Zusatzstrafe zum erwähnten Strafbefehl auszufallen ist (Art. 49 Abs. 2 StGB). Bedingung für eine Zusatzstrafe ist, dass die Voraussetzungen für eine Gesamt- strafe nach Art. 49 Abs. 1 StGB erfüllt sind (Urteil des Bundesgerichts 6B_712/2010 vom 13. Dezember 2010, E. 1.3.3). Danach sind ungleichartige Strafen kumulativ zu verhängen, weil das Asperationsprinzip nur greift, wenn mehrere gleichartige Strafen ausgesprochen werden. Die Bildung einer Gesamt- strafe ist bei ungleichartigen Strafen nicht möglich. Demnach ist es ausgeschlossen, eine Freiheitsstrafe als Zusatzstrafe zu einer Geldstrafe auszusprechen (BGE 137 IV 57, E. 4.3). Der Beschuldigte wurde mit dem erwähnten Strafbefehl vom 31. März 2010 mit einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen bestraft (Urk. 80; Beizugsakten Staats- anwaltschaft Limmattal / Albis 2010/50). Als Zusatzstrafe zu dieser Geldstrafe als Grundstrafe käme demnach nur eine Geldstrafe in Betracht. Wie bereits darge- legt, ist für das im vorliegenden Verfahren zu beurteilende mehrfache Vergehen gegen das AVIG eine Geldstrafe auszufallen. Der Beschuldigte beging alle diese Delikte im Zeitraum August 2008 bis Februar 2010 und damit vor dem Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis vom 31. März 2010, weshalb heute eine Zusatzstrafe zu diesem Strafbefehl

auszufallen ist. Dabei ist zunächst unter Ein- bezug der rechtskräftig beurteilten Straftat eine hypothetische Gesamtstrafe für alle mit Geldstrafe belegten Straftaten festzulegen, wie wenn diese gleichzeitig zur Verurteilung gelangt wären, und anschliessend unter Beachtung der rechts- kräftig festgesetzten Strafe die für die neu zu beurteilenden Delikte auszufällende Zusatzstrafe zu bestimmen. Ausgangspunkt für die Bildung der hypothetischen Gesamtstrafe ist das schwerste Delikt (vgl. BGE 132 IV 102, E. 8.3).

E. 3.4

Die Vorinstanz hat zutreffend festgehalten, dass vorliegend keine Gründe ersichtlich sind, welche ein Überschreiten des ordentlichen Rahmens nahelegen würden (Urk. 77 S. 8). Die Deliktsmehrheit ist jedoch innerhalb des ordentlichen Strafrahmens strafe erhöhend zu berücksichtigen. Die Vorinstanz hat sodann richtig

- 11 - zusammengefasst, wie eine Strafe zuzumessen ist. Auf die entsprechenden Erwägungen kann an dieser Stelle ebenfalls verwiesen werden (Urk. 77 S. 8 f.).

E. 3.5

Bei der Tatkomponente sind das Ausmass des verschuldeten Erfolges, die Art und Weise der Herbeiführung dieses Erfolges, die Willensrichtung, mit der der Täter gehandelt hat, und die Beweggründe des Schuldigen zu beachten (Hug, in: Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 19. Aufl., Zürich 2013, S. 117 ff. mit weiteren Hinweisen).

E. 3.5.1

Betreffend die mehrfache Pornografie ist das Verschulden des Beschuldigten als erheblich zu qualifizieren. Diesbezüglich fällt zum einen die ausser- ordentlich grosse Menge an verbotener Pornografie ins Gewicht. Der Beschuldigte beschaffte sich in einem Zeitraum von rund einem Jahr über 30'000 Bilddateien und über 2500 Filme mit hauptsächlich kinderpornografischen Inhalten, welche die Grenze zur harten Pornografie massiv überschreiten. Darunter befanden sich unter anderem Bilder und Filme mit Darstellung von Geschlechtsverkehr mit Kindern und insbesondere auch mit Kleinkindern sowie Oralverkehr zwischen Kindern und Tieren (Urk. HD 4/2 und 4/4). Verschuldenserhöhend ist weiter zu werten, dass der Beschuldigte selbst kinderpornografisches Material hochgeladen hat, und zwar um Zugriff auf das kinderpornografische Netzwerk "B._____" zu erhalten. Auch in der Folge stellte der Beschuldigte grosse Mengen an kinderpornografischen Daten via "B._____" zu Verfügung, um in der Hierarchie weiter aufsteigen zu können, bis er schliesslich die zweitoberste Hierarchiestufe "C._____" erreichte. Gemäss den Aussagen des Beschuldigten befindet sich über dieser Stufe nur noch der "Produzenten ...". Das seien Personen, welche selbst Kinderpornografie herstellen würden (Urk. HD 5/1 S. 7). Mit der Software Gigatri- be machte der Beschuldigte sodann die an seinem Wohnort auf der externen Festplatte gespeicherten Daten mit verbotener Pornografie einem grösseren Kreis von Personen zugänglich. Dadurch erhielt er seinerseits Zugriff auf die Daten der an diesem Netzwerk angeschlossenen Nutzer, womit er seine Sammlung erweitern konnte. Entgegen der Auffassung der Verteidigung ist das Herstellen bzw. Herunterladen bezüglich des Weiterverbreitens nicht als Vorstufe derselben deliktischen Tätigkeit zu werten (Urk. 107 S. 6). Es liegen vielmehr

- 12 - mehrere strafbare Tathandlungen vor. Dass der Beschuldigte kinderpornografisches Material nicht nur heruntergeladen hat, sondern solches auch weiter- gegeben hat, ist daher

erschwerend zu gewichten. Das Verbot harter Pornografie bezweckt neben der ungestörten Entwicklung Jugendlicher auch den Schutz von Erwachsenen vor der korrumpierenden Wirkung solcher Erzeugnisse. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass sich die im Gesetz genannten Darstellungen und Vorführungen auf den Konsumenten korrumpierend auswirken können, mithin an sich geeignet sind, beim Betrachter unter anderem die Bereitschaft zu erhöhen, das Geschehen selbst nachzuahmen. In diesem Sinne weckt der Konsum kinder- pornografischer Erzeugnisse die Nachfrage für die Herstellung solcher Produkte und schafft den finanziellen Anreiz zur Begehung schwerer Straftaten. Die Bestimmung von Art. 197 Ziff. 3 StGB will daher insbesondere auch die potenziellen "Darsteller" harter Pornografie vor sexueller Ausbeutung, Gewalt und erniedrigender bzw. menschenunwürdiger Behandlung bewahren (BGE 128 IV 25, E. 3a). Der Beschuldigte trug mit seinem Verhalten zumindest indirekt zum sexuellen Missbrauch von in solchen Machwerken zur Schau gestellten Kindern bei. Es sind Abnehmer wie der Beschuldigte, die die Voraussetzungen dafür schaffen, dass solche Darstellungen überhaupt existieren. Der Verteidigung (Urk. 107 S. 5) ist beizupflichten, dass diese Umstände dem Tatbestand der Pornografie immanent sind, weshalb sie dem Beschuldigten nicht zusätzlich angelastet werden dürfen. Dass der Beschuldigte die Rechtsgüter der Kinder durch seine sog. "Hands-off"- Delikte nur indirekt verletzte (Urk. 107 S. 5) bzw. dass die eigene Herstellung von verbotener Pornografie oder die aktive Teilnahme an solchen Produktionen mit Bezug auf den Beschuldigten unvorstellbar ist, wie die Verteidigung vor Vorinstanz geltend machte (vgl. Urk. 60 S. 4 f.), kann dem Beschuldigten demgegenüber nicht strafmindernd angerechnet werden. Wäre dies der Fall gewesen, wäre dies durch zusätzliche Strafnormen sanktioniert worden, was strafferhöhend zu gewichten gewesen wäre. Die Staatsanwaltschaft wies vor Vorinstanz sodann zu Recht darauf hin, dass der Beschuldigte den Missbrauch von Kindern auch direkt unterstützte (Urk. 59 S. 4). So überwies er einer Person namens "D._____" Geld, um Zugriff auf dessen Datenbestand mit kinderpornografischem Material zu erhalten. Dabei war dem Beschuldigten bewusst, dass "D._____" diese Bild- und Filmdateien auf den Philippinen selbst herstellte (Urk. HD 5/1 S. 4 f. und 7; Urk. HD 5/6 S. 22 ff.; Urk. HD 5/9 S. 5 f.). Anlässlich der Hafteinvernahme vom 13. Januar 2011 gab er diesbezüglich an, "D._____" produziere selbst. Er schicke Kinder zwischen 4 und 12 Jahren in die Schule. Dafür müssten die Kinder für kinderpornografisches Material hinhalten (Urk. HD 5/1 S. 4 f.; vgl. auch Urk. HD 5/6 S. 22 ff.). Das Verhalten des Beschuldigten unterscheidet sich damit wesentlich von einer Person, welche sich kinderpornografische Daten aus dem Internet herunterlädt und die Entstehungsgeschichte hinter diesen Darstellungen noch eher ausblenden kann (vgl. Urk. 59 S. 4).

E. 3.5.2

In Bezug auf die Beweggründe des Beschuldigten kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 77 S. 10). Die Vorinstanz hat zu Recht darauf hingewiesen, dass dem deliktischen Verhalten des Beschuldigten rein egoistische Motive zugrunde lagen. Soweit die Verteidigung vor Vorinstanz geltend machte, das eigentliche Objekt der Begierde des Beschuldigten seien erwachsene Frauen, von diesen sei der Beschuldigte aber meist zurückgewiesen und gedemütigt worden, weshalb er die Befriedigung in die Kinder- bzw. Mädchenpornografie verlagert habe, um Zurückweisungen und Enttäuschungen zu entgehen und zu kompensieren (Urk. 60 S. 4), ist darauf hinzuweisen, dass das sexuelle Interesse für kindliche Körper gemäss dem psychiatrischen Gutachten vom 31. Januar 2013 eine festgefügte Orientierung darstellt,

welche nicht durch besondere Lebensereignisse oder -erlebnisse bedingt ist. Dieser Umstand sei vom Beschuldigten offenbar noch nicht verinnerlicht worden (Urk. 43 S. 45 f. und 48). Der Beschuldigte war sich bewusst, dass die Herstellung dieser Aufnahmen regelmässig unter Anwendung von Gewalt zustande kommt. Diesbezüglich führte er vor der Vorinstanz aus, Kinderpornografie sei verboten, weil es Opfer gebe, die nachher geprägt seien. Die Kinder würden dies ja nicht freiwillig machen, sondern dazu gezwungen. Es stimme, dass ihm dies schon länger bewusst sei (Urk. 58 S. 10). Dass der Beschuldigte in einer Art Sucht- verhalten handelte (Urk. 58 S. 8 und 10; Urk. 105 S. 11), vermag sein Ver- schulden nicht zu relativieren, zumal er gemäss psychiatrischem Gutachten vom 31. Januar 2013 in seiner Einsicht- und Steuerungsfähigkeit nicht vermindert war

- 14 - (Urk. 43 S. 50 f.). Davon ist vorliegend – entgegen der Auffassung der Verteidi- gung (Urk. 60 S. 5; Urk. 107 S. 6) – auch auszugehen. Dem Tatverschulden angemessen erscheint eine Freiheitsstrafe im Bereich von 20 Monaten.

E. 3.6

Die Vorinstanz hat die Lebensgeschichte des Beschuldigten zutreffend wiedergegeben (Urk. 77 S. 11); diese Ausführungen sind an dieser Stelle nicht zu wiederholen. Aus dem Vorleben sowie den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten lassen sich keine strafzumessungsrelevanten Faktoren ableiten. Namentlich liegt auch keine besondere Strafempfindlichkeit vor. Dass der Beschuldigte – wie die Verteidigung vor Vorinstanz mutmasste (Urk. 60 S. 7 und 10) – als Folge der Verbüssung einer längeren Freiheitsstrafe seine Stelle ver- lieren würde, ist nicht zwingend, nachdem der Arbeitgeber des Beschuldigten um das Strafverfahren weiss (Urk. 58 S. 9; Urk. 60 S. 6; Urk. 105 S. 2 f.). Sodann hätte aber ein drohender Stellenverlust als Folge einer Freiheitsstrafe für sich alleine ohnehin keine strafmindernde Wirkung. Die Verbüssung einer Freiheits- strafe stellt für jeden in ein familiäres oder soziales Umfeld eingebetteten Täter eine gewisse Härte dar. Diese darf dementsprechend nur zurückhaltend und nur bei aussergewöhnlichen Umständen berücksichtigt werden (Urteil des Bundes- gerichts 6B_540/2010 vom 21. Oktober 2010, E. 1.4.2; Urteil des Bundesgerichts 6B_470/2009 vom 23. November 2009, E. 2.5 mit Hinweisen). Die vom Beschul- digten genannten Belastungen stellen keine ausserordentlichen Umstände dar, sondern sind die normalen Nebenfolgen jeder unbedingten Freiheitsstrafe. Eine über das normale Mass hinausgehende Strafempfindlichkeit ist daher zu ver- neinen. Der Beschuldigte weist zwei einschlägige Vorstrafen auf (Urk. 80). Mit Urteil des Bezirksgerichts Horgen vom 3. März 2004 wurde der Beschuldigte wegen mehr- facher Pornografie im Sinne von Art. 197 Ziff. 3 StGB, mehrfacher Pornografie im Sinne von Art. 197 Ziff. 3bis StGB und Fahrens in angetrunkenem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 1 SVG zu 14 Monaten Gefängnis verurteilt, wobei der Voll- zug der Strafe zugunsten einer ambulanten Massnahme aufgeschoben wurde (Urk. 80; Beizugsakten Bezirksgericht Horgen DG030040, Urk. 28). Mit Urteil des

- 15 - Bezirksgerichts Horgen vom 15. Juli 2008 wurde der Beschuldigte wegen mehr- facher Pornografie im Sinne von Art. 197 Ziff. 3 StGB, mehrfacher Pornografie im Sinne von Art. 197 Ziff. 3 bis StGB sowie mehrfacher Verletzung des Geheim- und Privatbereichs durch Aufnahmegeräte im Sinne von Art. 179quater StGB (Fotografieren von Kleinkindern im Hallenbad) zu einer Freiheitsstrafe von sieben Monaten verurteilt, wobei der Vollzug der Freiheitsstrafe wiederum zugunsten einer ambulanten Behandlung aufgeschoben wurde (Urk. 80; Beizugsakten Bezirksgericht Horgen DG080017, Urk. 24). Die von der

Vorinstanz erwähnte Vorstrafe vom 11. Dezember 2000 ist im Strafregister nicht mehr eingetragen (vgl. Urk. 80), weshalb sie nicht zu berücksichtigen ist (Art. 369 Abs. 7 StGB). Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis vom 31. März 2010 wurde der Beschuldigte sodann wegen Fahrens ohne Führerausweis oder trotz Entzug im Sinne von Art. 95 Ziff. 2 SVG und Missbrauchs von Ausweisen und Schildern im Sinne von Art. 97 Ziff. 1 Abs. 2 SVG mit einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 110.– bestraft (Urk. 80; Beizugsakten Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis 2010/50). Die zwei einschlägigen Vorstrafen des Beschuldigten sind stark strafferhöhend zu gewichten. Mit der Vorinstanz (Urk. 77 S. 12 f.) ist sodann weiter negativ zu bewerten, dass sich der Beschuldigte trotz gegenteiliger Beteuerungen kurz nach den Verurteilungen, jeweils nach ca. eineinhalb Jahren, erneut einschlägig strafbar machte. Der Beschuldigte delinquierte während laufender Massnahme und teilweise auch während laufender Strafuntersuchung, was ebenfalls erheblich strafferhöhend zu berücksichtigen ist.

E. 3.7

Der Beschuldigte hat sich bezüglich der Anklagevorwürfe stets vollumfänglich geständig gezeigt. Allerdings wäre ein Bestreiten angesichts der bestehenden erdrückenden Beweislage wenig aussichtsreich gewesen. Das in der Untersuchung sowie im gerichtlichen Verfahren mehrfach geäusserte Bedauern und die Beteuerung, er fühle sich mitschuldig, da er die Kindern ja indirekt auch missbraucht habe bzw. er habe definitiv mit dem Thema Kinderpornografie abgeschlossen (Urk. HD 5/7 S. 5 und 7; Urk. 55 S. 5; Urk. 58 S. 10; Urk. 105 S. 10; Urk. 106; Prot. II S. 12), waren bereits in früheren Strafverfahren zu hören. So

- 16 - erklärte er vor Bezirksgericht Horgen am 9. Juli 2008, er habe gelernt, in schwierigen Situation mit dem Reiz umzugehen. Er sei daran, Schritt für Schritt von der Sucht wegzukommen (Beizugsakten des Bezirksgerichts Horgen DG080017, Prot. S. 9). Im Zusammenhang mit der ersten Vorstrafe gab er am 3. März 2004 ebenfalls vor dem Bezirksgericht Horgen zu Protokoll, er lerne mehr und mehr auch in Sachen Opferempathie. Hinter jedem Bild stehe ein missbrauchtes und zerstörtes Kind. Damit konfrontiere er sich mittlerweile offen und es werde ihm jetzt so richtig bewusst. Er fühle sich mitschuldig am Missbrauch dieser Kinder. Wenn es keine Konsumenten gäbe, gäbe es auch keine Kinderpornografie (Beizugsakten des Bezirksgerichts Horgen DG030040, Prot. S. 15). Obwohl er sich jeweils geläutert gab, hat sich das Verhalten des Beschuldigten in der Folge nicht geändert. Unter Berücksichtigung dieser Umstände ist das vollumfängliche Geständnis des Beschuldigten lediglich leicht strafmindernd zu werten.

E. 3.8

Während sich die persönlichen Verhältnisse und der Werdegang des Beschuldigten strafzumessungsneutral verhalten, sind die beiden einschlägigen Vorstrafen des Beschuldigten und die Delinquenz während laufender Massnahme und laufendem Strafverfahren erheblich strafferhöhend zu berücksichtigen. Das Geständnis des Beschuldigten ist – wie bereits dargelegt – nur leicht strafmindernd zu veranschlagen. Zusammenfassend erscheint unter Berücksichtigung des Tatverschuldens und der persönlichen Faktoren eine Freiheitsstrafe von 27 Monaten angemessen. Der Anrechnung der durch Haft erstandenen 77 Tagen an die Strafe steht nichts entgegen (Art. 51 StGB).

E. 3.9

Wie bereits dargelegt, ist für die mehrfache Widerhandlung gegen das AVIG eine Zusatzstrafe zum Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis vom 31. März 2010 auszufällen. Dabei ist zunächst unter Einbezug der rechtskräftig beurteilten Straftaten eine hypothetische Gesamtstrafe für alle mit einer Geld- strafe belegten Straftaten festzulegen, wie wenn diese gleichzeitig zur Verurtei- lung gelangt wären, und anschliessend unter Beachtung der rechtskräftig fest- gesetzten Strafe die für die neu zu beurteilenden Delikte auszufällende Zusatz- strafe zu bestimmen. Ausgangspunkt für die Bildung der hypothetischen Gesamt- strafe ist das schwerste Delikt. Das von der Tatschwere her schwerste Delikt und

- 17 - damit Ausgangspunkt für die Strafzumessung ist vorliegend das mehrfache Vergehen gegen das AVIG.

E. 3.9.1

Bezüglich der objektiven Tatschwere ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte während anderthalb Jahren unrechtmässig Versicherungsleistungen im Gesamtbetrag von über Fr. 90'000.– bezog. Damit liegt eine beachtliche Deliktsumme vor. Zu seinen Beweggründen führte der Beschuldigte in der Unter- suchung und vor Vorinstanz aus, sein Verdienst sei zum Leben zu klein gewesen. Die Provisionszahlungen habe er nicht als Zwischenverdienst angeben können. Mit dem Geld vom Sozialamt allein könne man in der Schweiz aber nicht leben (Urk. HD 5/9 S. 10 ff.; Urk. 58 S. 13 f.; vgl. auch Urk. 60 S. 12). Im Ergebnis ändern die Vorbringen des Beschuldigten aber nichts daran, dass das Delikt aus rein finanziellen Interessen verübt wurde. Das Verhalten des Beschuldigten erscheint wiederum als egoistisch, da er auf Kosten anderer – bzw. hier der Allgemeinheit – und ohne Rücksicht auf die Rechtsordnung leben wollte. Die sub- jektiven Gesichtspunkte führen zu keiner Reduktion der objektiven Tatschwere. In Bezug auf die Täterkomponente kann grundsätzlich auf die obenstehenden Erwägungen verwiesen werden, wobei festzuhalten ist, dass der Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis vom 31. März 2010 keine Vorstrafe zum mehrfachen Vergehen gegen das AVIG darstellt, wurden alle Tathandlungen doch vor Ausfällung dieses Strafbefehls begangen. Demgegenüber sind die mit Urteilen des Bezirksgerichts Horgen vom 3. März 2004 und 15. Juli 2008 erfolgten Verur- teilungen als Vorstrafen zu berücksichtigen und erheblich strafehöhend zu gewichten. Negativ zu bewerten ist insbesondere, dass der Beschuldigte nur einen Monat nach der Verurteilung durch das Bezirksgericht Horgen am 15. Juli 2008 mit dem unrechtmässigen Bezug von Versicherungsleistungen begann. Der Beschuldigte delinquierte zudem auch hier während laufender Massnahme und laufender Strafuntersuchung. Hinsichtlich des Nachtatverhaltens kann auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden. Das in Bezug auf das mehrfache Vergehen gegen das AVIG erfolgte Geständnis des Beschuldigten ist ebenfalls nur leicht strafmindernd zu berücksichtigen, da auch bezüglich dieser Delikte eine erdrückende Beweislage

- 18 - vorlag. Allein betrachtet erscheint für das mehrfache Vergehen gegen das AVIG eine Geldstrafe im Bereich von 75 Tagessätzen als angemessen.

E. 3.9.2

Die von der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis mit Strafbefehl vom 31. März 2010 für die damals zu beurteilenden Delikte ausgesprochene Geld- strafe von 30 Tagessätzen erscheint dem Verschulden des Beschuldigten ange- messen (vgl. Beizugsakten Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis, 2010/50) und kann übernommen werden. Die für das

mehrfache Vergehen gegen das AVIG festgesetzte Strafe ist damit unter Einzug der mit dem genannten Strafbefehl ausgefallenen Strafe zu einer Gesamtstrafe zu erhöhen. Unter Berücksichtigung des Asperationsprinzips erscheint eine hypothetische Gesamtstrafe von 90 Tagessätzen für die eingeklagten Delikte sowie die abgeurteilten Straftaten angemessen. Davon sind die bereits mit Strafbefehl vom 31. März 2010 der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis ausgesprochenen 30 Tagessätze Geldstrafe abzuziehen.

Dementsprechend ist der Beschuldigte heute mit einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen als Zusatzstrafe zum erwähnten Strafbefehl zu bestrafen. Die Höhe des Tagessatzes ist in Anbetracht der aktuellen wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschuldigten (Urk. 105 S. 2) auf Fr. 50.– festzusetzen.

E. 4

Vollzug

E. 4.1

Gemäss Art. 42 Abs. 1 StGB 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. Nach Art. 43 Abs. 1 StGB kann das Gericht den Vollzug einer Geldstrafe oder einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr und höchstens drei Jahren auch nur teilweise aufschieben, wenn dies notwendig ist, um dem Verschulden des Täters genügend Rechnung zu tragen. Grundvoraussetzung für die teilbedingte Strafe im Sinne von Art. 43 StGB ist eine begründete Aussicht auf Bewährung, welche sich nach Art. 42 StGB richtet (BGE 134 IV 1, E. 5.3.1 mit weiteren Hinweisen).

- 19 -

E. 4.2

Der Beschuldigte wurde am 3. März 2004 zu einer Freiheitsstrafe von 14 Monaten und am 15. Juli 2008 zu einer Freiheitsstrafe von 7 Monaten verurteilt (Urk. 80). Die vorliegend zu beurteilenden Delikte beging er im Zeitraum August 2008 bis Februar 2010 (Widerhandlungen gegen das AVIG) bzw. im Zeitraum Ende 2009 bis Ende 2010 (mehrfache Pornografie). Der Aufschub der heute auszufällenden Strafen ist somit nur zulässig, wenn besonders günstige Umstände vorliegen (Art. 42 Abs. 2 StGB).

E. 4.3

Wie bereits mehrfach erwähnt, wurde der Beschuldigte mit Urteil des Bezirksgerichts Horgen vom 3. März 2004 wegen mehrfacher Pornografie im Sinne von Art. 197 Ziff. 3 StGB, mehrfacher Pornografie im Sinne von Art. 197 Ziff. 3bis StGB und Fahrens in angetrunkenem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 1 SVG zu 14 Monaten Gefängnis verurteilt, wobei der Vollzug der Strafe zugunsten einer ambulanten Massnahme aufgeschoben wurde (Urk. 80; Beizugsakten Bezirksgericht Horgen DG030040, Urk. 28). Weder der drohende Vollzug der Freiheitsstrafe noch die vom Beschuldigten in jenem Verfahren erlittene Untersuchungshaft von immerhin 105 Tagen vermochten den Beschuldigten jedoch nachhaltig zu beeindrucken, wurde er doch bereits Mitte 2005 wieder einschlägig straffällig. Mit Urteil des Bezirksgerichts Horgen vom 15. Juli 2008 wurde der Beschuldigte deshalb zu einer Freiheitsstrafe von 7 Monaten verurteilt, wobei der Vollzug der Strafe wiederum zugunsten einer ambulanten Massnahme aufgeschoben wurde. Im Urteil wurde dabei ausdrücklich festgehalten, dass dem Beschuldigten im Sinne einer

allerletzten Chance zur Bewährung die Weiterführung der mit Urteil des Bezirksgerichts Horgen vom 3. März 2004 angeordneten ambulanten Massnahme unter Aufschub des Vollzugs der ausgefallenen Freiheitsstrafe zu gewähren sei (Beizugsakten Bezirksgericht Horgen DG080017, Urk. 32 S. 19). Bereits im August 2008 begann der Beschuldigte mittels falscher Angaben gegenüber der Arbeitslosenkasse, zu Unrecht Arbeitslosenentschädigung zu beziehen. Das strafbare Verhalten dauerte in der Folge an, und zwar selbst während laufendem Strafverfahren, wobei dieses mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis vom 31. März 2010 endete. Offensichtlich vermochte weder der drohende Vollzug der mit Urteil des Bezirksgerichts Horgens vom 3. März 2004 bzw. 15. Juli 2008 aufgeschobenen Freiheitsstrafen

- 20 - von 14 Monaten bzw. 7 Monaten noch die mit erwähntem Strafbefehl vom 31. März 2010 unbedingt ausgesprochene Geldstrafe beim Beschuldigten eine nachhaltige Wirkung zu hinterlassen. Angesichts des strafrechtlich relevanten Vorlebens des Beschuldigten kann nicht vom Vorliegen besonders günstiger Umstände gesprochen werden. In dem von Dr. med. E._____ erstellten psychiatrischen Gutachten vom 31. Januar 2013 wird denn auch festgehalten, dass die Pädophilie des Beschuldigten die Gefahr bedinge, dass er auch in Zukunft einschlägige Straftaten begehen werde. Die angeklagten Straftaten seien Ausdruck der Störung der Sexualpräferenz des Beschuldigten. Diese Störung resultiere aus einer besonderen Prägung des Beschuldigten, dessen sexuelles Begehren sich auf unreife gegengeschlechtliche Sexualpartner richtet. Dieses Interesse sei nicht Ausdruck eines phasenhaft begrenzten Geschehens, vielmehr liege diese persönlichkeitsgebundene Prägung der sexuellen Orientierung seit der dritten Lebensdekade vor (Urk. 43 S. 51 f.). Der Umstand, dass der Beschuldigte derzeit beruflich integriert ist und sich sein soziales Umfeld in positiver Weise verändert hat, wie die Verteidigung geltend macht (Urk. 60 S. 6; Urk. 107 S. 8 f.), vermag an den vorhandenen erheblichen Bedenken an der Legalbewährung nichts zu ändern. Die Vorinstanz wies diesbezüglich zu Recht darauf hin, dass der Beschuldigte bereits in seiner Vergangenheit stabile Phasen hatte und trotzdem einschlägig rückfällig geworden ist (Urk. 77 S. 14). Die Reuebekundungen und Beteuerungen des Beschuldigten (Urk. HD 5/7 S. 5 und 7; Urk. 55 S. 5; Urk. 58 S. 10; Urk. 105 S. 10; Urk. 106; Prot. II S. 12) vermögen die aufgrund seines Verhaltens in der Vergangenheit bestehenden Bedenken ebenfalls nicht zu zerstreuen und sind zudem bereits aus den letzten Verfahren bekannt, was ihre Überzeugungskraft zusätzlich mindert. Es muss somit ernsthaft befürchtet werden, dass der Beschuldigte sein Verhalten nicht ändern und in gleichem Masse weiter delinquieren wird. Dem Beschuldigten kann damit keine ausreichend günstige Prognose gestellt werden. Entgegen der Auffassung der Verteidigung (Urk. 107 S. 8 ff.) gilt dies auch für die neben der Freiheitsstrafe auszufällende Geldstrafe. Zwar trifft es zu, dass das mehrfache Vergehen gegen das AVIG – anders als die mehrfache Pornografie – mit den früheren Verurteilungen des Beschuldigten in keinem Zusammenhang steht. Vor

- 21 - dem Hintergrund des bisherigen strafrechtlichen Verhaltens des Beschuldigten vermag dieser Umstand die bestehende Schlechtprognose jedoch nicht zu verbessern. Im Übrigen wurde von Seiten der Staatsanwaltschaft zutreffend darauf hingewiesen, dass der Beschuldigte nicht nur (einschlägige) Vorstrafen wegen Pornografie aufweist (Prot. II S. 11). Wie bereits erwähnt, wurde er mit Urteil des Bezirksgerichts Horgen vom 3. März 2004 unter anderem auch wegen Fahrens in angetrunkenem Zustand und mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis vom 31. März 2010 wegen Fahrens ohne

Führerausweis oder trotz Entzug und Missbrauchs von Ausweisen und Schildern verurteilt (Urk. 80). Nach dem Gesagten sind sowohl die Freiheitsstrafe als auch die Geldstrafe zu vollziehen.

E. 5

Aufhebung der ambulanten Massnahmen / Vollzug der Freiheitsstrafen

E. 5.1

Die Vorinstanz hob auf Antrag der Staatsanwaltschaft (Urk. 59 S. 1 f.) die mit Urteilen des Bezirksgerichts Horgen vom 3. März 2004 bzw. 15. Juli 2008 angeordnete ambulante Behandlung im Sinne von Art. 63 Abs. 1 StGB auf und ordnete den Vollzug der zu diesem Zweck aufgeschobenen Freiheitsstrafen an (Urk. 77 S. 30). Die Verteidigung beantragt im Berufungsverfahren, es sei diese ambulante Massnahme weiterzuführen, wobei vom Vollzug der aufgeschobenen Freiheitsstrafen abzusehen sei bzw. diese zugunsten einer ambulanten Massnahme i.S.v. Art. 63 Abs. 2 StGB erneut aufzuschieben seien (Urk. 107 S. 2).

E. 5.2

Vorliegend ist zu beachten, dass das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich den Vollzug der für den Beschuldigten mit Urteilen des Bezirksgerichts Horgen vom 3. März 2004 bzw. 15. Juli 2008 angeordneten ambulanten Massnahme mit Verfügung vom 15. Juli 2013 aufgehoben hat (Urk. 75). Dieser Entscheidung wurde nicht angefochten (Urk. 94). Der Beschuldigte wurde vor Erlass der Verfügung angehört (Urk. 76/83-85); die Verfügung wurde ihm am 17. Juli 2013 zugestellt (Urk. 76/87). Entgegen der Auffassung der Verteidigung (Urk. 91) wäre es dem Beschuldigte damit ohne Weiteres möglich gewesen, Rekurs gegen den Entscheid der Vollzugsbehörde einzulegen. Dass die Verfügung des Amtes für Justizvollzug dem Beschuldigten persönlich zugestellt wurde, ist – entgegen der Verteidigung (Urk. 91; Urk. 107 S. 10; Prot. II S. 7 f.) – nicht zu beanstanden. Vor-

- 22 - aussetzung für eine Zustellung an den amtlichen Verteidiger wäre gewesen, dass dieser auch für das Vollzugsverfahren eingesetzt gewesen wäre. Vorliegend wurde die amtliche Verteidigung jedoch nur für das Strafverfahren gewährt (vgl. Urk. HD 18/3). Der im Strafverfahren eingesetzte amtliche Verteidiger wirkt im Vollzugsverfahren nicht automatisch als Vertreter mit und zwar auch dann nicht, wenn die beschuldigte Person im Hauptverfahren notwendig verteidigt wird. Es trifft sodann nicht zu, dass das Amt für Justizvollzug seine Kompetenzen überschritten und diejenigen des Obergerichts missachtet hat (vgl. Urk. 91; Urk. 107 S. 11). Bei erneuter Delinquenz ist zwar das Gericht für die Aufhebung der ambulanten Massnahme zuständig (Art. 63a Abs. 3 StGB). Es gilt indes zu berücksichtigen, dass die ambulante Behandlung des Beschuldigten Mitte Juli 2013 die grundsätzlich geltende Höchstdauer von 5 Jahren erreicht hat (vgl. auch Urk. 76/83). Die Vollzugsbehörde war daher von Gesetzes wegen verpflichtet zu prüfen, ob sie einen Antrag auf Verlängerung der Behandlung beim Gericht stellt oder die Massnahme aufhebt (Art. 63 Abs. 4 StGB). Diese Kompetenz kommt ihr auch während eines laufenden Strafverfahrens zu, kann ein solches doch nicht dazu führen, dass die ambulante Behandlung trotz Erreichen der Maximaldauer einstweilen unbeschränkt weitergeführt wird (vgl. auch Urk. 94). Eine Verlängerung der Behandlung über die gesetzlich vorgesehene Dauer hinaus hätte das Gericht zudem ohnehin nur auf Antrag der Vollzugsbehörde anordnen können (vgl. Art. 63 Abs. 4 StGB). Es ist daher davon Vormerk zu nehmen, dass die mit Urteilen des Bezirksgerichts Horgen vom 3. März 2004 bzw. 15. Juli 2008

angeordnete ambulante Behandlung im Sinne von Art. 63 Abs. 1 StGB mit Verfügung des Justizvollzugs des Kantons Zürich vom 15. Juli 2013 rechtskräftig aufgehoben worden ist.

E. 5.3

Wird die ambulante Behandlung wegen Aussichtslosigkeit aufgehoben, so ist die aufgeschobene Freiheitsstrafe zu vollziehen. Das Gericht entscheidet darüber, inwieweit der mit der ambulanten Behandlung verbundene Freiheitsentzug auf die Strafe angerechnet wird (Art. 63b Abs. 2 und 4 StGB). Wegen der grundsätzlichen Verschiedenheit von ambulanten Massnahmen und Strafvollzug kommt in der Regel nur eine beschränkte Anrechnung der ambulanten Behandlung in

- 23 - Frage. Zu beachten ist jedoch, dass nicht nur eine rein physische Freiheitsbeschränkung einen anrechenbaren Freiheitsentzug darstellt. Es muss daher konkret geprüft werden, wie stark die persönliche Freiheit des Täters durch die ambulante Behandlung tatsächlich eingeschränkt war. Zu berücksichtigen ist dabei, wie weit in der fraglichen Situation das Recht, sich frei zu bewegen, sich aufzuhalten oder zu wohnen, beeinträchtigt wurde. Von Bedeutung ist hier im Wesentlichen, mit welchem Zeit- und Kostenaufwand die Massnahme für den Betroffenen verbunden war. Im Interesse einer Resozialisierung des Betroffenen ist bei der Anrechnung gegebenenfalls eine gewisse Grosszügigkeit an den Tag zu legen (BSK Strafrecht I-Heer, Art. 63b N 6 ff.).

E. 5.3.1

Die mit Strafbefehl der Bezirksanwaltschaft Horgen vom 11. Dezember 2000 ausgesprochenen 90 Tage Gefängnis sind mittlerweile verjährt. Diese Strafe kann demnach nicht mehr vollzogen werden (vgl. Art. 441 Abs. 1 StPO). Es ist daher nachfolgend zu entscheiden, inwieweit die ambulante Behandlung des Beschuldigten an die mit Urteilen des Bezirksgerichts Horgen vom 3. März 2004 und 15. Juli 2008 ausgesprochenen Freiheitsstrafen anzurechnen ist.

E. 5.3.2

Eine ambulante Behandlung des Beschuldigten wurde erstmals mit Urteil des Bezirksgerichts Horgen vom 3. März 2004 angeordnet und am 10. Mai 2004 vom Amt für Justizvollzug in Vollzug gesetzt (Urk. 86/6). Der Beschuldigte setzte dafür seine Behandlung beim Psychiatrisch-Psychologischen Dienst des Justizvollzugs des Kantons Zürich fort (Urk. 86/8). Er absolvierte eine wöchentliche Einzeltherapie von einer Stunde Dauer und bis 22. Juni 2005 zusätzlich eine wöchentliche Gruppentherapie von 90 Minuten Dauer (Urk. HD 9/11-15). Anfang 2008 fand die Behandlung alle 2 bis 3 Wochen statt, wobei die Sitzungen wiederum eine Stunde dauerten (Urk. HD 9/8-10). Seit 16. Juni 2011 befindet sich der Beschuldigte in psychotherapeutischer Behandlung bei Dipl. Psych. F._____, wobei alle zwei Wochen Sitzungen von einer Stunde Dauer stattfinden (Urk. 50).

E. 5.3.3

Bei der Ermittlung der anrechenbaren Einschränkung der persönlichen Freiheit erscheint es angemessen, von einem Arbeitstag zu acht Stunden auszugehen und nicht in Analogie zur Regelung bei der gemeinnützigen Arbeit einen Tag vier Stunden gleichzusetzen (BSK Strafrecht I-Heer, Art. 63b N 7a). Aufgrund

- 24 - des dargelegten rein zeitlichen Aufwandes für die Therapie rechtfertigt sich – bei grosszügiger Rechnung – eine Anrechnung von rund 40 Tagen. Daneben ist auch die lange Dauer der Massnahme sowie die Engmaschigkeit der Therapie zu berücksichtigen. Eine

fast zehnjährige Therapie mit wöchentlichen Sitzungen erfordert neben Disziplin einen emotionalen und psychischen Aufwand, der bei der Anrechnung ebenfalls berücksichtigt werden kann. Unter diesem Gesichtspunkt rechtfertigt sich eine weitere Anrechnung von 20 Tagen. Es ist vorliegend daher auf den Vollzug von 60 Tage Freiheitsstrafe zu verzichten bzw. 60 Tage an den Vollzug anzurechnen.

E. 6

Ambulante Massnahme

E. 6.1

Die Vorinstanz ordnete für den Beschuldigte eine ambulante Behandlung im Sinne von Art. 63 Abs. 1 StGB während des Vollzugs der Freiheitsstrafe an (Urk. 77 S. 30). Die Staatsanwaltschaft beantragt im Berufungsverfahren, es sei von der Anordnung einer ambulanten Massnahme abzusehen. Die seit Jahren laufende ambulante Behandlung des Beschuldigten sei nutzlos gewesen, weshalb nicht einzusehen sei, weshalb die Massnahme während dem Strafvollzug besseren Erfolg zeitigen solle, zumal der Beschuldigte für eine Massnahme während des Strafvollzugs nicht motiviert sei (Urk. 109 S. 1 und 3 ff.).

E. 6.2

Wie bereits erwähnt, hob das Amt für Justizvollzug die mit Urteilen des Bezirksgerichts Horgen vom 3. März 2004 bzw. 15. Juli 2008 angeordnete ambulante Behandlung des Beschuldigten mit Verfügung vom 15. Juli 2013 auf (Urk. 75 S. 5). Ist eine ambulante Massnahme gescheitert, besteht gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kein Raum, nochmals eine ambulante Massnahme anzuordnen (BGE 134 IV 246, E. 3.4 f. mit Hinweisen). Gemäss Bundesgericht kann das Gericht nach der rechtskräftigen Feststellung des Scheiterns der ambulanten Behandlung im sog. Nachverfahren einzig noch darüber befinden, ob die aufgeschobene Freiheitsstrafe zu vollziehen (Art. 63b Abs. 2 StGB) oder eine stationäre therapeutische Massnahme anzuordnen ist (Art. 63b Abs. 5 StGB). Der vorliegende Fall ist mit demjenigen des zitierten Entscheids vergleichbar, erachtete das Amt für Justizvollzug die Fortführung der ambulanten Massnahme doch ebenfalls als aussichtslos und hob deren Vollzug auf (Urk. 75 S. 5). Anders als im

- 25 - erwähnten bundesgerichtlichen Verfahren sind vorliegend indes auch neue Straftaten zu beurteilen, für welche theoretisch wiederum eine ambulante Behandlung angeordnet werden kann. Vor dem Hintergrund der dargelegten Rechtsprechung erscheint es jedoch fraglich, ob eine solche Massnahme überhaupt zulässig ist. Dies kann letztlich offen bleiben. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, ist keine (weitere) ambulante Behandlung des Beschuldigten anzuordnen.

E. 6.3

Eine Massnahme ist anzuordnen, wenn eine Strafe allein nicht geeignet ist, der Gefahr weiterer Straftaten des Täters zu begegnen, ein Behandlungsbedürfnis des Täters besteht oder die öffentliche Sicherheit dies erfordert und die Voraussetzungen der Artikel 59-61, 63 oder 64 erfüllt sind (Art. 56 Abs. 1 StGB). Die Anordnung einer Massnahme setzt voraus, dass der mit ihr verbundene Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Täters im Hinblick auf die Wahrscheinlichkeit und Schwere weiterer Straftaten nicht unverhältnismässig ist (Art. 56 Abs. 2 StGB). Beim Entscheid über die Anordnung einer Massnahme stützt sich das Gericht auf eine sachverständige Begutachtung (Art. 56 Abs. 3 StGB). Unabhängig von der Art der Massnahme setzt die Anordnung einer solchen in erster Linie die

Massnahmebedürftigkeit des Beschuldigten voraus. Des Weiteren müssen die Erfolgsaussichten einer Massnahme günstig sein, weshalb beim Beschuldigten sowohl Massnahmefähigkeit als auch Massnahmewilligkeit vorliegen müssen. Darüber hinaus hat die Massnahme geeignet zu sein.

E. 6.4

Im Zusammenhang mit den heute zur Beurteilung anstehenden Delikten wurde von der Vorinstanz ein Gutachten eingeholt, welches von Dr. med. E. _____ am 31. Januar 2013 erstattet wurde (Urk. 43). Die Ausführungen im Gutachten sind einlässlich und sorgfältig begründet und überzeugen. Es kann deshalb darauf abgestellt werden. Gemäss dem psychiatrischen Gutachten besteht beim Beschuldigten eine Störung der Sexualpräferenz, genauer eine heterosexuelle Pädophilie. Diese habe auch zu den Tatzeitpunkten bestanden (Urk. 43 S. 50). Der Gutachter hält weiter fest, dass die Pädophilie des Beschuldigten die Gefahr bedinge, dass er auch in Zukunft einschlägige Straftaten begehen werde. Mittel- bis langfristig seien mit relativ hoher Wahrscheinlichkeit erneute Beschäftigung mit illegaler Pornografie zu erwarten, die beschafft werden

- 26 - müsste. Mit etwas geringerer Wahrscheinlichkeit wäre einzuschätzen, dass der Beschuldigte auch wieder illegale Pornografie verbreite. Für den Fall, dass im jetzigen Verfahren eine Verurteilung wegen des erneuten Konsums von Kinderpornografie resultiere, sei festzustellen, dass die abgeurteilten und die angeklagten Straftaten Ausdruck der Störung der Sexualpräferenz des Beschuldigten seien. Diese Störung resultiere aus einer besonderen Prägung des Beschuldigten, dessen sexuelles Begehren sich auf unreife gegengeschlechtliche Sexualpartner richte. Dieses Interesse sei nicht Ausdruck eines phasenhaft begrenzten Geschehens, vielmehr liege diese persönlichkeitsgebundene Prägung der sexuellen Orientierung seit der dritten Lebensdekade vor. Die diagnostizierte Störung der Sexualpräferenz im Sinne einer heterosexuellen Pädophilie bestehe fort. Die vorgeworfenen Taten stünden ganz unmittelbar mit dieser Störung im Zusammenhang, in ihnen manifestiere sich symptomatisch die deviante sexuelle Orientierung des Beschuldigten (Urk. 43 S. 51 f.). Der Vorinstanz ist deshalb beizupflichten, dass der Beschuldigte behandlungsbedürftig ist.

E. 6.5

Bei einer strafrechtlichen Massnahme steht nicht die Förderung der geistigen Gesundheit des Betroffenen im Vordergrund, sondern die künftige Straflosigkeit des Täters (BGE 124 IV 246, E. 3b). Wo kurative Massnahmen an sich indiziert wären, aber keine entsprechenden Auswirkungen zeitigen können, entfällt eine Rechtfertigung für eine strafrechtliche Massnahme, jedenfalls für solche therapeutischer Art (BSK Strafrecht I-Heer, Art. 59 N 58). Entsprechend ist nachfolgend zu prüfen, ob der Beschuldigte überhaupt behandelbar ist, das heisst, ob überhaupt geeignete Therapieformen bestehen und ob der Beschuldigte einer solchen Behandlung zugänglich ist. Damit einher geht auch die Frage der Therapiewilligkeit des Beschuldigten.

E. 6.5.1

Zur Frage der vorhandenen Behandlungsmöglichkeiten hält der Gutachter fest, nach dem Stand der wissenschaftlichen Erkenntnis sei eine Störung der Sexualpräferenz im Sinne einer Pädophilie nicht kurativ behandelbar. Man könne nicht davon ausgehen, dass man das sexuelle Interesse, das sich auf Kinder richte, grundsätzlich verändern könne. Eine moderne Behandlung der Pädophilie fokussiere daher auf den Umgang mit den aus der sexuellen

Deviation resultie-

- 27 - renden Konsequenzen und Handlungen ("no cure - but control"). Pädophile Straftäter würden im Rahmen moderner kriminaltherapeutischer Massnahmen dazu motiviert, Hemmungsmechanismen gegenüber den devianten Impulsen aufzubauen. Es würden Strategien eingeübt, die schon frühzeitig die Entwicklung hin zu sexuellem Missbrauchsdelikten aufhielten. Es werde im individuellen Falle versucht, Alternativen zu illegalen Sexualpraktiken zu etablieren. Eine in diesem Sinne kriminalpräventiv durchgeführte Behandlung könne einen deutlichen Einfluss auf die Rückfälligkeit von Sexualstraftätern haben, diese kognitiv-behavioral konzipierten Therapien könnten bei kompetenter Anwendung das Rückfallrisiko im statistischen Gruppenvergleich um bis zu 30 Prozent reduzieren (Urk. 43 S. 52 f.). Die Frage der vorhandenen Therapiemöglichkeiten kann daher grundsätzlich ebenfalls bejaht werden.

E. 6.5.2

Gemäss Einschätzung des psychiatrischen Gutachters bestehen hinsichtlich der Massnahmefähigkeit des Beschuldigten erhebliche Bedenken. Mit dem Beschuldigten werde seit 2003 im erwähnten Sinne psychotherapeutisch gearbeitet, eine einschlägige Rückfälligkeit habe damit aber nicht verhindert werden können. Es seien bisher keine plausiblen Gründe dafür angeführt worden, warum jenseits des Psychiatrisch-Psychologischen Dienstes (der als sehr erfahren im Umgang sexuell deviant geprägten Sexualstraftätern gelten könne) bessere Voraussetzungen für eine effektive Therapie bestünden. Der Beschuldigte wünsche selber die Fortsetzung der ambulanten Therapie, weil er davon ausgehe, jetzt effektiv behandelt werden zu können. Es sei jedoch nicht ersichtlich, dass sich an einer prinzipiell eher geringen Aussicht auf Behandlungserfolge durch den Therapeutenwechsel etwas grundlegend verändert habe (Urk. 43 S. 52 f.). Hinsichtlich der Zweckmässigkeit einer Massnahme hält Dr. med. E._____ sodann fest, die Voraussetzung für die Anordnung einer Massnahme sei, dass der Betroffene einer Behandlung überhaupt zugänglich sei. Der Beschuldigte stehe seit vielen Jahren in ambulanter Behandlung. In der jetzigen Untersuchung seien kriminalprognostisch ungünstig zu wertende Überzeugungen und Einstellungen zu Tage getreten, die offenbar trotz wiederholter therapeutischer Bemühungen unverändert fortbestehen würden. Es sei daher nur mit geringer Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass eine erneute und fortgesetzte

- 28 - psychologische Behandlung des Beschuldigten einen relevanten gefährlichkeitsreduzierenden Einfluss haben würde. Aufgrund des bisherigen Verlaufs der Delinquenz mit stereotypen Vorgängen und über einen langen Zeitraum rezidivierend auftretender Straffälligkeit, die im Bereich der Hands-off-Delikte geblieben sei, scheine die Störung des Beschuldigten durch Gespräche wenig beeinflussbar (Urk. 43 S. 54).

E. 6.5.3

Die Verteidigung machte im Berufungsverfahren wie bereits vor Vorinstanz geltend, dass sich der Gutachter hinsichtlich seiner Äusserungen zur Rückfallgefahr des Beschuldigten selber widerspreche. Einerseits halte der Gutachter fest, es sei mittel- bis langfristig mit relativ hoher Wahrscheinlichkeit erneut eine Beschäftigung des Beschuldigten mit illegaler Pornografie zu erwarten. Andererseits sehe er bei kompetenter Anwendung einer kognitiv-behavioral konzipierten Therapie einen deutlich positiven Einfluss auf die Rückfälligkeit und eine Reduktion des Rückfallrisikos um beachtliche rund 30 Prozent

(Urk. 60 S. 19; Urk. 107 S. 12). Die von der Verteidigung zitierten Ausführungen des psychiatrischen Gutachters betreffen zwei unterschiedliche Fragestellungen und sind nicht widersprüchlich. Der Gutachter führt zunächst aus, dass die Pädophilie des Beschuldigten die Gefahr beinhaltet, dass er auch in Zukunft einschlägige Straftaten begehen werde, wobei mit relativ hoher Wahrscheinlichkeit erneute Beschäftigung mit illegaler Pornografie zu erwarten sei, die beschafft werden müsse (Urk. 43 S. 51). Bei dieser Einschätzung der Rückfallgefahr stellt er auf den Zeitpunkt der Beurteilung ab; mögliche Erfolge einer im Rahmen des Strafverfahren anzuordnenden therapeutischen Behandlung werden dabei nicht berücksichtigt. In der Folge hält der Gutachter allgemein fest, dass für die beim Beschuldigten festgestellte psychische Störung grundsätzlich eine Behandlung bestehe, welche das Rückfallrisiko bei kompetenter Anwendung um bis zu 30 Prozent reduzieren könnte (Urk. 43 S. 52 f.). Hinsichtlich der Behandlungsfähigkeit des Beschuldigten bzw. der Beeinflussbarkeit seiner psychischen Störung werden im Gutachten jedoch erhebliche Bedenken geäußert. Diese gutachterliche Einschätzung ist ohne weiteres nachvollziehbar. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass alle bisherigen Therapieversuche beim Beschuldigten offensichtlich nicht die erhoffte Wirkung zeitigten. So absolviert der Beschuldigte seit dem Jahr 2003 eine

- 29 - deliktorientierte Therapie, in welcher insbesondere deliktpräventive Strategien hätten eingeübt werden sollen (vgl. Urk. HD 9/2-3; Urk. HD 9/8-15). Er befand sich im Zeitpunkt, als er die vorliegend zu beurteilenden deliktischen Handlungen beging, bereits seit vielen Jahren in therapeutischer Behandlung, ohne dass diese erneute Rückfälle für Delikte im Bereich der Kinderpornografie hätte verhindern können. Der Beschuldigte wurde vielmehr schnell und massiv rückfällig. Angesichts der gescheiterten Therapieversuche ist die Aussicht auf Behandlungserfolge beim Beschuldigten mehr als fraglich. Zu verweisen ist in diesen Zusammenhang auch auf die Verfügung des Amtes für Justizvollzug vom 15. Juli 2013 (Urk. 75). Das Amt für Justizvollzug hält darin ebenfalls fest, dass es dem Beschuldigten bislang nur bedingt gelungen sei, die im mehrjährigen Behandlungsverlauf bearbeiteten Themen in eigene langfristige deliktpräventive Verhaltensstrategien umzusetzen und ein andauerndes Durchhaltevermögen bezüglich Deliktfreiheit zu zeigen. Es werde davon ausgegangen, dass der Beschuldigte seine aktuell vorhandenen Ressourcen zum Teil als unrealistisch einschätze und somit auch weiterhin das Risiko eines Rückfalles bestehen bleibe (Urk. 75 S. 5).

E. 6.5.4

Nach dem Gesagten ist der Schluss zu ziehen, dass sich der Beschuldigte in seiner Entwicklung kaum beeinflussen lässt. Aber auch der Wille mit Bezug auf eine ambulante Massnahme ist beim Beschuldigten bis heute nur bedingt gegeben, indem er sich vor Vorinstanz nur bezüglich einer ambulanten Massnahme positiv äusserte, welche in Freiheit durchgeführt wird (Urk. 58 S. 13; vgl. auch Urk. 94). Anlässlich der Berufungsverhandlung gab der Beschuldigte an, er würde sich einer ambulanten Behandlung während des Strafvollzugs nicht verweigern. Wenn er müsse, dann müsse er. Er würde es machen (Urk. 105 S. 15). Es bleibt jedoch die Frage, ob die ambulante Massnahme für den Beschuldigten nur insofern von Bedeutung ist, als sie ihn vom Strafvollzug verschont. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die erneute Anordnung einer ambulanten Massnahme unter Aufschub des Strafvollzugs klar nicht mehr in Betracht zu ziehen ist (vgl. auch Urk. 77 S. 26).

E. 6.5.5

Die Verteidigung brachte weiter vor, der Beschuldigte habe dank der seit zwei Jahren andauernden Sexualtherapie bei der Psychotherapeutin Dipl. Psych.

- 30 - F._____ deutliche Fortschritte gemacht. F._____ äussere sich positiv hinsichtlich der Therapiewilligkeit und -fähigkeit des Beschuldigten. Mit Bezug auf den Therapieverlauf liege der Hauptfokus der Therapie auf der Verhinderung von Rückfällen bezüglich pädosexueller Delikte; inhaltlich stünde im Vordergrund, sein bereits vorhandenes differenziertes Wissen über deliktrelevante Risiken zu festigen und in konkreten Situationen sicher anzuwenden. Der Beschuldigte erkenne mittlerweile pädosexuelle Fantasien angesichts vorpubertärer Mädchen und könne solche gedanklich unterbrechen. Auch bezüglich Opferempathie habe sich der Beschuldigte Verständnis und Mitgefühl angeeignet und könne sich sprachlich angemessen zu Opfern äussern (Urk. 60 S. 7 f. und 16 ff.; Urk. 107 S. 9, je mit Hinweis auf Urk. 50). Mit dieser positiven Evaluation seien die Voraussetzungen für die Weiterführung der ambulanten Behandlung erfüllt, insbesondere sei zu erwarten, mit der laufenden ambulanten Behandlung lasse sich der Gefahr weiterer mit dem Zustand des Beschuldigten im Zusammenhang stehender Taten begegnen (Urk. 60 S. 18; vgl. auch Urk. 107 S. 9, 13 und 15). Dem kann nicht gefolgt werden. Entgegen der Auffassung der Verteidigung hat sich die Ausgangslage gegenüber den letzten Jahren nicht verändert. Vielmehr äusserten sich bereits frühere Therapieberichte positiv über die Therapiewilligkeit und die Entwicklung des Beschuldigten. So wird im Bericht des Amtes für Justizvollzug des Kantons Zürich vom 1. März 2004 festgehalten, dass die Motivation und die Ernsthaftigkeit des Beschuldigten, seine Delikt- und Persönlichkeitsproblematik anzugehen, als gut beurteilt werde. Der Beschuldigte zeige sich jederzeit bereit, auf therapeutische Interaktionen einzugehen. Er zeige eine gute und aktive Mitarbeit. Die Legalprognose werde vorsichtig als günstig beurteilt. Der Beschuldigte erwerbe zunehmend Strategien und könne diese einüben, um sein Rückfallrisiko aktiv zu reduzieren (Urk. HD 9/15 S. 2 f.). Im Therapiebericht vom 15. Juni 2005 wird ausgeführt, der Beschuldigte sei in der Lage, Risikosituationen weitgehend zu vermeiden. Es sei gegenüber früheren Lebensphasen eine gewisse Stabilisierung eingetreten, indem der Beschuldigte sein Suchtverhalten weitgehend kontrollieren könne. Der angewandte deliktorientierte Fokus habe beim Beschuldigten positive Veränderungen in Bezug auf Delikteinsicht, Selbstbeobach-

- 31 - tung und Strategie zur Verhinderung von Rückfällen bewirkt (Urk. HD 9/14 S. 4 f.). Im jährlichen Therapiebericht vom 30. Juni 2010 wird festgehalten, es sei eine Stabilisierung und graduelle Verbesserung im Bereich der pädosexuellen Devianz festzustellen (Urk. HD 9/2 S. 7). Wie nun bekannt ist, war der Beschuldigte jedoch bereits Ende 2009 rückfällig geworden. Gemäss dem psychiatrischen Gutachten vom 31. Januar 2013 bestehen die beim Beschuldigten vorhandenen ungünstig zu wertenden Überzeugungen und Einstellungen trotz wiederholter therapeutischer Bemühungen unverändert fort (Urk. 43 S. 54). Der Gutachter hält fest, bei der Therapie des Beschuldigten sei immer wieder problematisiert worden, dass die für eine effektive therapeutische Arbeit notwendige Offenheit nicht durchgängig beim Beschuldigten zu beschreiben gewesen sei, zumal er die Therapeuten in relevantem Masse auch über erneutes deliktisches Verhalten im Unklaren gelassen habe. Bisher sei auch nicht plausibel zu machen, dass allein der Wechsel hin zu einer weiblichen Therapeutin das Problem der teilweise fehlenden Offenheit im therapeutischen Procedere beim Beschuldigten behoben hätte. Problematisch sei weiter einzuschätzen, dass es sich bei F._____ zwar um eine erfahrene Sexualtherapeutin handle,

eine Qualifikation im Umgang mit Delinquenten jedoch bisher nicht nachgewiesen worden sei. Sie habe als in freier Praxis Tätige auch nicht die Möglichkeiten, Behauptungen des Beschuldigten anhand von Aktenmaterial, dass im PPD in anderem Ausmass zur Verfügung stehe als bei einer niedergelassenen Psychotherapeutin, zur Überprüfung der vom Beschuldigten aufgestellten Behauptungen und Einschätzungen zu nutzen. Es sei daher zum jetzigen Zeitpunkt schwer vorstellbar, dass sich eine weitere psychologische bzw. deliktzentrierte Behandlung erfolgversprechend umsetzen lassen könnte, zumal bisherige therapeutische Bemühungen fruchtlos geblieben seien und auf die begrenzte Veränderungsfähigkeit der deliktfördernden persönlichkeitsgebundenen Auffälligkeit des Beschuldigten verweisen würden (Urk. 43 S. 48 ff.). Der Gutachter weist weiter darauf hin, dass der Beschuldigte seine Sexualdelinquenz subjektiv immer noch als erklärbaren Zustand erlebe. Seiner Ansicht nach wäre die Ursache für das deviante Sexualverhalten verschwunden, würde er endlich eine erfüllende Sexualität mit einer erwachsenen Partnerin etablieren können. Er sei der

- 32 - Meinung, im Grund nur im Sinne einer Ersatzhandlung den Konsum von kinderpornografischem Material zu betreiben und habe bisher nicht verinnerlicht, dass das sexuelle Interesse für unreife weibliche kindliche Körper eine festgefügte Orientierung darstelle, die nicht durch besondere Lebensereignisse oder -erlebnisse bedingt sei. Zurzeit seien keine tragfähigen Veränderungen bzw. Verbesserung der kognitiven Verzerrungen und deliktbegünstigenden Einstellungen und der oberflächlichen Affektivität festzustellen (Urk. 43 S. 48 f.). Nach dem Gesagten ist nicht ersichtlich, inwiefern die jetzige Behandlung des Beschuldigten bei Dipl. Psych. F. _____ an der prinzipiell eher geringen Aussicht auf Behandlungserfolg etwas ändern soll (vgl. auch Urk. 43 S. 53, zu Frage 4.3.).

E. 6.5.6

Die Verteidigung reichte im Berufungsverfahren einen aktuellen Bericht von Dipl. Psych. F. _____ über die psychotherapeutische Behandlung des Beschuldigten ein (Urk. 101). In diesem Bericht wird festgehalten, dass es dem Beschuldigten lange Zeit schwer gefallen sei, seine Handlungen als Ursache für seine aktuelle Situation zu erleben. In dieser Hinsicht habe der Beschuldigte ganz eindeutige Fortschritte gemacht. Er könne inzwischen anerkennen, dass die Pädosexualität den Kern seiner Problematik darstelle. Der Beschuldigte habe für sich einen Vierstufenplan erarbeitet. Darunter fielen unter anderem Massnahmen für den Notfall sowie zur Prävention. Im Rahmen der Prävention vermeide der Beschuldigte Gefahrensituationen sowohl bei der Nutzung des Internets als auch in der Realität. So besuche er z.B. keine Schwimmbäder und kontrolliere sich im direkten Kontakt zu Kindern (Urk. 101 S. 2). In den letzten Monaten habe der Beschuldigte eindeutig Fortschritte in seiner Einsichtsfähigkeit und seiner Impulssteuerung gezeigt. Aktuell könne von einem geringen Rückfallrisiko bezüglich Konsum von Kinderpornografie ausgegangen werden. Die Verminderung der Rückfallgefahr zeige sich darin, dass die Intensität der sexuellen Fantasien des Beschuldigten deutlich verringert sei und der Beschuldigte ausführlich und genau beschreiben könne, wie er in Risikosituationen seine Stimmung steuere und Rückfälle verhindere. Der Beschuldigte anerkenne seine Pädosexualität und wisse, dass er sein Verhalten verantwortungsvoll steuern müsse (Urk. 101 S. 3). Der Beschuldigte führte im Rahmen der Berufungsverhandlung ebenfalls aus, er

- 33 - habe bei Frau F. _____ enorme Fortschritte gemacht. Er habe erkannt, dass seine pädophile Neigung eine Störung sei, die behandelt werden müsse. Dies habe er früher nie richtig zugeben können. Heute stehe er dazu. Er habe zudem Mechanismen gelernt, um mit

seiner Sexualität umgehen zu können und Rückfälle zu verhindern. Im Jahr 2011/2012 seien Notfälle vorgekommen, in welchen er entsprechende Phantasien gehabt habe. In solchen Situationen habe er Sport gemacht; er sei nach draussen gegangen. Er könne sich heute vor seiner Neigung schützen und sein Verhalten viel besser steuern (Urk. 105 S. 5 ff.). Wie bereits dargelegt, erweisen sich die gutachterlichen Ausführungen als schlüssig und nachvollziehbar. Der von Dipl. Psych. F. _____ erstellte Bericht vom 10. Dezember 2013 über die therapeutische Behandlung des Beschuldigten sowie die Aussagen des Beschuldigten anlässlich der Berufungsverhandlung vermögen keine Zweifel an der Richtigkeit des amtlichen Gutachtens zu bewirken. Zunächst ist festzuhalten, dass das Gutachten vor weniger als einem Jahr erstellt wurde. Es ist schwer vorstellbar, dass sich in dieser kurzen Zeit derart enorme Fortschritte ergeben haben, wie sie vom Beschuldigten geltend gemacht werden. Im Übrigen wird auch im ärztlichen Bericht von Dipl. Psych. F. _____ vom 24. März 2013 noch ausgeführt, dass es dem Beschuldigten schwer falle, seine Handlungen als Ursache für seine aktuelle Situation zu erleben. Lernprozesse, in denen der Beschuldigte seine Handlungen und sein Verhalten im Fokus behalte, unterbreche er immer wieder. Es verbleibe ein deutliches strukturelles Rückfallrisiko, sobald sich das Setting verändere oder der Beschuldigte die therapeutische Beziehung nicht mehr als unterstützend erlebe (Urk. 50). Wie die Staatsanwaltschaft zu Recht festhält, erstaunt es, dass sich die Therapiefähigkeit des Beschuldigten innerhalb der 13 Therapiesitzungen, die seit dem 24. März 2013 stattfanden, derart wesentlich geändert hat, zumal die zuvor bestehende, jahrelange Therapie bei ihm keinerlei Wirkungen zeitigen konnte (Urk. 109 S. 5). Es wurde sodann bereits ausgeführt, dass sich frühere Therapieberichte ebenfalls positiv über die Entwicklung beim Beschuldigten äusserten. Bereits damals war davon die Rede, dass der Beschuldigte Mechanismen eingeübt habe, um sein Rückfallrisiko zu reduzieren (vgl. Urk. HD 9/2 S. 4; Urk. HD 9/14 S. 4; Urk. HD 9/15 S. 3). Auch der Beschuldigte selbst

- 34 - äusserte sich bereits in früheren Verfahren optimistisch bezüglich seiner Entwicklung. Wie erwähnt, erklärte er vor Bezirksgericht Horgen am 9. Juli 2008, er habe gelernt, in schwierigen Situationen mit dem Reiz umzugehen. Er sei daran, Schritt für Schritt von der Sucht wegzukommen (Bezugsakten des Bezirksgerichts Horgen DG080017, Prot. S. 9). Trotzdem wurde der Beschuldigte erneut einschlägig straffällig. Dass aus der Zeit seit der Entlassung aus der Untersuchungshaft keine neuen Straftaten des Beschuldigten bekannt sind, ist positiv zu vermerken. Der Beschuldigte hatte jedoch bereits in der Vergangenheit deliktfreie Phasen, nach welchen er wieder rückfällig wurde, wie auch im Bericht von Dipl. Psych. F. _____ vom 24. März 2013 ausgeführt wird (Urk. 50 S. 3). Im Rahmen der Berufungsverhandlung führte der Beschuldigte wiederholt aus, er habe die Pädophilie als behandlungsbedürftige Krankheit erkannt. Früher habe er dies nie richtig zugeben können (Urk. 105 S. 5 f.; Urk. 106; Prot. II S. 12). Gleichzeitig legte er jedoch grosses Gewicht darauf, dass er derzeit in einer Beziehung zu einer Frau sei und ein normales Sexualleben habe (vgl. Urk. 105 S. 6 ff.; Urk. 106). Diesbezüglich erscheint die Frage berechtigt, ob damit nicht wieder die Haltung des Beschuldigten zum Ausdruck kommt, wonach die Ursache für seine gestörte Sexualpräferenz bei einer erfüllenden Sexualität mit einer erwachsenen Frau verschwindet (vgl. Urk. 43 S. 48 f.). Nach dem Gesagten sind keine Gründe ersichtlich, weshalb von der sachlich überzeugenden Einschätzung im amtlichen Gutachten abgewichen werden sollte, zumal dieses von einem unabhängigen Sachverständigen erstellt wurde.

E. 6.5.7

Die Verteidigung macht schliesslich geltend, dass sich die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten positiv verändert hätten. Der Beschuldigte stehe heute beruflich besser da als jemals zuvor. Seit einem halben Jahr habe er zudem eine Freundin, durch welche er zum ersten Mal Offenheit, Verständnis, Zuneigung und Sicherheit erfahre. Die Historie des Beschuldigten belege, dass in Zeiten, in welchen er in einer festen Beziehung eingebettet gewesen sei, keine Rückfälle in die abweichende sexuelle Präferenz zu verzeichnen gewesen seien (Urk. 107 S. 9 und 15; vgl. auch Urk. 60 S. 8 f.).

- 35 - Gemäss psychiatrischem Gutachten resultiert die Störung der Sexualpräferenz des Beschuldigten aus einer besonderen Prägung und ist nicht Ausdruck eines phasenhaft begrenzten Geschehens. Vielmehr liege diese persönlichkeits- gebundene Prägung der sexuellen Orientierung seit der dritten Lebensdekade vor (Urk. 43 S. 48 und 52). Unter diesen Umständen vermag eine allfällige Veränderung in den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten an der bisherigen Einschätzung, dass eine ambulante Behandlung beim Beschuldigten nicht als erfolgversprechend eingestuft werden kann, nichts zu ändern. Abgesehen davon befand sich der Beschuldigte bereits früher schon in stabilen Verhältnissen, ohne dass dadurch Rückfälle hätten verhindert werden können.

E. 6.6

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass beim Beschuldigten zwar unzweifelhaft eine Störung der Sexualpräferenz besteht, welche begünstigt, dass er mit dem Gesetz in Konflikt gerät. Angesichts der bisherigen erfolglosen therapeutischen Behandlungen sowie der gutachterlichen Feststellungen bestehen indes erhebliche Zweifel an einem erfolgreichen Verlauf einer ambulanten Therapie. Unter den vorliegend gegebenen Umständen ist entgegen der Auffassung der Vorinstanz (Urk. 77 S. 22 und 26) auch nicht ersichtlich, inwiefern eine ambulante Behandlung während des Strafvollzugs mehr Erfolg haben sollte. Den jährlichen Therapieberichten lässt sich entnehmen, dass der Beschuldigte regelmässig zu den Terminen erschien und sich motiviert zeigte. Die therapeutische Beziehung und die aktive Mitarbeit des Beschuldigten waren gemäss den Berichten unverändert stabil (Urk. HD 9/2-3; Urk. HD 9/8-15). Die Vorgesichte des Beschuldigten belegt damit, dass er auf das ambulante Betreuungsnetz zurückgreifen konnte und genügend gefestigt war, um sich in ein Behandlungsprogramm in Freiheit einbinden zu lassen. Es kann aus diesem Grund nicht argumentiert werden, dass eine ambulante Massnahme während des Strafvollzuges angesichts des dort vorhandenen straffen Umfelds erfolgreicher sein wird. Dem psychiatrischen Gutachten kann denn auch entnommen werden, dass die Erfolgslosigkeit der therapeutischen Behandlung des Beschuldigten nicht auf das bisherige Behandlungssetting zurückzuführen ist. In Bezug auf die Behandlungsmöglichkeiten des Beschuldigten wird darin wie erwähnt ausgeführt, es seien in der jetzigen Untersuchung kriminalprognostisch ungünstig zu wertende Über-

- 36 - zeugungen und Einstellungen zu Tage getreten, die offenbar trotz wiederholter therapeutischer Bemühungen unverändert fortbestehen würden. Es sei daher nur mit geringer Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass eine erneute und fortgesetzte psychologische Behandlung des Beschuldigten einen relevanten gefährlichkeitsreduzierenden Einfluss haben würde. Die Störung des Beschuldigten erscheine durch Gespräch wenig beeinflussbar (Urk. 43 S. 54). Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass sich der Beschuldigte selbst eine ambulante Massnahme unter Aufschub des Strafvollzuges wünscht (Urk. 58 S. 13). Es ist daher fraglich, ob er bei Anordnung einer

ambulanten Massnahme während des Straf- vollzugs auch entsprechend motiviert sein wird, bei der Behandlung mitzuwirken und an sich zu arbeiten. Wie bereits dargelegt, wird mit strafrechtlichen Massnahmen die Verhinderung oder Verminderung der Gefahr weiterer Delikte angestrebt. Dies ergibt sich bereits aus dem Gesetzestext (Art. 63 Abs. 1 lit. b StGB). Ist nicht zu erwarten, dass sich weitere Delikte durch eine therapeutische Massnahme verhindern lassen, entfällt die Rechtfertigung für die Anordnung einer solchen Massnahme. Dies gilt selbst dann, wenn eine kurative Behandlung an sich indiziert wäre. Es ist vorliegend daher von der Anordnung einer (weiteren) ambulanten Massnahme abzusehen. Es steht dem Beschuldigten frei, sich während des Strafvollzugs um eine vollzugsbegleitende Behandlung durch den Psychiatrisch-Psychologischen Dienst (PPD) des Justizvollzugs zu bemühen.

E. 7

Kosten- und Entschädigungsfolgen

E. 7.1

Im Berufungsverfahren werden die Kosten nach Obsiegen und Unterliegen auferlegt (Art. 428 Abs. 1 StPO). Mit dem heutigen Urteil unterliegt der Beschuldigte mit seinen Berufungsanträgen vollständig. Die Kosten des Berufungsverfahrens sind deshalb dem Beschuldigten aufzuerlegen. Die Kosten für die amtliche Verteidigung im Berufungsverfahren sind einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Eine Rückforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt vorbehalten.

E. 7.2

Für den Fall des Unterliegens des Beschuldigten beantragte die Verteidigung, es seien die Kosten gänzlich auf die Staatskasse zu nehmen. Die schwierige

- 37 - wirtschaftliche Situation des Beschuldigten lasse die Bezahlung der umfangreichen Verfahrenskosten nicht zu (Urk. 107 S. 3 und 16).

E. 7.2.1

Gemäss Art. 425 StPO können Forderungen aus Verfahrenskosten von der Strafbehörde gestundet oder unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse der kostenpflichtigen Person herabgesetzt oder erlassen werden. In Kommentatorenkreisen ist man sich unter Hinweis auf die Materialien zwar mehrheitlich einig, dass diese Bestimmung – die begrifflich an sich eine rechtskräftige Kostenaufgabe voraussetzt – auch Grundlage für die Festsetzung und Auflage der Gebühren und Kosten bilden soll (Griesser, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO], Zürich/ Basel/Genf 2010, N 2 zu Art. 425; Domeisen, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Basel 2011, N 3 zu Art. 425). Keinesfalls verlangt aber Art. 425 StPO, dass – gleichsam zwingend – schon im Urteil darüber befunden wird, ob der minderbemittelte Betroffene von der Kostentragungspflicht (allenfalls auch nur teilweise) zu befreien ist. Vielmehr ermöglicht es die genannte Bestimmung – bzw. legt es deren Wortlaut gar nahe – dass den Verhältnissen des Betroffenen erst im Zeitpunkt des Kostenbezugs Rechnung getragen werden kann. Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang nämlich, dass die definitive Abschreibung von Gerichtskosten eine weitreichende Wirkung aufweist und einem Erlass gleichkommt. Sie können daher selbst dann nicht mehr geltend gemacht werden, wenn der Schuldner in der Folgezeit in günstige finanzielle Verhältnisse

kommt. Diese Art der Abschreibung sollte daher nur in ausgesprochenen Ausnahmefällen gewährt werden (vgl. zum alten Recht ZR 103 Nr. 46).

E. 7.2.2

Vorliegend ist kein solcher Ausnahmefall gegeben: Zwar wird der Beschuldigte nun eine mehrjährige Freiheitsstrafe verbüssen müssen. Das schliesst aber nicht aus, dass er dereinst wieder in günstige finanzielle Verhältnisse kommen kann, sei dies etwa durch eigenen Arbeitserwerb oder auch Vermögensanfall sonstiger Art. Der Beschuldigte ist Schweizer und war den grössten Teil seines Lebens erwerbstätig. Nach Phasen der Arbeitslosigkeit fand er immer wieder eine neue Arbeitsstelle (Urk. HD 20/7 S. 4 ff.). Es kann daher nicht gesagt werden, es

- 38 - sei ausgeschlossen, dass er in absehbarer Zeit in eine günstigere wirtschaftliche Situation kommen wird. Den Beschuldigten bereits im jetzigen Zeitpunkt von der – ganzen oder teilweisen – Tragung der Untersuchungs- und Verfahrenskosten definitiv zu entbinden wäre somit nicht gerechtfertigt. Es wird beschlossen:

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