

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB110437-O/U/cs

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. Schätzle, Vorsitzender, lic.iur. Th. Meyer und
lic.iur. Ruggli sowie der Gerichtsschreiber lic.iur. Hafner

Urteil vom 28. Oktober 2011

in Sachen

Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat, vertreten durch Staatsanwalt lic. iur. Kloiber,
Anklägerin, Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagte

gegen

A. _____,

Beschuldigter, Berufungsbeklagter und Anschlussberufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

betreffend **Versuch der sexuellen Handlungen mit Kindern etc.**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Horgen, I. Abteilung, vom
10. Mai 2011 (DG100027)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 20. Dezember 2010 (Urk. 14) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist schuldig

- des Versuchs der sexuellen Handlungen mit Kindern im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB
- des mehrfachen Vergehens im Sinne von Art. 197 Ziff. 3 StGB.

Der Beschuldigte wird vom Vorwurf des versuchten Einbeziehens eines Kindes in sexuelle Handlungen (Chat) gemäss Anklageschrift S. 2 und 3 freigesprochen.

Der Beschuldigte wird vom Vorwurf der Pornografie hinsichtlich 27 Bilddateien auf dem Notebook MacBook Pro und hinsichtlich 22 Bilddateien auf dem Notebook HP Pavillion freigesprochen.

2. Auf den Vorwurf des Versuchs der Pornografie im Sinne von Art. 197 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB wird nicht eingetreten.
3. Der Beschuldigte wird bestraft mit 24 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 306 Tage durch Haft bzw. vorzeitigen Strafvollzug erstanden sind.
4. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 12 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 5 Jahre festgesetzt. Im Übrigen (12 Monate, abzüglich 306 Tage, die durch Untersuchungshaft bzw. vorzeitigen Strafvollzug erstanden) wird die Freiheitsstrafe vollzogen.

5. Es wird eine ambulante Massnahme im Sinne von Art. 63 StGB angeordnet. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht zugunsten der Massnahme aufgeschoben.
6. Die Sicherstellung vom 8. Juli 2010 folgender bei der Stadtpolizei E._____ befindlichen Gegenstände wird aufgehoben und diese Gegenstände werden dem Beschuldigten ausgehändigt (Protokoll über die Hausdurchsuchung vom 8. Juli 2010, Positionen 5, 6, 8, 10, 11, 12):
 - USB-Stick disk2go 16 GB,
 - externe Festplatte WD My Passport 500 GB,
 - externe Festplatte WD schwarz 500 GB,
 - Festplatte Maxtor 20 GB,
 - Festplatte Samsung 1000,
 - Notebook Acer Aspire 1350 mit Festplatte Hitachi 20 GB.
7. Die übrigen bei der Stadtpolizei E._____ sichergestellten Gegenstände werden definitiv eingezogen und vernichtet.
8. Die Abnahme einer DNA-Probe und Erstellung eines DNA-Profiles im Sinne von Art. 5 des DNA-Profil-Gesetzes des Beschuldigten wird angeordnet. Der Vollzugsauftrag wird der Kantonspolizei Zürich erteilt.
9. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf:
 - Fr. 4'000.- ; die weiteren Kosten betragen:
 - Fr. 3'100.- Auslagen Untersuchung
 - Fr. 1'560.- Gutachterkosten (Einvernahme Dr. B._____ an Hauptverhandlung)
 - Fr. 20'335.50 Gutachterkosten (in Untersuchung entstanden)
 - Fr. amtliche Verteidigung (noch ausstehend)

10. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten zur Hälfte auferlegt und im Mehrbetrag abgeschrieben. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

Berufungsanträge:

a) Des Vertreters der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat:

(Urk. 103 S. 1 f.)

1. Bestätigung der vorinstanzlichen Schuldsprüche gemäss Ziffer 1 Absatz 1 des Dispositivs.
2. Aufhebung der vorinstanzlichen Freisprüche gemäss Ziffer 1 Absätze 2 und 3 des Dispositivs und Verurteilung des Beschuldigten in diesen Punkten.
3. Bestätigung des vorinstanzlichen Nichteintretens auf den Vorwurf der Pornographie im Sinne von Art. 197 Ziff. 1 StGB.
4. Bestrafung des Beschuldigten mit einer Freiheitsstrafe von 3 Jahren.
5. Vollzug der Freiheitsstrafe.
6. Vollumfängliche Auferlegung der erstinstanzlichen Gerichtskosten, inklusive der Untersuchungskosten.
7. im Übrigen Bestätigung der vorinstanzlichen Entscheide.
8. unter Kostenfolge zulasten des Beschuldigten.

b) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 105 S. 2)

1. Es sei die Berufung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 13.05. respektive 23.06.2011 abzuweisen;

2. es sei die Anschlussberufung gutzuheissen;
3. unabhängig von ihrer Entscheidung sei der Beschuldigte heute aus der Haft zu entlassen;
4. falls sie keine Haftentlassung per heute anordnen, ersuche ich Sie, eine verbindliche Haftentlassung per allerspätestens 07.11.2011 anzuordnen;
5. ferner seien dem Beschuldigten das Notebook MacBook Pro, die Festplatten und der USB-Stick sowie die SIM-Karte seines Handys herauszugeben;
6. schliesslich seien die Kosten für Untersuchung, Verfahren und Verteidigung auf die Staatskasse zu nehmen.

Erwägungen:

I. Formelles

1. Am 10. Mai 2011 verurteilte das Bezirksgericht Horgen, I. Abteilung, den Beschuldigten wegen des Versuchs der sexuellen Handlungen mit Kindern und der mehrfachen Pornographie und bestrafte ihn mit einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten, welche zur Hälfte bedingt auf fünf Jahre aufgeschoben wurde. Von den Vorwürfen des versuchten Einbeziehens eines Kindes in eine sexuelle Handlung (Chat) und von einem Teil der eingeklagten Pornographietatbestände sprach es ihn frei. Zudem trat das Gericht auf den Vorwurf der versuchten Pornographie nicht ein. Das Gericht ordnete für den Beschuldigten eine ambulante Massnahme an, schob den Vollzug der Freiheitsstrafe jedoch nicht zu deren Gunsten auf.

Gegen dieses Urteil meldete die Staatsanwaltschaft am 13. Mai 2011 Berufung an (Urk. 46). Die Berufungserklärung folgte am 23. Juni 2011 (Urk. 74). Demnach wurde die Berufung der Staatsanwaltschaft beschränkt auf die Freisprüche und das Nichteintreten, sodann auf die Strafe samt der Gewährung des teilbedingten Vollzugs, ferner auf die bloss hälftige Auflage der Kosten an den Beschuldigten (a.a.O.). Anlässlich der Berufungsverhandlung liess die Staatsanwaltschaft die Anfechtung des vorinstanzlichen Nichteintretens auf die Anklage wegen versuchter Pornografie fallen (Prot. II S. 8).

Der Beschuldigte schloss sich mit Eingabe seines Verteidigers vom 14. Juli 2011 der Berufung an (Urk. 96). Beantragt wird ein Nichteintreten auf die Anklage samt der Ausrichtung von Genugtuungs- und Schadenersatzzahlungen an den Beschuldigten; eventualiter wird ein Freispruch beantragt, subeventualiter eine Freiheitsstrafe von 18 Monaten unter Aufschub des Vollzugs zu Gunsten der ambulanten Massnahme (a.a.O.). Insofern erweist sich die Anschlussberufung was Schuldpunkt, Strafe und Strafart angeht, als nicht beschränkt.

Von keiner Seite angefochten sind somit die Dispositivziffern 2 (teilweises Nichteintreten auf die Anklage) sowie 6-9 des vorinstanzlichen Urteils (Herausgabe, Einziehung und Vernichtung, Erstellung eines DNA-Profiles, Kostenaufstellung). Diese Punkte sind folglich in Rechtskraft erwachsen, was vorab festzustellen ist.

2. Am 1. Juli 2011 hat die Verteidigung für den Beschuldigten ein Haftentlassungsgesuch gestellt (Urk. 77). Mit Präsidialverfügung der Berufungsinstanz vom 6. Juli 2011 wurde die Fortsetzung der Sicherheitshaft verfügt (Urk. 78). Da der Beschuldigte dessen unbesehen am 7. Juli 2011 aus dem vorzeitigen Strafvollzug entlassen worden war, wurde er am 8. Juli 2011 wieder in Haft genommen (Urk. 83 und 86). Mit der weiteren Präsidialverfügung vom 13. Juli 2011 wurde ihm die Fortsetzung des vorzeitigen Strafvollzugs und der vorzeitige Antritt der ambulanten Massnahme bewilligt (Urk. 88).

II. Eintretensfrage

Die Vorinstanz hat den Anklageinhalt zu Recht in drei Teilsachverhalte aufgliedert: den inkriminierten Chat im Internet, das Treffen mit dem vermeintlich 13-jährigen Mädchen am Bahnhof C._____ zwecks Vornahme sexueller Handlungen und sodann die Pornographie-Vorwürfe im Zusammenhang mit dem Herunterladen von Bildmaterial aus dem Internet. An dieser Aufteilung ist grundsätzlich festzuhalten.

Was den zweiten Teilsachverhalt anbetrifft (Treffen am Bahnhof), so machte die Verteidigung geltend, dass darauf nicht einzutreten sei, da die rechtlichen Voraussetzungen für die verdeckte Ermittlung gegen den Beschuldigten nicht gegeben gewesen seien. Die Vorinstanz hat sich mit den entsprechenden Einwendungen ausführlich und zutreffend auseinandergesetzt, so dass darauf verwiesen werden kann (Art. 82 Abs. 4 StPO). Zusammenfassend ist der Vorinstanz darin zu folgen, dass die verdeckte Ermittlung vorliegend noch nach den Bestimmungen des BVE zu beurteilen ist und dass Art. 2 Abs. 2 StGB nur bezüglich des materiellen Rechts und nicht auch bezüglich von Verfahrensvorschriften gilt (Urk. 72 S. 8f.). Des Weiteren ist das Genehmigungsverfahren nach Art. 18 BVE eingehalten worden, so dass sich hinsichtlich der Verwertbarkeit der Ergebnisse der verdeckten Ermittlung keine Probleme stellen (a.a.O. S. 9). Auch darin, dass die Frage nach der Korrektheit des Einsatzes der verdeckten Ermittlerin D._____ offen bleiben kann, ist der Vorinstanz unter Verweis auf ihre diesbezügliche Erwägung beizupflichten (a.a.O. S. 9f.). Auf den zweiten Teilsachverhalt der Anklage ist somit wie auf die übrigen Punkte der Anklage, auf die bereits die Vorinstanz eingetreten ist, einzutreten. Ob das Mass der Einwirkung des verdeckten Ermittlers zulässig war und welche rechtlichen Konsequenzen daran zu knüpfen sind, ist im Rahmen von Sachverhaltserstellung und rechtlicher Würdigung zu prüfen.

III. Anklagevorwürfe

1. Chat im Internet am 1., 6. und 7. Juli 2010

Der Beschuldigte hat den ihm vorgeworfenen äusseren Sachverhalt dieses Anklageabschnittes anerkannt, was im Einklang mit den übrigen Akten steht. Folglich ist von diesem Sachverhalt auszugehen, wobei sich die Fragen nach dem subjektiven Tatbestand und der Strafbarkeit erst im Rahmen der rechtlichen Würdigung stellen. Diesbezüglich ist die Vorinstanz im Ergebnis zu einem Freispruch gelangt. Sie hielt fest, dass die Kommunikation im Chat lediglich als Schriftverkehr stattgefunden habe und dabei weder visuell noch akustisch wahrnehmbare sexuelle Handlungen erfolgt sind. Obwohl unbestreitbar ein sexueller Bezug bei der Kommunikation bestanden habe, sei es in keiner Weise zu einer körperlichen Betätigung des einen oder anderen Chatpartners gekommen und es sei das Opfer auch nicht zu einem eine sexuelle Handlung unmittelbar wahrnehmenden Zeugen gemacht worden. Folglich sei der objektive Tatbestand einer sexuellen Handlung mit einem Kind im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 StGB weder in der Variante der Vornahme einer solchen Handlung, noch des Einbeziehens in eine solche erfüllt. Da nicht ersichtlich sei, dass der Beschuldigte das Opfer bereits im Chat eine sexuelle Handlung habe wahrnehmen lassen wollen und nicht auszuschliessen sei, dass es ihm vor allem um das Anbahnen eines Treffens mit dem Kinde gegangen ist, verneinte die Vorinstanz einen deliktischen Vorsatz zum Einbezug des Kindes im Schutzalter in eine sexuelle Handlung. Demzufolge war der subjektive Tatbestand nicht erfüllt und es entfiel auch die Prüfung eines allfälligen Versuchs nach Art. 22 StGB.

Die Argumentation der Vorinstanz überzeugt und bedarf keiner ergänzenden Bemerkungen. Der Freispruch vom Vorwurf der versuchten Einbeziehung eines Kindes im Schutzalter in eine sexuelle Handlung im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB ist demzufolge zu bestätigen.

2. Treffen am 8. Juli 2010 mit dem vermeintlichen Mädchen am Bahnhof C._____

Der äussere Sachverhalt dieses Anklageabschnittes ist vom Angeklagten ebenfalls eingestanden und auch im Übrigen erstellt, weshalb davon auszugehen ist, dass sich der Angeklagte am 8. Juli 2010 zum Bahnhof C._____ begeben hat, um sich mit seiner Gesprächspartnerin aus dem Chat, einem angeblich 13-jährigen Mädchen namens ..., wie vereinbart zu treffen zwecks anschliessender Vornahme von sexuellen Handlungen, wozu es jedoch nicht kam, da der Angeklagte am Bahnhof verhaftet wurde.

Auch hierzu sind die Erwägungen der Vorinstanz zur rechtlichen Würdigung dieses Sachverhalts zutreffend und erschöpfend, so dass - um Wiederholungen zu vermeiden - integral darauf verwiesen werden kann (Urk. 72 S. 12-26). Zusammenfassend sei hier nurmehr Folgendes festgehalten: Aufgrund des gutachterlich bestätigten generellen Interesses des Beschuldigten an Mädchen im Alter von ungefähr 13 Jahren und der beiden einschlägigen Vorstrafen, die er aufweist, wie auch aufgrund der Thematisierung des grossen Altersunterschiedes und der Unerlaubtheit des Vorhabens des Beschuldigten im vorangegangenen grundsätzlich für Kinder bestimmten Chat ("Teentalk") waren die Behauptungen des Beschuldigten, er habe nicht geglaubt, dass es sich bei der Gesprächspartnerin im Chat effektiv um eine 13-jährige Schülerin gehandelt habe und er hätte sich, sollte es doch so gewesen sein, nicht getraut, dieses Mädchen im Bahnhof C._____ anzusprechen, zu Recht als Schutzbehauptungen zu qualifizieren (a.a.O. S. 15). Auch bestehen gemäss der vom Beschuldigten im Chat beschriebenen Handlungen, die er mit bzw. am besagten Mädchen vorzunehmen gedenke und der Thematisierung, ob Kondome mitzunehmen seien, keine Zweifel, dass das Treffen für den Beschuldigten zum Ziel hatte, sexuelle Handlungen vorzunehmen. Wie die Vorinstanz richtig festhielt, schliesst der Umstand, dass der Beschuldigte, am Treffen angekommen, schliesslich von sich aus eine (erwachsene) Frau, die ähnlich wie im Chat abgesprochen gekleidet war, ansprach und fragte, ob sie ... sei, seinen anfänglichen direkten Vorsatz, zum Treffen zu kommen, um

nicht mit einer Erwachsenen, sondern mit einem Kind im Schutzalter sexuelle Handlungen vorzunehmen, nicht aus.

Dass sodann mit dem Eintreffen des Beschuldigten zur vereinbarten Zeit am Treffpunkt der letzte entscheidende Schritt, von dem es in der Regel kein Zurück mehr gibt, gemacht worden ist, steht nach der ständigen Gerichtspraxis zum Versuch ("Schwellentheorie") ausser Frage. Ebenso klar ist, dass es sich hier um einen Versuch an einem untauglichen Objekt gehandelt hat.

Hinsichtlich der Beurteilung des Masses der Einwirkung des verdeckten Ermittlers gelangte das angefochtene Urteil zum Schluss, dass es nicht der verdeckte Ermittler war, der die allgemeine Tatbereitschaft des Beschuldigten weckte, sondern das Verhalten des Ermittlers im Chat für den Entschluss des Beschuldigten, das Mädchen zu treffen, eine untergeordnete Rolle spielte und der Ermittler lediglich den Entschluss des Beschuldigten bestärkte, sich zum vereinbarten Treffen einzufinden. Dieser Auffassung ist zu folgen, einmal deshalb, weil der verdeckte Ermittler nach dem geplatzten ersten Treffen den Beschuldigten nicht zu einem neuen Treffen aufforderte, sondern in einer kurzen E-Mail-Nachricht lediglich den Unmut äusserte, versetzt worden zu sein ("danke für dini verarschig!!!! DEPP", Urk. 2/4, 10:45:12). Zudem bettelte der Beschuldigte, als er drei Stunden später dieses E-Mail sah, per E-Mail und im anschliessenden Chat regelrecht darum, eine zweite Chance für ein Treffen zu erhalten (vgl. Urk. 2/4: 14:07:28, 14:16:23, 14:19:50; Urk. 2/3: 15:27, 15:38, 15:44). Den konkreten Entscheid zum Treffen traf der Beschuldigte aufgrund seiner vorbestandenen generellen Tatbereitschaft und dem eigenen Drängen demnach aus völlig eigenem Antrieb. Auch wenn der verdeckte Ermittler sich im E-Mail-Verkehr und im Chat nicht nur passiv verhielt und seinen Unmut über das geplatzte erste Treffen mehrmals äusserte (Urk. 2/4: 14:17:31; Urk. 2/3: 14:39, 15:24) sowie wiederholt seine Zweifel darüber ausdrückte, ob der Beschuldigte wirklich zum neuen Treffen komme (Urk. 2/3: 15:22, 15:24, 15:35, 15:43), so kann – wie die Vorinstanz richtig erkannte – von einem eigentlichen "agent provocateur" bzw. von einer regelrechten Anstiftung zur Tat nicht gesprochen werden. Damit bleibt die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs des Beschuldigten grundsätzlich bestehen.

Der Beschuldigte hat sich somit bezüglich des Treffens mit "zuerigirl" des unvollendeten untauglichen Versuchs der sexuellen Handlung mit einem Kind gemäss Art. 187 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB strafbar gemacht, und das Einwirken des verdeckten Ermittlers auf das Geschehen ist erst bei der Strafzumessung zu berücksichtigen.

3. Pornographievorwürfe aus der Zeit zwischen Juni 2009 und 8. Juli 2010

Beim Beschuldigten wurden auf Festplatten von zwei seiner Notebooks und auf einem USB-Stick unbestreitbar pornographische Erzeugnisse festgestellt. Die Anklage wirft ihm vor, diese Erzeugnisse über das Internet heruntergeladen und gespeichert bzw. kopiert zu haben; damit habe der Beschuldigte Art. 197 Ziff. 1 und Ziff. 3^{bis} StGB mehrfach verletzt.

Die Vorinstanz hat die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Herunterladen und Abspeichern von Bilddateien pornographischen Inhalts soweit richtig wiedergegeben. Demnach kommt beim bewussten Herunterladen und Abspeichern die Ziff. 3 von Art. 197 StGB zur Anwendung und nicht die eine mildere Strafanndrohung aufweisende Ziff. 3^{bis} (Urk. 72 S. 27f.). Entsprechend gelangte die Vorinstanz, soweit dem Beschuldigten vorsätzliches Handeln nachgewiesen werden kann, zu einer Verurteilung in diesem Sinne. Dieser Schuldspruch ist zu bestätigen.

Bei 49 Bildern, die nach Auffassung der Vorinstanz "mit grösster Wahrscheinlichkeit ursprünglich temporäre Internet-Cache-Daten darstellten" bzw. von denen selbst die Staatsanwaltschaft angenommen habe, es seien Cache-Daten, hielt die Vorinstanz weder den objektiven Tatbestand von Art. 197 Ziff. 3 oder 3^{bis} StGB, noch einen Vorsatz des Beschuldigten für gegeben und sprach ihn deshalb frei. Dem Beschuldigten wird von der Anklage denn auch nicht vorgeworfen – und es ihm auch nicht nachgewiesen werden –, dass er spezielle Vorkehrungen getroffen hätte, um das automatische Löschen der Cache-Dateien zu verhindern bzw. entsprechende Zusatz-Software geladen hätte, um so weiterhin Zugang zu diesen Dateien zu haben. Ebenso wenig ist angesichts der Bestreitung des Beschuldigten (Urk. 102 S. 12) erstellt, dass er die erwähnten 49 Bilder bewusst in

den temporären Speichern belassen hätte, welches Verstecken selbst bei Vorhandensein gewisser Computer-Kenntnisse keinen Sinn gemacht hätte, nachdem er eine weit grössere Anzahl solcher Bilder normal auf den Festplatten gespeichert und aufbewahrt hatte. Die Inbesitznahme von automatisch gespeicherten Bildern durch bewusstes Belassen in temporären Speichern hätte als spezielle Handlungsweise von der Anklage, die nur von aktivem "beschaffen", "herunterladen", "speichern" und "kopieren" spricht, ohnehin ausdrücklich aufgeführt werden müssen, um das Akkusationsprinzip zu wahren, was nicht der Fall ist. Aus diesen Gründen kann entgegen der Auffassung der Staatsanwaltschaft die neueste höchstrichterliche Rechtsprechung zum Besitz an Daten im Cache-Speicher (6B_744/2010) vorliegend nicht zum Zuge kommen. Der Freispruch der Vorinstanz bezüglich der erwähnten Daten ist mithin zu bestätigen.

IV. Strafe und Vollzug

Der hier anzuwendende Strafraum und die allgemeinen Strafzumessungsregeln sind von der Vorinstanz richtig dargestellt worden (Urk. 72 S. 30-32). Sie berücksichtigte bei der Tatkomponente hinsichtlich der versuchten Vornahme einer sexuellen Handlung mit einem Kind im Schutzalter eine gewisse Hinterhältigkeit des Beschuldigten und seine eindeutig egoistisch und sexuell motivierte Absicht. Immerhin attestierte sie ihm, dass er von freiwilligen sexuellen Handlungen ausgegangen sei, auch wenn er wissen musste, dass die Verantwortung selbst dann nicht beim Kind gelegen hätte. Strafmindernd war weiter zu berücksichtigen, dass ein blosser Versuch vorlag und dieser noch nicht weit fortgeschritten war. Im gleichen Sinn hat die Vorinstanz zu Gunsten des Beschuldigten in die Waagschale geworfen, dass der verdeckte Ermittler im Chat einen bedeutenden Beitrag dazu geleistet hat, dass der Beschuldigte effektiv am vereinbarten Treffpunkt erschienen ist. Insgesamt erachtete die Vorinstanz das Verschulden des Beschuldigten bei diesem Tatversuch als nicht nur leicht. Dies ist nicht zu bemängeln. Bezüglich des Herunterladens von pornographischem Material aus dem Internet ging die Vorinstanz von einem eher leichten Tatverschulden aus, da der Beschuldigte nicht selber solche Fotografien hergestellt oder weiterverbreitet hat. Auch

dieser Auffassung ist zu folgen. Von der Tatkomponente bei diesen beiden Delikten ausgehend wäre somit eine Einsatzstrafe von etwa 14 bis 18 Monaten ins Auge zu fassen.

Aufgrund der Täterkomponente drängt sich nach den ebenfalls überzeugenden Erwägungen der Vorinstanz eine Straferhöhung auf. Entscheidend fallen hier die zwei einschlägigen Vorstrafen des Beschuldigten aus den Jahren 2001 und 2005 ins Gewicht, bei welchen es im Unterschied zum vorliegenden Fall sogar zu realen Treffen und zu sexuellen Handlungen des Beschuldigten mit Mädchen unter 16 Jahren gekommen war und wofür er mit Gefängnisstrafen von 12 bzw. 10 Monaten bestraft worden war. Dabei war die erste Strafe bedingt ausgefällt worden und die zweite war zu Gunsten einer ambulanten Behandlung aufgeschoben worden.

Der Gutachter diagnostizierte beim Beschuldigten eine heterosexuelle Ephebophilie (Neigung zu pubertären Mädchen), mithin eine Störung der Sexualpräferenz, welche die Delinquenz bedingt habe und auch eine gewisse Rückfallgefahr begründe. Eine Verminderung der Schuldfähigkeit des Beschuldigten verneinte der Gutachter jedoch, weshalb sich daraus nichts für die Strafzumessung ableiten lässt. Strafminderungsgründe erblickte die Vorinstanz jedoch im Nachtatverhalten des Beschuldigten (kooperatives und einsichtiges Verhalten und die Bereitschaft, seine Präferenzstörung zu therapieren) und in seinem teilweisen Geständnis (a.a.O. S. 36f.). Sämtliche aus der Täterkomponente abzuleitenden Strafminderungsgründe vermögen jedoch die wegen der beiden Vorstrafen sich aufdrängende deutliche Straferhöhung nicht aufzuwiegen.

Wenn die Vorinstanz im Ergebnis zu einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten gelangte und diese dem Verschulden und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten als angemessen bezeichnete, so ist dies nachvollziehbar und zu bestätigen. Dass eine solche Strafe "massiv zu tief" wäre, wie die Anklagebehörde argumentiert (vgl. u.a. Urk. 46), ist nicht auszumachen. Die von der Vorinstanz ausgefallte Strafe ist deshalb zum Berufungsentscheid zu erheben. Die bisher

vom Beschuldigten erstandene Haft und der vorzeitige Strafvollzug bis und mit heute ist an die Strafe anzurechnen.

Wie es bereits die Vorinstanz richtig dargelegt hat, wird beim Beschuldigten wegen der Verurteilung aus dem Jahre 2005 von Gesetzes wegen eine ungünstige Prognose vermutet (a.a.O. S. 39). Zudem besteht bei ihm gemäss Gutachten eine nicht unerhebliche Wiederholungsgefahr. Die Voraussetzungen nach Art. 42 StGB für die Gewährung einer bedingten Strafe sind demnach nicht gegeben.

Entgegen der Auffassung der Vorinstanz fehlt es aber auch an den Voraussetzungen zur Ausfällung einer teilbedingten Strafe. Sicher lässt sich in vielen Fällen eine günstige Prognose erstellen, wenn die Warnwirkung des unbedingt vollziehbaren Teils der Strafe mitberücksichtigt wird. Gleich aber auch noch die völlig ungewisse potenzielle Wirkung einer ambulanten Massnahme zur Begründung einer günstigen Prognose heranzuziehen, ginge zu weit. Wie nachstehend dargestellt wird, ist der Beschuldigte massnahmebedürftig; der Gutachter empfahl eine ambulante Massnahme und sowohl von der Staatsanwaltschaft wie auch von der Verteidigung ist eine solche Massnahme gemäss Art. 63 StGB beantragt. Der Beschuldigte erklärte sich dazu auch bereit. Diese Massnahmebedürftigkeit des Beschuldigten im Hinblick darauf, dass der Gefahr weiterer mit der Störung seiner Sexualpräferenz im Zusammenhang stehender Taten begegnet werden soll, schliesst selbst bei Einbezug der Denkkettelwirkung des Vollzugs eines Teils der Strafe eine günstige Prognose aus. Die Freiheitsstrafe ist deshalb unbedingt auszufällen.

V. Massnahme und Frage des Aufschubs der Freiheitsstrafe

Dass der Beschuldigte einer ambulanten Massnahme bedarf, steht ausser Zweifel. Es stellt sich einzig die Frage, ob sich ein Aufschub der grundsätzlich unbedingten Freiheitsstrafe zu Gunsten der ambulanten Massnahme rechtfertigen liesse, um der Art der Behandlung Rechnung zu tragen. Diesbezüglich gehen die Ansichten von Staatsanwaltschaft und Verteidigung auseinander.

Für den Entscheid in dieser Frage ist einmal darauf abzustellen, dass der Gutachter kein Hindernis darin sah, die Massnahme bei gleichzeitigem (oder vorherigem) Strafvollzug sinnvoll durchzuführen (Urk. 6/10 S. 50f.). Weiter ist nicht zu übersehen, dass bereits der Strafvollzug gemäss Urteil vom 29. November 2005 zu Gunsten einer angeordneten ambulanten Massnahme aufgeschoben worden war, ohne dass die damalige Massnahme einen Rückfall, der schon vier Monate nach dem letzten Therapiegespräch (vgl. Urk. 5/4) eintrat, zu verhindern vermochte. Wenn die Vorinstanz vor diesem Hintergrund keinerlei Anlass sah, von der Feststellung des Gutachters abzuweichen und deshalb eine Massnahme nach Art. 63 StGB während des Strafvollzugs anordnete, so ist dies nachvollziehbar und zu bestätigen.

VI. Kosten

Der Berufungsentscheid bestätigt bezüglich des teilweisen Nichteintretens auf die Anklage und der teilweisen Freisprüche das Urteil der Vorinstanz. Es besteht deshalb keine Veranlassung, an der bloss hälftigen Auflage der Kosten von Untersuchung und ersten Instanz an den Beschuldigten zu rütteln.

Im Berufungsverfahren obsiegt die Staatsanwaltschaft nur zum Teil, während der Beschuldigte mit seinen Anträgen gänzlich unterliegt. Ausgangsgemäss sind deshalb die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens zu sechs Zehntel dem Beschuldigten aufzuerlegen und im Übrigen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung des Beschuldigten in der zweiten Instanz sind, wie bereits diejenigen aus dem vorangegangenen Verfahren, auf die Gerichtskasse zu nehmen unter Vorbehalt einer Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Horgen, I. Abteilung, vom 10. Mai 2011 hinsichtlich Dispositivziffern 2 (Nichteintreten auf den Anklagevorwurf der versuchten Pornografie), 6 (Herausgabe), 7 (Einziehung und Vernichtung), 8 (Anordnung eines DNA-Profiles) und 9 (Kostenaufstellung) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist schuldig
 - des Versuchs der sexuellen Handlungen mit Kindern im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB und
 - der mehrfachen Pornographie im Sinne von Art. 197 Ziff. 3 StGB.
2. Der Beschuldigte wird von den Vorwürfen des versuchten Einbeziehens eines Kindes in sexuelle Handlungen (Chat) und der Pornographie hinsichtlich 27 Bilddateien auf dem Notebook MacBook Pro und hinsichtlich 22 Bilddateien auf dem Notebook HP Pavillon freigesprochen.
3. Der Beschuldigte wird bestraft mit 24 Monaten Freiheitsstrafe unbeding, wovon 476 Tage durch Haft und vorzeitigen Strafvollzug bis und mit heute erstanden sind.
4. Es wird eine ambulante Massnahme im Sinne von Art. 63 StGB angeordnet. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird dazu nicht aufgeschoben.
5. Das erstinstanzliche Kostenregelung (Ziff. 10) wird bestätigt.

6. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3'200.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. amtliche Verteidigung (ausstehend)
7. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Beschuldigten zu sechs Zehntel auferlegt und im Übrigen auf die Gerichtskasse genommen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung des Beschuldigten im Berufungsverfahren werden auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt vorbehalten.
8. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat (übergeben)
 - den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- sowie in vollständiger Ausfertigung an
- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat
 - die Bundesanwaltschaft
- und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
- die Vorinstanz
 - den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
 - die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A.
9. Rechtsmittel:
- Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

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

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

Obergericht des Kantons Zürich
II. Strafkammer

Zürich, 28. Oktober 2011

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter Dr. Schätzle

lic.iur. Hafner