

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB190141-O/U/mc-cs

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. Wenker, Präsident, Ersatzoberrichterin lic. iur. Knüsel und Ersatzoberrichter Dr. Bezgovsek sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. Schwarzenbach-Oswald

Urteil vom 20. April 2020

in Sachen

Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,

vertreten durch Leitenden Staatsanwalt Dr. iur. Jäger,
Anklägerin und Berufungsklägerin

gegen

A._____,

Beschuldigter und Berufungsbeklagter

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

betreffend **Pornografie und Widerruf**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, I. Abteilung, vom
14. November 2018 (DG180045)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 24. Juli 2018 (Urk. 17) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist schuldig der mehrfachen Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 1, Abs. 4 und Abs. 5 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 30 Monaten Freiheitsstrafe.
3. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
4. Es wird eine ambulante Behandlung des Beschuldigten im Sinne von Art. 63 Abs. 1 StGB (Behandlung von psychischen Störungen) angeordnet. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird zu Gunsten der ambulanten Massnahme aufgeschoben.
5. Der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 9. Juli 2013 für eine Geldstrafe von 180 Tagessätzen zu je Fr. 60.– (unter Anrechnung von zwei Tagen Haft) unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren gewährte bedingte Vollzug wird widerrufen.
6. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland vom 3. August 2017 beschlagnahmten und bei der Kantonspolizei Zürich, TEU AssTri, lagernden Gegenstände werden eingezogen und sind nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils durch die Kantonspolizei Zürich zu vernichten:
 - Mobiltelefon LG (Asservat-Nr. A010'096'103)
 - Festplatte Samsung (Asservat-Nr. A010'135'407)
 - Festplatte Seagate (Asservat-Nr. A010'135'429)
 - Festplatte Western Digital (Asservat-Nr. A010'135'521).

7. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland vom 3. August 2017 beschlagnahmten und bei der Kantonspolizei Zürich, TEU AssTri, lagernden Gegenstände werden dem Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft des Urteiles herausgegeben:
- Tagebuch des Beschuldigten (Asservat-Nr. A010'096'067)
 - Notizbuch des Beschuldigten (Asservat-Nr. A010'096'078).
8. Die folgenden beim Bezirksgericht Bülach unter der Referenznummer 0081-2017 aufbewahrten Datensicherungen werden nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils der Kantonspolizei Zürich, ITO-DF, zur Löschung überlassen:
- Festplatte Seagate, Teil 1
 - Festplatte Seagate, Teil 2.
9. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
- Fr. 2'500.-; die weiteren Auslagen betragen:
- Fr. 2'100.- Gebühr für die Strafuntersuchung
- Fr. 14'920.- Auslagen Vorverfahren
- Fr. 7'778.25 amtl. Verteidigungskosten
- Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
10. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt; davon ausgenommen sind die Kosten der amtlichen Verteidigung, welche einstweilen und unter dem Vorbehalt von Art. 135 Abs. 4 StPO von der Gerichtskasse übernommen werden.

Berufungsanträge:

- a) Der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland:
(Urk. 54)

1. Es sei eine ambulante Massnahme im Sinne von Art. 63 StGB anzuordnen.

2. Es sei die Massnahme während und nach dem Strafvollzug zu vollziehen.
 3. Die Kosten des Vor-, Haupt- und Berufungsverfahrens seien dem Beschuldigten aufzuerlegen.
- b) Der Verteidigung des Beschuldigten:
(Urk. 55)

Die Berufung der Staatsanwaltschaft sei abzuweisen. Der vorinstanzliche Entscheid sei zu bestätigen und es sei eine ambulante Massnahme unter Aufschub der Strafe anzuordnen. Dies unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Staates.

Erwägungen:

I. Verfahren

A. Mit Urteil des Bezirksgerichts Bülach, I. Abteilung, vom 14. November 2018 wurde der Beschuldigte der mehrfachen Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 1, 4 und 5 StGB schuldig gesprochen und mit einer Freiheitsstrafe von 30 Monaten bestraft. Es wurde eine ambulante Massnahme im Sinne von Art. 63 StGB angeordnet und der Vollzug der Freiheitsstrafe zugunsten dieser Massnahme aufgeschoben. Sodann wurde der bedingte Vollzug der mit Strafbefehl vom 9. Juli 2013 festgesetzten Geldstrafe von 180 Tagessätzen zu je Fr. 60.– widerrufen. Ferner wurden diverse elektronische Geräte zur Vernichtung eingezogen, zwei Bücher dem Beschuldigten herausgegeben sowie zwei Festplatten der Kantonalpolizei zur Löschung überlassen. Die Kosten der Untersuchung und des ge-

richtlichen Verfahrens wurden dabei dem Beschuldigten auferlegt (Urk. 38 bzw. 41 S. 24 f.).

Am 22. November 2018 wurde dem Beschuldigten auf dessen Gesuch hin der vorzeitige Massnahmeantritt bewilligt (Urk. 30), worauf die ambulante Behandlung vom Amt für Justizvollzug am 3. Januar 2019 in Vollzug gesetzt wurde (Urk. 37).

B. Mit Eingabe vom 19. November 2018 hat die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland (nachfolgend: Staatsanwaltschaft) gegen das erstinstanzliche Urteil rechtzeitig die Berufung angemeldet (Urk. 27). Nach Erstattung der Berufungserklärung vom 28. Februar 2019 (Urk. 43) wurde dem Beschuldigten am 29. März 2019 Frist angesetzt, um Anschlussberufung zu erheben oder ein Nicht-eintreten auf die Berufung zu beantragen (Urk. 44). Der Beschuldigte liess sich in der Folge nicht vernehmen, was als Verzicht auf eine Anschlussberufung zu werten ist.

C. In der Folge wurden die Parteien auf den 24. September 2019 zur Berufungsverhandlung vorgeladen (Urk. 46). Zu dieser erschienen die appellierende Staatsanwaltschaft sowie der Beschuldigte in Begleitung seiner amtlichen Verteidigung (Prot. II S. 3 ff.). Nach durchgeführter Berufungsverhandlung wurde den Parteien mitgeteilt, dass bei Dr. med. B._____ eine Ergänzung seines psychiatrischen Gutachtens vom 6. Februar 2018 in Auftrag gegeben werde, worauf sich diese mit einer schriftlichen Fortsetzung des Verfahrens und einer schriftlichen Eröffnung des Urteils einverstanden erklärten (Prot. II S. 25).

D. Mit Beschluss vom 1. November 2019 wurde die Ergänzung des psychiatrischen Gutachtens von Dr. med. B._____ vom 6. Februar 2018 angeordnet (Urk. 58). Das Ergänzungsgutachten von Dr. med. B._____ vom 12. Februar 2020 ging am 14. Februar 2020 beim Gericht ein (act. 61). Die Verteidigung liess sich in der Folge mit Eingabe vom 21. Februar 2020 zum Ergänzungsgutachten vernehmen (Urk. 67), während die Staatsanwaltschaft auf eine Stellungnahme verzichtete (Urk. 66). Am 25. Februar 2020 wurde die Vernehmlassung der Verteidigung schliesslich der Staatsanwaltschaft zur Kenntnis zugestellt (Urk. 68).

II. Formelles

A. Rechtskraft des vorinstanzlichen Urteils

1. Gemäss Art. 402 StPO i.V.m. Art. 437 StPO wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils im Umfang der Anfechtung gehemmt. Nachdem die Staatsanwaltschaft ihre Berufung auf die Ziffer 4 des vorinstanzlichen Dispositivs beschränkt hat, bleibt das Urteil des Bezirksgerichts Bülach bezüglich der übrigen Punkte unangefochten. Mit Bezug auf Dispositivziffer 4 ist sodann festzuhalten, dass in diesem Zusammenhang auch die vorinstanzliche Anordnung der ambulanten Massnahme im Berufungsverfahren nicht moniert wird, da die Staatsanwaltschaft in ihrer Berufungserklärung ausdrücklich beantragt, es sei auch in zweiter Instanz eine ambulante Massnahme im Sinne von Art. 63 StGB anzuordnen, und sich in der Folge lediglich gegen den vorinstanzlichen Aufschub der Freiheitsstrafe zu Gunsten dieser Massnahme wendet (Urk. 43 S. 2).

2. Es ist daher vorweg mit Beschluss festzustellen, dass das Urteil des Bezirksgerichts Bülach hinsichtlich der Dispositivziffern 1 - 3, der Dispositivziffer 4 Satz 1 sowie der Dispositivziffern 5 - 10 in Rechtskraft erwachsen ist (Art. 399 Abs. 3 StPO i.V.m. Art. 402 und 437 StPO). Im angefochtenen Punkt (Dispositivziffer 4 Satz 2) ist das Urteil hingegen im Sinne von Art. 398 Abs. 2 StPO umfassend zu prüfen.

B. Beweisanträge

1. Die Staatsanwaltschaft hat in ihrer Berufungserklärung vom 28. Februar 2019 auf das Stellen von Beweisanträgen verzichtet (Urk. 43 S. 2), jedoch gleichzeitig angemerkt, dass vorliegend weitere Abklärungen im Rahmen eines Ergänzungsgutachtens durch denselben Gutachter durchaus möglich seien und dagegen nicht opponiert würde (Urk. 43 S. 5; Urk. 54 S. 11).

2. Anlässlich der Berufungsverhandlung haben die Parteien ebenfalls keine Beweisanträge gestellt (vgl. Prot. II S. 19).

III. Massnahme

A. Ambulante Massnahme

Die vorinstanzliche Anordnung der ambulanten Massnahme im Sinne von Art. 63 Abs. 1 StGB blieb im Berufungsverfahren unbestritten und ist demzufolge – wie bereits erwähnt – in Rechtskraft erwachsen. Entsprechend der Feststellung im erstinstanzlichen Urteilsdispositiv handelt es sich dabei um eine therapeutische Behandlung der psychischen Störung des Beschuldigten (vgl. Urk. 41 S. 24 [Dispositivziffer 4 Satz 1]), welche insbesondere in einer homosexuell ausgerichteten Pädophilie vom nicht ausschliesslichen Typus (ICD-10 F65.4) besteht.

B. Aufschub der Freiheitsstrafe zugunsten der ambulanten Massnahme

1. Grundlagen

1.1. Umstritten ist in zweiter Instanz die Frage des Aufschubes der vom Bezirksgericht ausgefallten Freiheitsstrafe zugunsten der angeordneten ambulanten Massnahme (vgl. Urk. 43 S. 2).

1.2. Hinsichtlich der rechtlichen Grundlagen zu dieser Thematik kann im Grundsatz auf die Erwägungen des erstinstanzlichen Urteils verwiesen werden. Die Vorinstanz hat insbesondere die in Art. 63 Abs. 2 StGB festgehaltene Regelung des Strafaufschubes sowie die in der Praxis dazu statuierten Grundvoraussetzungen der Ungefährlichkeit des Täters und der Vordringlichkeit der therapeutischen Behandlung korrekt wiedergegeben (vgl. Urk. 41 S. 16 f.).

1.3. Zur Voraussetzung der Ungefährlichkeit des Täters ist ergänzend festzuhalten, dass eine hinreichende Wahrscheinlichkeit der Begehung von künftigen Gewaltverbrechen regelmässig gegen die Durchführung einer ambulanten Massnahmen in Freiheit spricht, während das Risiko von Vermögensdelikten in der Regel nicht ausreicht, um dem Täter den Strafaufschub zu verwehren. Bei anderen Straftaten kommt es auf die konkrete Art und Intensität der Tat an. Die Gefährlichkeit des Täters kann sich mithin nicht nur aus früheren und aktuellen Gewalt- bzw. Sexualstraftaten ergeben, sondern auch aus anderen Verfehlungen,

sofern deren Art und Intensität für eine hinreichende Gefährdung der öffentlichen Sicherheit spricht. Hingegen reicht eine einschlägige Vorstrafe für sich allein nicht aus, um automatisch von einer Gefährlichkeit in diesem Bereich auszugehen (vgl. STRATENWERTH, Strafrecht, Allgemeiner Teil II, 2. Aufl., § 9 N 68). Da eine schlechte Legalprognose bei der Anordnung von Massnahmen per definitionem vorausgesetzt ist, bedarf es im Zusammenhang mit der Frage des Strafaufschubes vielmehr einer besonderen Rückfallgefahr, um von einem genügend gefährlichen Straftäter ausgehen zu können, wobei bei der Beurteilung der Legalprognose auch die Auswirkungen der angeordneten Behandlung mit zu berücksichtigen sind (vgl. BSK StGB-HEER Art. 63 N 44 und 46).

1.4.

a) Mit Bezug auf die Voraussetzung der Vordringlichkeit der therapeutischen Behandlung hat die Vorinstanz mit Verweis auf die einschlägige Rechtsprechung zutreffend festgehalten, dass sich ein Aufschub der Freiheitsstrafe zugunsten der ambulanten Massnahme insbesondere dann rechtfertigt, wenn eine tatsächlich gegebene Aussicht auf eine erfolgreiche Therapie des Täters durch den sofortigen Vollzug der ausgefallten Freiheitsstrafe verunmöglicht oder erheblich beeinträchtigt würde (Urk. 41 S. 16).

b) Das Bundesgericht hat zu dieser allgemeinen Formulierung diverse Präzisierungen entwickelt, um der Praxis die Beurteilung der Vereinbarkeit von Strafe und Massnahme im Einzelfall zu erleichtern. Danach geht die Therapie vor, sofern eine sofortige Behandlung gute Resozialisierungschancen eröffnet, welche der gleichzeitige Strafvollzug klarerweise verhindern oder massgeblich vermindern würde. Zu berücksichtigen sind in diesem Zusammenhang einerseits die Notwendigkeit und die Aussichten einer Behandlung, die Auswirkungen des Strafvollzuges auf den Behandlungserfolg sowie die bisherigen Therapiebemühungen des Täters, andererseits aber auch das kriminalpolitische Erfordernis, Straftaten schuldangemessen zu ahnden und sämtliche Täter einer rechtsgleichen Bestrafung zuzuführen (BGE 120 IV 3 ff.; Urteil 6B_53/2017 vom 2. Mai 2017, E. 1.3.). Wo ein Therapieerfolg wahrscheinlich ist, sollte nach der Praxis des Bundesgerichts tendenziell zunächst eine ärztliche Behandlung erfolgen (BGE 129 IV 162;

Urteil 6B_720/2008 vom 26. Dezember 2008, E. 3.2.). Dabei muss die Aussicht auf eine erfolgreiche Behandlung innert absehbarer Frist vorhanden sein. Bestehen die Erfolgchancen einer ambulanten Massnahme demgegenüber nur auf lange Sicht oder in lediglich bescheidenem Ausmass, so ist grundsätzlich von einem Strafaufschub abzusehen (vgl. BGE 129 IV 166 f.).

c) Ist eine therapeutische Behandlung bereits im Gang, so kommt es massgebend auf die Aussicht ihrer erfolgreichen Weiterführung an (BSK StGB-HEER, Art. 63 N 53; TRECHSEL/PAUEN BORER, Praxiskommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch [Praxiskommentar StGB], 3. Aufl., N 6 zu Art. 63 StGB mit Verweis auf BGE 115 IV 92). Es vermag sich in diesem Zusammenhang zu Gunsten eines Strafaufschubes auszuwirken, wenn die Behandlung bereits vor dem Urteilszeitpunkt kooperativ durchgeführt wurde. Obwohl die Aufnahme einer Behandlung selbstredend keinen Anspruch auf deren Fortführung in Freiheit zu begründen vermag, ist in der durch den Strafvollzug immanenten Zäsur ein relevanter Nachteil zu sehen, sofern die Therapie zuvor in guten Bahnen verlief. Entsprechend ist in diesen Fällen in der Regel ein Strafaufschub angezeigt (BSK StGB-HEER, Art. 63 N 53 zu mit Verweis auf BGE 114 IV 88 und BGE 101 IV 358; anders dagegen Urteil 6B_724/2008 vom 19. März 2009). Ob mit der Weiterführung der Behandlung ein Therapeutenwechsel verbunden ist, spielt in diesem Zusammenhang grundsätzlich keine Rolle, so lange die Therapie nach wie vor gute Erfolgsaussichten bietet (vgl. Urteil 6B_53/2017 vom 2. Mai 2017, E. 1.4.3.; Urteil 6B_720/2008 vom 26. Dezember 2008, E. 3.3.).

d) Das Bundesgericht hat in einem Entscheid aus dem Jahr 2010 betreffend mehrfache sexuelle Handlungen mit einem Kind den Standpunkt vertreten, dass die Möglichkeit von destabilisierenden Folgen eines Strafvollzuges nicht per se gegen eine strafvollzugsbegleitende Massnahme spricht (Urteil 6B_717/2010 vom 13. Dezember 2010, E. 3.2.). Andererseits hat es in einem späteren Urteil aus dem Jahr 2011 festgehalten, die Argumentation, der Strafvollzug bzw. das Gefängnismilieu wirke sich unter den konkreten Umständen ungünstig auf die Psychotherapie des Täters aus, könne einen Strafaufschub begründen (Urteil 6B_200/2011 vom 7. Juni 2011, E. 2.4.3.). In einem Fall aus dem Jahr 2006 hat das Bundesge-

richt die Freiheitsstrafe zugunsten der Massnahme aufgeschoben, weil sich bei einem Vollzug die körperlichen Beschwerden sowie auch die depressiven Symptome (insbesondere Suizidgedanken) des Beschuldigten verstärken würden, wodurch die Aussicht auf eine erfolgreiche Behandlung zusätzlich beeinträchtigt wäre (Urteil 6S.295/2006 vom 2. November 2006, E. 6.3.2.).

e) Im Rahmen der Bewertung der positiven und negativen Kriterien des Strafaufschubes hat das Gericht eine Interessenabwägung vorzunehmen, welche sich daran zu orientieren hat, dass die Vollzugsbegleitung die Regel und der Strafaufschub die Ausnahme darstellt (vgl. Urteil 6B_297/2014 vom 24. November 2014, E. 4.2.; Urteil 6B_981/2009 vom 25. Februar 2010, E. 1.2.; a.M. hingegen STRATENWERTH, AT II, § 9 N 74, welcher darauf hinweist, dass diese Wertung weder aus dem deutschen noch aus dem französischen Gesetzestext hervorgeht). Dabei können insbesondere Gründe der Rechtsgleichheit gegen einen Strafaufschub sprechen. Spezialpräventive Überlegungen haben demgemäss nur so lange Vorrang, als die generalpräventiven Mindestanforderungen noch gewahrt sind (BGE 129 IV 164; vgl. auch BSK StGB-HEER, Art. 63 N 57). Auf Seiten der generalpräventiven Aspekte kommt es nebst der Schuldfähigkeit des Täters massgeblich auf die Schwere der Straftat bzw. die Länge der Strafdauer an. In diesem Zusammenhang ist davon auszugehen, dass bei bedingten Freiheitsstrafen (bis zu 2 Jahren) die Abwägung schneller zu Gunsten des Strafaufschubes zu ziehen ist als bei Freiheitsstrafen ab 3 Jahren (vgl. dazu Vorentwurf zur Revision des AT StGB [1993], der bei Freiheitsstrafen ab 3 Jahren einen Automatismus der Anordnung einer vollzugsbegleitenden Massnahme vorsah, welchem Vorschlag dann aber nicht gefolgt wurde [Botschaft zur Revision des AT StGB [1998] S. 2090]). Im teilbedingten Bereich ist verstärkt auf die Umstände des Einzelfalles zu achten und die Interessenabwägung besonders sorgfältig vorzunehmen (vgl. BSK StGB-HEER, Art. 63 N 58). Das Bundesgericht ging mit Bezug auf die Strafdauer (noch unter Geltung des alten Rechts) davon aus, dass bei einer Freiheitsstrafe von 2 ½ bzw. 2 ¾ Jahren der Strafaufschub nicht an der Strafdauer scheitern muss (BGE 120 IV 5 bzw. Urteil 6B_981/2009 vom 25. Februar 2010, E. 1.2.). Grundsätzlich gilt, dass umso eher eine vollzugsbegleitende Massnahme anzuordnen ist, je weniger die Schuldfähigkeit des Täters beeinträchtigt ist und je länger die auszu-

sprechende Sanktion dauert (BGE 129 IV 161; BGE 120 IV 5; Urteil 6B_335/2012 vom 13. August 2012; Urteil 6B_107/2011 vom 23. Mai 2011). Allgemein ist jedoch stets im Auge zu behalten, dass eine erfolgreiche Therapie dem öffentlichen Interesse letztlich besser dient als eine reine Vergeltungsmassnahme (BGE 129 IV 164; vgl. auch TRECHSEL/PAUEN BORER, Praxiskommentar StGB, N 7 zu Art. 63 StGB).

f) Die Anordnung von Weisungen oder einer Bewährungshilfe bei Aufschub der Freiheitsstrafe ist durchaus möglich und oftmals auch hilfreich, dies insbesondere im Zusammenhang mit der Arbeits- oder Wohnungssuche des Täters (TRECHSEL/PAUEN BORER, Praxiskommentar StGB, N 12 zu Art. 63 StGB). Zu beachten bleibt in diesem Zusammenhang, dass bei einem Scheitern der ambulanten Behandlung bzw. der Weisung oder Bewährungshilfe auf den ursprünglichen Entscheid zurückgekommen und der Vollzug der Freiheitsstrafe oder eine stationäre Behandlung angeordnet werden kann (vgl. BGE 123 IV 105 f.).

g) Trotz all der vorstehenden Leitlinien verfügt das die Massnahme anordnende Gericht bei der Beurteilung des konkreten Einzelfalles nach wie vor über einen erheblichen Ermessensspielraum. Das Bundesgericht greift demzufolge nur dann in den vorinstanzlichen Entscheid ein, wenn sich dieser im Sinne einer Ermessensüberschreitung bzw. eines Ermessensmissbrauches als willkürlich erweist (BGE 129 IV 165; BGE 124 IV 248 f.; BGE 120 IV 4 f.).

h) Soweit das Gericht für die Beantwortung einer konkreten Frage auf eine fachkundliche Empfehlung angewiesen ist, hat es seinen Entscheid auch im Zusammenhang mit der Frage des Strafaufschubes auf ein psychiatrisches Gutachten zu stützen (BSK StGB-HEER, Art. 63 N 37 und 62 mit Verweis auf BGE 134 IV 253 f. und BGE 129 IV 161). In Bezug auf die Vordringlichkeit der Behandlung hat sich der Sachverständige insbesondere zu den Erfolgsaussichten der therapeutischen Massnahme sowie zur Wirkung des Strafvollzuges auf den Heilungserfolg zu äussern, denn die Frage, welche Auswirkungen eine Strafverbüssung auf die Psyche des Täters hat, übersteigt die Sachkunde des Gerichts und ist deshalb im Gutachten näher zu erläutern (BSK StGB-HEER, Art. 56 N 51 und Art. 63 N 62; BGE 116 IV 101 ff.; Urteil 6S.387/2004 vom 12. Dezember 2005, E. 3.2.). Letzt-

lich verbleibt die abschliessende Beurteilung der Voraussetzungen der Ungefährlichkeit des Täters und der Vordringlichkeit der Behandlung jedoch in der Kompetenz des Gerichts, welches bei seiner Entscheidung über den Strafaufschub eine Interessenabwägung in Würdigung der gesamten Umstände vorzunehmen und in diesem Zusammenhang insbesondere auch das Prinzip der Verhältnismässigkeit zu beachten hat (vgl. dazu BGE 116 IV 104; Urteil 6B_57/2016 vom 26. Mai 2016, E. 1.5.).

Ob das Gericht die in einem Gutachten oder Fachbericht enthaltenen Erörterungen für überzeugend und schlüssig hält und ob es dementsprechend den Schlussfolgerungen der Experten folgen soll, ist eine Frage der freien Beweiswürdigung. Erscheint dem Gericht die Schlüssigkeit eines Gutachtens in wesentlichen Punkten zweifelhaft, hat es nötigenfalls ergänzende Beweise zur Klärung dieser Zweifel zu erheben (vgl. Urteil 6B_57/2016 vom 26. Mai 2016, E. 1.5.). Entsprechend Art. 189 StPO lässt das Gericht ein Gutachten von Amtes wegen oder auf Antrag einer Partei durch die gleiche sachverständige Person ergänzen bzw. verbessern oder bestimmt einen weiteren Experten, wenn das Gutachten unvollständig oder unklar ist, mehrere Sachverständige in ihren Ergebnissen erheblich voneinander abweichen oder anderweitige Zweifel an der Richtigkeit des Gutachtens bestehen (vgl. Urteil 6B_296/2017 vom 28. September 2017, E. 3.2.; Urteil 6B_590/2013 vom 22. Oktober 2014, E. 1.1.). Ein Gutachten stellt namentlich dann keine rechtsgenügende Grundlage dar, wenn gewichtige und zuverlässig begründete Tatsachen oder Indizien dessen Überzeugungskraft ernstlich erschüttern (vgl. BGE 101 IV 129, E. 3a; BGE 102 IV 225, E. 7b; BGE 118 Ia 144, E. 1c). Dies trifft etwa dann zu, wenn der Sachverständige die an ihn gestellten Fragen nicht beantwortet, seine Erkenntnisse und Schlussfolgerungen nicht begründet oder diese in sich widersprüchlich sind bzw. die Expertise sonstwie an Mängeln krankt, die derart offensichtlich sind, dass sie auch ohne spezielles Fachwissen erkennbar sind (vgl. BGE 141 IV 372 f.; Urteil 6B_56/2018 vom 2. August 2018, E. 2.1.; Urteil 6B_829/2013 vom 6. Mai 2014, E. 4.1.).

Einem Therapeuten kommt dabei nicht dieselbe Unabhängigkeit und Neutralität wie einem amtlichen oder gerichtlichen Gutachter zu (Urteil 6B_652/2016

vom 28. März 2017, E. 3.4.2.). Jedoch sind Therapieberichte – wie auch Privatgutachten – grundsätzlich geeignet, die Erstellung eines Gutachtens zu rechtfertigen oder darzulegen, dass das Gutachten mangelhaft bzw. ergänzungsbedürftig ist (vgl. Urteil 6B_652/2016 vom 28. März 2017, E. 3.4.2.; Urteil 6B_328/2016 vom 6. Februar 2017, E. 6.4.3.).

2. Begutachtung des Beschuldigten

2.1. Die Staatsanwaltschaft hat in Nachachtung der vorstehend dargelegten Rechtslage am 11. August 2017 ein fachpsychiatrisches Gutachten über den Beschuldigten in Auftrag gegeben (Urk. 15/1). Das Gutachten von Dr. med. B. _____ datiert vom 6. Februar 2018 und äussert sich zur Frage der Schuldfähigkeit des Beschuldigten und zur Zweckmässigkeit einer Massnahme und zu deren Modalitäten (vgl. Urk. 15/10 S. 41 ff.).

2.2. Der Gutachter stellt in seiner Expertise für den Beschuldigten die Diagnosen einer rezidivierenden depressiven Störung (ICD-10: F33.1) sowie einer homosexuell ausgerichteten Pädophilie vom nicht ausschliesslichen Typus mit Päderastie (ICD-10: F65.4) bei uneingeschränkter Schuldfähigkeit hinsichtlich der Tatvorwürfe und einer hohen Rückfallgefahr für den Konsum von illegaler Pornografie bzw. einer moderaten Rückfallgefahr für sexuelle Handlungen mit Kindern (Urk. 15/10 S. 34 - 42). Im Zusammenhang mit der Frage der Massnahme erachtet das Gutachten eine ambulante Behandlung nach Art. 63 StGB als geeignet und erfolgversprechend, die belastete Legalprognose des Beschuldigten signifikant zu verbessern (Urk. 15/10 S. 43 + 45). Im Zentrum der therapeutischen Bemühungen soll das Erlernen eines konstruktiven Umgangs mit der devianten Neigung stehen. Des Weiteren soll an der Etablierung einer geordneten Tagesstruktur mit Beschäftigung zumindest im geschützten Rahmen gearbeitet werden, damit auch eine Verbesserung der affektiven Stabilität und Belastbarkeit sowie eine Reduktion der phobisch geprägten Rückzugstendenzen erfolgen kann. Eine stationäre Therapie sei derzeit nicht angezeigt. Insbesondere sei auch eine Massnahme für junge Erwachsene nach Art. 61 StGB angesichts des dortigen Settings, der ausgeprägten Mobbing Erfahrungen (mit insgesamt 5 Suizidversuchen) und dem Störungsprofil des Beschuldigten kontraproduktiv und demzufolge gutachterlich nicht zu empfeh-

len, da hier einzig die berufliche Förderung positiv zu werten wäre. Zu gross wären in diesem Zusammenhang die Scham, Ängste und Hemmungen bzw. die Rückzugstendenz des Beschuldigten. Die Gefahr für eine Instabilität in affektiven Krisen wäre im geschlossenen Rahmen aufgrund der eingeschränkten Belastbarkeit mithin – trotz grundsätzlich gegebener Hafterstellungsfähigkeit – deutlich erhöht und die Behandlungskontinuität damit eingeschränkt, weshalb ein ambulanter Ansatz nach Art. 63 StGB mit überwiegender Einzeltherapie zu präferieren sei. Bezüglich der Frage des Strafaufschubes zugunsten der ambulanten Massnahme sei ein Behandlungserfolg auch bei gleichzeitigem oder vorherigem Strafvollzug ohne nennenswerte Wirkeinsparungen gegeben (Urk. 15/10 S. 44 + 46).

2.3.

a) Eine forensische Begutachtung durch einen Sachverständigen im Sinne von Art. 182 ff. StPO hat in formeller und materieller Hinsicht diversen Anforderungen gerecht zu werden, welche sich im Laufe der Jahre in Lehre und Praxis herausgebildet haben.

b) In formeller Hinsicht ist wichtig, dass der Gutachter zur Erstattung der Expertise besonders befähigt ist, die Erstattung des Gutachtens höchstpersönlich vornimmt (insbesondere selber die Gespräche mit dem Beschuldigten führt) und in diesem Zusammenhang auf seine Pflichten hingewiesen worden ist. Der beauftragte Experte muss sich im Weiteren als generell unabhängig erweisen und darf in der besonderen Konstellation auch nicht als befangen erscheinen (vgl. zum Ganzen BSK StPO-HEER, Art. 183 StPO N 4 ff.; BSK StGB-HEER, Art. 56 N 56 ff.).

c) In materieller Hinsicht hat das Gutachten inhaltlich vollständig, genau sowie deutlich bzw. klar zu sein (vgl. Art. 189 lit. a StPO).

aa) Von einem unvollständigen Gutachten ist namentlich dann auszugehen, wenn der relevante Sachverhalt nicht vollständig erhoben wurde (BSK StPO-HEER, Art. 189 StPO N 11 f.). Unvollständig ist die Expertise auch dann, wenn die Antworten auf die gestellten Fragen überhaupt nicht oder nur rudimentär begründet sind. In diesem Zusammenhang sind insbesondere die umstrittenen Fragen im Gutachten ausführlich zu diskutieren (vgl. BGE 129 I 61). Die Begründungs-

pflicht des Sachverständigen muss dabei jedenfalls so weit reichen, dass die Schlussfolgerungen ohne Weiterungen nachvollziehbar sind (BGE 102 IV 226 f.; BGE 101 IV 129 f.). Massgebend für die Beurteilung der Vollständigkeit einer Expertise sind grundsätzlich die tatsächlichen Verhältnisse und der Stand der Wissenschaft im Zeitpunkt der Erstellung des Gutachtens (BGE 128 I 90). Da indes die Sachlage im Zeitpunkt des Urteils entscheidend ist, ist das Gutachten zu ergänzen, wenn aufgrund der veränderten Sachlage mit hinreichender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen ist, dass die Antworten auf die Gutachterfragen zufolge der Entwicklung seit Erstellung des Gutachtens anders ausfallen könnten als das Ergebnis der bereits erstatteten Expertise (BGE 106 IV 239; DONATSCH, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [Kommentar StPO], 2. Aufl., N 9 f. zu Art. 189 StPO).

bb) Ein ungenaues Gutachten liegt vor, sofern sich in dessen Verlauf Ungeheimheiten oder Widersprüchlichkeiten ergeben, was namentlich dann der Fall ist, wenn die einzelnen Begründungen des Sachverständigen nicht kohärent ineinandergreifen. Auch bei einem unsorgfältigen Arbeiten des Gutachters ist die Expertise als ungenau einzustufen. Ferner ist von einem ungenauen Gutachten zu sprechen, wenn etablierte Methoden und Kenntnisse nicht korrekt auf den zu beurteilenden Fall angewandt werden (DONATSCH, Kommentar StPO, N 9 f. zu Art. 189 StPO; BSK StPO-HEER, Art. 189 StPO N 13).

cc) Undeutlich ist ein Gutachten schliesslich dann, wenn der Sachverständige auf konkrete Fragen unklare bzw. unverständliche Antworten gibt, wenn unklar ist, auf welchen Methoden und Erkenntnissen die Schlussfolgerungen des Sachverständigen beruhen, oder wenn der Zusammenhang zwischen einzelnen Teilen des Gutachtens nicht klar ersichtlich ist (BSK StPO-HEER, Art. 189 StPO N 14).

d) Verfügt ein Gutachten über Mängel im vorgenannten Sinne, so sind diese von Amtes wegen zu beheben (BSK StPO-HEER, Art. 189 StPO N 4). Vorweg ist in diesem Zusammenhang dessen Ergänzung bzw. Erläuterung durch den mit der Expertise bereits befassten Sachverständigen zu prüfen, während sich die Anordnung eines weiteren Gutachtens nur in besonderen Fällen aufdrängt, dies namentlich dann, wenn der bisherige Gutachter der Sache fachlich nicht gewachsen

erscheint, falsche bzw. veraltete Methoden angewandt hat oder das Vertrauen in die Person des Experten in anderer Hinsicht stark erschüttert ist (BSK StPO-HEER, Art. 189 StPO N 16; BSK StGB-HEER, Art. 56 N 69).

2.4. Die psychiatrische Begutachtung des Beschuldigten durch Dr. med. B. _____ erweist sich in formeller Hinsicht als einwandfrei und ist in dieser Hinsicht in erster und zweiter Instanz denn auch von keiner Seite beanstandet worden. Dementsprechend erübrigen sich hierzu weitere Ausführungen.

2.5. Mit Bezug auf die inhaltlichen Aspekte des Gutachtens vom 6. Februar 2018 hat sich in den gerichtlichen Verfahren ergeben, dass der Beschuldigte kurz vor der Begutachtung eine neue Behandlung bei Dr. med. C. _____ begonnen hatte, welcher die Therapie neu aufgleist und insbesondere mit einer vertieften Befassung mit der pädosexuellen Problematik des Beschuldigten begonnen hat (Prot. I S. 14 + 16 f.). In der Folge hat der Beschuldigte die von der Vorinstanz angeordnete ambulante Massnahme zur Behandlung der psychischen Störung vorzeitig angetreten (Urk. 37), womit ein Wechsel zu einem forensisch spezialisierten Therapeuten verbunden war. Psychiater Dr. med. D. _____ bescheinigt dem Beschuldigten dabei in seinem Kurzbericht vom 29. August 2019 eine engagierte Teilnahme an den Sitzungen sowie die Bereitschaft, an den deliktsrelevanten Themen zu arbeiten (Urk. 50/1). Daneben hat der Beschuldigte seine im Mai 2018 begonnene Arbeitstätigkeit bei der Stiftung E. _____ – mit einem vorübergehenden Unterbruch – bis heute weiterverfolgt und plant nach dem Erreichen des Vollpensums den Antritt einer Lehre (Urk. 49 und 50/1+2; Urk. 55 S. 1 ff.; Urk. 56/1; vgl. auch Prot. II S. 8 f.).

Das Gutachten erweist sich vor diesem Hintergrund zwar für den Zeitpunkt seiner Erstellung sowohl hinsichtlich der therapeutischen als auch hinsichtlich der beruflichen Situation als vollständig, doch hatte sich die Begutachtung dazumals auf den Therapiestand im Januar 2018 zu stützen, wobei im Rahmen der kurz zuvor neu aufgleisten Behandlung erst zwei Sitzungen stattgefunden hatten und der Gutachter diesbezüglich mithin noch keinen eigentlichen Therapieverlauf in seine Überlegungen einbeziehen konnte. Seither wurde die Therapie insofern weitergeführt, als der Beschuldigte im Februar 2019 eine deliktsbasierte Behand-

lung bei einem spezialisierten Therapeuten begonnen und diese Behandlung bis heute in wöchentlichem Turnus aufrecht erhalten hat (Prot. II S. 13 f.). Auch mit Bezug auf die berufliche Situation hat sich seit der Begutachtung vom April 2018 insoweit eine bedeutsame Entwicklung ergeben, als der Beschuldigte mittlerweile seine berufliche Integration in die Wege geleitet hat und bis heute im selben Anstellungsverhältnis tätig ist. Es ist mithin festzuhalten, dass sich die massgebenden Verhältnisse seit der Begutachtung des Beschuldigten – entgegen der Auffassung der Staatsanwaltschaft (Urk. 54 S. 7 ff.) – in zwei wesentlichen Punkten verändert haben, stellen doch der therapeutische Verlauf sowie die berufliche Integration eines Probanden regelmässig relevante Kriterien dar, um die Vereinbarkeit von Strafe und Massnahme im konkreten Fall beurteilen zu können. Hinzu kommt, dass der aktuell behandelnde Therapeut in seinem Kurzbericht vom 29. August 2019 in einem allfällig angeordneten Strafvollzug eine Behinderung der Resozialisierung des Beschuldigten sieht (Urk. 50/1). Ein solcher Bericht vermag zwar ein fachpsychiatrisches Gutachten nicht in den Hintergrund zu drängen, doch ist er aufgrund seiner Aktualität geeignet, das Gutachten derart in Frage zu stellen, dass eine Ergänzung bzw. Erläuterung angezeigt erscheinen kann (vgl. vorne Ziffer III./1.4.h), zumal es sich beim gegenwärtigen Therapeuten des Beschuldigten ebenfalls um einen forensisch spezialisierten Psychiater handelt, welcher über die erforderlichen Fachkenntnisse bezüglich der vorliegend relevanten Fragen verfügt.

2.6. Das Gericht hat demzufolge in Berücksichtigung der vorstehenden Sachlage mit Beschluss vom 1. November 2019 bei Dr. med. B._____ ein Ergänzungsgutachten in Auftrag gegeben (Urk. 58), welches sich insbesondere zur Legalprognose und zu den Entwicklungen seit der Hauptbegutachtung zu äussern bzw. bestimmte Passagen des Hauptgutachtens näher zu erläutern hatte (Urk. 59 S. 2 f.; vgl. auch vorne Ziffer I./D.).

a) Der Gutachter hält in seiner ergänzenden Begutachtung, in deren Rahmen er mit dem Beschuldigten eine weitere zweistündige Exploration abhielt und darüber hinaus ein halbstündiges Telefonat mit dem betreuenden Therapeuten Dr. med. D._____ führte (vgl. Urk. 61 S. 3), fest, dass angesichts der verbesser-

ten Kontrollfähigkeit des Beschuldigten und des bisher günstigen Behandlungsverlaufs die Rückfallgefahr für sogenannte "Hands-off-Delikte" – im Gegensatz zum Zeitpunkt des Hauptgutachtens, als diese als hoch eingeschätzt wurde – nunmehr zumindest als deutlich bis hoch einzustufen sei, wobei die Prognose insbesondere noch durch die monotone Freizeitgestaltung sowie die sexuell deviante Ansprechbarkeit belastet sei. Die Bewährungsaussichten betreffend "Hands-on-Delikte" stuft der Experte weiterhin als intakt ein. Insgesamt sieht er die Legalprognose leicht günstiger als zum Zeitpunkt der Hauptbegutachtung (Urk. 61 S. 13).

b) Die Erfolgsaussichten der ambulanten Massnahme im Sinne von Art. 63 StGB erachtet der Gutachter aufgrund der aktuellen Therapieberichte nach wie vor als positiv. Insbesondere hebt er hervor, dass auf therapeutischer Ebene eine formale wie inhaltliche Compliance habe etabliert werden können, welche eine Vertrauensbasis für die Zusammenarbeit mit dem Therapeuten begründe. Die Möglichkeit zur deliktpräventiven Arbeit sowie die Transparenz und Sensibilität für Risikosituationen seien erfreulich und manifestierten sich in der bisher zweijährigen Rückfallfreiheit seit der Hauptbegutachtung. Zudem hätten die Wohnsituation und die Tagesstruktur verbessert werden können, was mit einer erhöhten Selbständigkeit des Exploranden einhergehe. Der Explorand deklariere auch realistische Ziele und signalisiere Motivation, an seiner Weiterentwicklung zu arbeiten, auch wenn ihn die psychische Problematik hierbei beeinträchtige (Urk. 61 S. 14).

c) Aufgrund dieser günstigen Entwicklung sind die Auswirkungen eines Vollzuges der Freiheitsstrafe gemäss dem Gutachter mittlerweile klar negativ zu beurteilen. Da bereits eine positive Entwicklung in mehreren deliktpräventiven Bereichen erzielt worden sei, wie insbesondere die Etablierung einer deliktorientierten Therapie sowie die Verbesserung der Wohn- und Arbeitssituation, wäre eine nachträgliche Weiterführung der Massnahme in Haft ungünstig, weshalb aus gutachterlicher Sicht nunmehr klar davon abzuraten sei, zumal der Vollzug zu einem Verlust der Arbeitstätigkeit und der gegenwärtigen Wohnsituation führen, einen Therapeutenwechsel nötig machen und die psychische Stabilität des Exploranden beeinträchtigen würde. Eine strafvollzugsbegleitende Massnahme mache demzu-

folge unter dem Aspekt der Erfolgsaussicht keinen Sinn mehr, da sie nur mit relevanten Nachteilen verbunden und damit kontraproduktiv wäre (Urk. 61 S. 15 f.).

3. Würdigung

3.1. Im Rahmen der Beurteilung der vorliegend zentralen Frage, ob ein Aufschub der gegen den Beschuldigten ausgesprochenen Freiheitsstrafe von 2 ½ Jahren zugunsten der angeordneten ambulanten Massnahme als gerechtfertigt erscheint, hat das Berufungsgericht – wie gesagt – in Würdigung der beiden massgebenden Grundvoraussetzungen der Ungefährlichkeit des Täters und der Vordringlichkeit der Behandlung gestützt auf die beiden erstatteten psychiatrischen Gutachten eine Interessenabwägung zwischen dem Strafanspruch des Staates unter Inkaufnahme von Nachteilen einer Freiheitsstrafe und den spezialpräventiven Interessen an einer erfolgreichen Behandlung des Beschuldigten mit entsprechender Reduktion der Rückfallgefahr vorzunehmen (vgl. Urteil 6B_954/2015 vom 6. April 2016, E. 1.1.4.; vgl. dazu auch bereits vorne Ziffer III./1.4.e).

3.2. Hinsichtlich der vorauszusetzenden Ungefährlichkeit des Beschuldigten ist für den vorliegenden Fall festzuhalten, dass dieser am 9. Juli 2013 einen Strafbefehl erwirkt hat, mit welchem er wegen sexuellen Handlungen mit Kindern im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 StGB und sexueller Nötigung im Sinne von Art. 189 Abs. 1 StGB (Berührungen, Massage und Küssen des Penis) sowie Pornografie im Sinne von Art. 197 Ziff. 3^{bis} StGB (Speichern von Bildern und Videos mit vorwiegend kinderpornografischem Inhalt) mit einer Geldstrafe von 180 Tagessätzen zu je Fr. 60.– sowie mit einer Busse von Fr. 500.– bestraft wurde (Urk. 22). Trotz dieser einschlägigen Vorstrafe ist aber noch nicht von einer Gefährdung der öffentlichen Sicherheit in dem Masse auszugehen, dass der Strafaufschub zugunsten einer Massnahme zum vornherein ausgeschlossen wäre. Der Beschuldigte hat die sexuellen Handlungen mit dem damaligen Opfer glaubhaft als grossen Fehler taxiert und ist seither in dieser Hinsicht auch nicht mehr straffällig geworden. Vor diesem Hintergrund reicht der einmalige Rückfall in die Pornografie nicht aus, um den Beschuldigten als für die Allgemeinheit als derart gefährlich einzustufen, dass sich die Durchführung einer therapeutischen Behandlung ausserhalb eines gesicher-

ten Rahmens nicht mehr rechtfertigen würde, zumal er ansonsten keinen getrübbten Leumund aufweist.

Im Ergebnis ist demzufolge mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass die Voraussetzung der Ungefährlichkeit des Beschuldigten gegeben ist bzw. dass sich die von ihm ausgehende Gefährlichkeit massiv reduziert hat. Die Möglichkeit des Aufschiebes der ausgefallten Freiheitsstrafe kann aufgrund des Kriteriums der Gefährlichkeit nicht verneint werden.

3.3.

a) Was die Vordringlichkeit der therapeutischen Behandlung anbelangt, so hat der Gutachter sowohl im Haupt- wie auch im Ergänzungsgutachten die Notwendigkeit einer ambulanten Massnahme zwecks Therapie der psychischen Störungen des Beschuldigten unmissverständlich bejaht und einer solchen Massnahme auch gute Chancen zugebilligt, das Rückfallrisiko beim Beschuldigten signifikant zu senken. Im Zentrum der therapeutischen Bemühungen soll gemäss dem Gutachter insbesondere das Erlernen eines konstruktiven Umganges mit der devianten sexuellen Neigung stehen. Des Weiteren soll aber auch an der Etablierung einer geordneten Tagesstruktur mit Beschäftigung zumindest im geschützten Rahmen gearbeitet werden, damit eine Verbesserung der affektiven Stabilität und Belastbarkeit sowie eine Reduktion der phobisch geprägten Rückzugstendenz erfolgen kann (vgl. Urk. 15/10 S. 43 + 45; Urk. 61 S. 14).

b) Hinsichtlich der Therapiebemühungen des Beschuldigten konnte der Gutachter zum Zeitpunkt der Hauptbegutachtung im Februar 2018 mit Bezug auf die intrinsische Veränderungsmotivation noch keine positive Schlussfolgerung ziehen, da der Beschuldigte zu dieser Zeit die engmaschigere Therapie bei Dr. med. C._____ unter Einbezug der pädosexuellen Aspekte erst seit kurzem angetreten hatte (Urk. 15/10 S. 35). Diesbezüglich kann aber nunmehr festgehalten werden, dass der Beschuldigte die begonnene deliktsbezogene Therapie bei Dr. med. C._____ kontinuierlich weiterverfolgt hat und die Behandlung nunmehr im Rahmen des vorzeitigen Antrittes der ambulanten Massnahme bei einem forensisch spezialisierten Therapeuten weiter vertieft wurde. Dementsprechend konstatiert auch der Gutachter in seinem Ergänzungsgutachten eine erfreuliche Entwicklung

bezüglich des bisherigen Massnahmeverlaufs und weist darauf hin, dass auf therapeutischer Ebene mittlerweile eine formale wie inhaltliche Compliance bestehe sowie eine Vertrauensbasis für die Zusammenarbeit mit dem Therapeuten habe gebildet werden können, in deren Rahmen deliktpräventiv gearbeitet werden könne. Der Explorand zeige sich transparent und sensibilisiert für Risikosituationen und sei zudem engagiert, deliktpräventives Wissen zu verinnerlichen und umzusetzen (Urk. 61 S. 14). Die im Zeitpunkt der Hauptbegutachtung noch fragliche Veränderungsbereitschaft des Beschuldigten kann vor dem Hintergrund der jüngsten Entwicklung somit nicht mehr verneint werden, auch wenn dem Beschuldigten klar sein muss, dass die Therapie noch keineswegs an ihrem Endziel angelangt ist und er in dieser Hinsicht unter Inanspruchnahme fremder Hilfe noch weiterhin intensiv an sich arbeiten muss.

c) Zu den Auswirkungen eines geschlossenen Vollzugs der Massnahme auf den Beschuldigten erwog der Gutachter bereits im Hauptgutachten, dass ein solches Setting aufgrund der verschiedenen Defizite (wie Scham, Ängste und Hemmungen mit Rückzugstendenz aufgrund des erfahrenen Mobbings) und insbesondere der eingeschränkten Belastbarkeit des Beschuldigten zu affektiven Krisen und einer damit einhergehenden Instabilität führen könnte, wobei er im Rahmen seiner Ausführungen zur Massnahme für junge Erwachsene ergänzte, diese Umstände würden auch die Behandlungskontinuität einschränken (vgl. Urk. 15/10 S. 44 + 46). Diese Einschätzung findet sich im Ergänzungsgutachten bestätigt. Namentlich geht der Gutachter nunmehr davon aus, dass die Auswirkungen eines Vollzugs der Freiheitsstrafe auf die psychische Verfassung des Beschuldigten angesichts des günstigen Verlaufs mittlerweile klar negativ zu beurteilen seien. Da bereits eine positive Entwicklung in mehreren deliktpräventiven Bereichen erzielt worden sei, wäre eine nachträgliche Weiterführung der Massnahme in Haft ungünstig, weshalb aus gutachterlicher Sicht mittlerweile klar davon abzuraten sei. Eine Notwendigkeit für eine strafvollzugsbegleitende Behandlung ergebe sich aus aktueller Sicht erst, wenn sich die Durchführbarkeit der angeordneten Massnahme in Freiheit als nicht ausreichend gegeben erweise oder der Explorand rückfällig zu werden drohe (Urk. 61 S. 14 f.).

d) In Übereinstimmung mit dem Ergänzungsgutachten ist mithin festzuhalten, dass die Entwicklung des Beschuldigten seit den vorliegend zu beurteilenden Taten positiv verlaufen ist, auch wenn die gesteckten Ziele noch nicht allesamt erreicht sind. So hat sich in den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten insofern eine Stabilisierung ergeben, als dieser nunmehr seit rund zwei Jahren im Teilpensum von mindestens 50 Prozent arbeitstätig ist, was ihn zumindest teilweise aus der sozialen Isolation zu befreien vermochte. Der Strafvollzug würde diese Stabilisation zweifellos beeinträchtigen und einen abrupten Einschnitt in die im Gang befindliche Integration des Beschuldigten bedeuten, was sowohl die weitere Behandlung als auch die Legalprognose des Beschuldigten merklich gefährden würde. Zwar vermag die mit dem Freiheitsentzug drohende Destabilisierung in den persönlichen Verhältnissen für sich allein noch keinen Strafaufschub zugunsten einer begonnenen ambulanten Behandlung zu bewirken (vgl. Urteil 6B_53/2017 vom 2. Mai 2017, E. 1.4.3.). Die Auswirkungen des Strafvollzuges auf die Situation des Beschuldigten gehen im vorliegenden Fall jedoch über eine solche Destabilisierung hinaus, indem der Vollzug mit seinen begleitenden Faktoren die nach wie vor gegebenen psychischen Beschwerden tendenziell verstärken und insbesondere zu einem Wiederaufleben der depressiven Symptomatik führen könnte, was aufgrund der Vorgeschichte und der Labilität des Beschuldigten (mit insgesamt 5 Suizidversuchen) die Behandlungskontinuität gemäss dem Gutachter nunmehr definitiv erschweren würde (vgl. dazu Urteil 6S.295/2006 vom 2. November 2006, E. 6.3.2.).

e) Wie der Gutachter sodann hervorhebt, ergibt sich für den Beschuldigten im Rahmen der Therapie die Notwendigkeit des Erlernens eines konstruktiven Umgangs mit seiner devianten sexuellen Neigung und der Etablierung einer geordneten Tagesstruktur mit Beschäftigung zumindest im geschützten Umfeld, damit eine Verbesserung der affektiven Belastbarkeit und eine Reduktion der phobisch geprägten Rückzugstendenzen erfolgen kann (Urk. 15/10 S. 44). Obwohl die Etablierung einer geordneten Tagesstruktur mit Verbesserung der affektiven Belastbarkeit grundsätzlich auch im Strafvollzug möglich ist, stellen sich diesbezüglich nachhaltige Erfolge aber insbesondere in Freiheit ein, da eine Abkehr aus der sozialen Isolation notorischerweise am besten im Rahmen der Bewältigung des

Alltages mit einer regelmässigen Arbeitstätigkeit gelingt. Insbesondere erscheint aber auch das Erlernen eines konstruktiven Umgangs mit der devianten Neigung am besten ausserhalb eines geschlossenen Settings umsetzbar, da die Auseinandersetzung mit den Versuchungen des Alltages mit jederzeit frei zugänglichem Internet nur in diesem Umfeld erfolgen kann. Demgegenüber könnte mit dem Beschuldigten in einem geschlossenen Rahmen kaum an Strategien gearbeitet werden, wie er seine sexuellen Neigungen und insbesondere den Pornografiekonsum im normalen Leben zu kontrollieren vermag.

Ferner ist darauf hinzuweisen, dass eine ambulante Therapie in einer Strafvollzugsanstalt naturgemäss über weniger Flexibilität verfügt als eine Behandlung bei einem frei praktizierenden Psychiater. Insbesondere ist die Therapie im Vollzug regelmässig mit Gruppensettings verbunden, was den labilen Beschuldigten schnell einmal überfordern würde. Stattdessen ist der Beschuldigte – in Übereinstimmung mit der entsprechenden Empfehlung des Gutachters (vgl. Urk. 15/10 S. 46) – aufgrund seiner phobischen Komponente auf eine engmaschige und gut strukturierte Einzeltherapie angewiesen, in deren Rahmen er sich nur beim Therapeuten exponieren muss. Der Beschuldigte befindet sich diesbezüglich mittlerweile auf einem guten Weg, indem er bei Dr. med. D. _____ seit nunmehr über einem Jahr eine persönlichkeits- und deliktsorientierte Behandlung durchläuft und sich dabei mit seiner pädosexuellen Neigung aktiv auseinandersetzt (Urk. 50/1; Urk. 61 S. 11). Im Zusammenspiel mit seiner Arbeitstätigkeit bietet dieser Rahmen aussichtsreiche Gewähr für eine Minimierung der phobisch geprägten Rückzugstendenzen, was auch der Gutachter als wichtigen rückfallmindernden Faktor erachtet. Es erscheint somit auch aus dieser Warte angezeigt, dass der noch junge Beschuldigte die Chance erhält, die in Freiheit begonnene Stabilisierung und die damit einhergehende Sozialisierung im Rahmen eines geregelten Alltages ausserhalb des Strafvollzuges weiter zu verfestigen und auf dieser Basis eine möglichst weitgehende berufliche Integration anzustreben, was in seinem Fall einen weiteren Garanten für die Verbesserung der Legalprognose darstellen würde.

Anzufügen bleibt, dass der Beschuldigte nunmehr auch seine Wohnsituation regeln konnte und per 16. September 2019 in das betreute Wohnen der Stiftung

E._____ eingetreten ist, wo er sich gemäss seinen Angaben in der Berufungsverhandlung wohl fühlt und einen geregelten Tagesablauf einhalten kann (Urk. 49 und 50/3; Urk. 55 S. 2 f.; Urk. 56/2; Prot. II S. 6 f.). Die damit einhergehende Lösung des Beschuldigten vom mütterlichen Haushalt dürfte seine soziale Integration weiter vorantreiben und ihm auf diese Weise zu weiterer Stabilität im Alltag verhelfen.

f) Schliesslich ist auf die Probleme hinzuweisen, die sich aufgrund eines erneuten Wechsels des Therapeuten ergeben würden. Der Beschuldigte hat nach einer ersten Therapie bei Dr. med. F._____, welche sich auf die Angst- und Depressionsproblematik beschränkte, bei Dr. med. C._____ eine deliktsbasierte Behandlung begonnen, welche aufgrund der mangelnden Spezialisierung dieses Arztes im Rahmen des vorzeitigen Massnahmeantrittes durch eine Behandlung des mit forensischen Massnahmen vertrauten Psychiaters Dr. med. D._____ abgelöst wurde. Der Beschuldigte erklärte dazu an der Berufungsverhandlung, dass er bei Dr. med. D._____ seit Februar 2019 wöchentlich einen Termin habe, wo es entweder um das Delikt oder um "Psychisches" gehe. In der Therapie habe er schon viel erfahren und auch bereits Wege zur Verhinderung der Begehung erneuter Delikte angeschaut. Mittlerweile komme er denn auch nicht mehr in Versuchung, irgendwo einschlägige Seiten im Internet herunterzuladen (Prot. II S. 13 f.). Mit der Anordnung einer vollzugsbegleitenden Massnahme würde dieses Therapieverhältnis erneut abgebrochen werden müssen, womit sich der Beschuldigte bereits zum vierten Mal auf einen neuen Therapeuten einlassen müsste, was gerade für eine sozial introvertierte Person wie ihn mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden wäre. Ein Therapeutenwechsel vermag für sich allein zwar noch keine erhebliche Beeinträchtigung des Therapieerfolges zu indizieren, doch ist dieser Umstand im Fall des labilen Beschuldigten als weiterer Faktor zu sehen, welcher die Behandlung merklich ungünstig beeinflussen könnte.

g) Bei dieser geschilderten Sachlage wären die Einflüsse eines gleichzeitigen Strafvollzuges auf die nunmehr bereits seit Januar 2018 im Gang befindliche ambulante Therapie des Beschuldigten angesichts seiner Vorgeschichte, seiner sozialen Phobie und seiner nach wie vor beeinträchtigten Belastbarkeit durchaus

derart bedeutsam, dass sie als erheblich eingestuft werden müssen. Dies bestätigt nun auch der Gutachter, welcher in seinem Ergänzungsgutachten festhält, dass sich der Effekt einer strafvollzugsbegleitenden Massnahme mittlerweile deutlich nachteiliger als zum Zeitpunkt der Hauptbegutachtung darstelle und eine derart ausgestaltete Massnahme unter dem Aspekt der Erfolgsaussichten keinen Sinn mehr mache, da diese Variante nun mit relevanten Nachteilen verbunden und damit kontraproduktiv wäre (Urk. 61 S. 15 f.).

3.4. Was auf der anderen Seite die generalpräventiven Aspekte des Falles betrifft, so ist die gegen den Beschuldigten ausgesprochene Freiheitsstrafe von zweieinhalb Jahren zwar sicherlich nicht kurz, doch bewegt sie sich auch nicht in einem Rahmen, welcher einen Strafaufschub aufgrund von generalpräventiven Überlegungen grundsätzlich ausschliessen würde (vgl. BGE 120 IV 5). Vielmehr ist bei Strafen im teilbedingten Bereich besonderes Augenmerk auf die Umstände des Einzelfalles zu legen, wobei im Auge zu behalten ist, dass dem öffentlichen Interesse letztlich mehr gedient ist, wenn ein Straftäter optimal therapeutisch behandelt und auf diese Weise die Legalprognose verbessert werden kann, was gemäss den entsprechenden Ausführungen im Ergänzungsgutachten denn auch bereits ansatzweise geschehen ist (vgl. Urk. 61 S. 13). Es kann somit nicht gesagt werden, dass im vorliegenden Fall bei einem Strafaufschub die generalpräventiven Mindestanforderungen nicht mehr gewährleistet wären und demzufolge das strafprozessuale Gleichbehandlungsgebot in stossender Weise verletzt wäre. Diese Würdigung rechtfertigt sich auch in Anbetracht der noch vollständig erhaltenen Schuldfähigkeit des Beschuldigten, zumal diesbezüglich zu bedenken ist, dass die Delikte in engem Zusammenhang mit dessen krankhafter pädophiler Neigung stehen, was ihm merklich erschwert haben dürfte, seine tatbestandsmässigen Handlungen zu kontrollieren.

4. Fazit

4.1. Nach dem Gesagten überwiegen aufgrund der jüngsten Entwicklungen und den damit nach wie vor intakten Bewährungsaussichten des Beschuldigten in Freiheit vorliegend die spezialpräventiven Gesichtspunkte die generalpräventiven Überlegungen betreffend eine konsequente Durchsetzung des Strafanspruches

unter Gleichbehandlung sämtlicher Täter, da sowohl die Art der Taten als auch das dabei verwirkte Verschulden des Beschuldigten es nicht rechtfertigen, das nach wie vor bestehende Interesse an einer möglichst raschen Resozialisierung des mit erheblichen psychischen Störungen kämpfenden Beschuldigten in den Hintergrund zu drängen. Es erweist sich demgemäss als angemessen, aus Gründen der Heilbehandlung von einer gleichzeitigen Vollstreckung von Strafe und Massnahme abzusehen. Dementsprechend ist in Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils der Vollzug der Freiheitsstrafe zugunsten der ambulanten Massnahme aufzuschieben.

4.2. Anzumerken bleibt in diesem Zusammenhang, dass bei jeglichem Rückfall des Beschuldigten in das Sexualstrafrecht unvermittelt die Einleitung eines Nachverfahrens im Sinne von Art. 63b StGB (mit Prüfung des Strafvollzuges bzw. einer stationären Massnahme) in Betracht zu ziehen wäre, was den Beschuldigten zusätzlich motivieren dürfte, den nunmehr eingeschlagenen Weg beizubehalten und sich in Zukunft definitiv deliktsfrei in der Gesellschaft zu bewegen.

IV. Kostenfolgen

A. Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens und Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Inwiefern eine Partei im Sinne dieser Bestimmung obsiegt oder unterliegt, hängt davon ab, in welchem Ausmass ihre vor der zweiten Instanz gestellten Anträge gutgeheissen werden (Urteil 6B_1025/2014 vom 9. Februar 2015, E. 2.4.1.).

Nachdem die Staatsanwaltschaft mit ihrem Antrag auf Anordnung einer ambulanten Massnahme ohne Strafaufschub unterliegt, sind die Kosten des Berufungsverfahrens – einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung – definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen.

B. Die amtliche Verteidigung ist entsprechend der eingereichten Honorarnote vom 30. März 2020, welche sich in ihrer Höhe als angemessen erweist (Urk. 70), für ihre Bemühungen und Auslagen im Berufungsverfahren mit insgesamt Fr. 4'714.90 (inkl. MWSt) zu entschädigen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, I. Abteilung, vom 14. November 2018 bezüglich der Dispositivziffern 1 - 3 (Schuld- und Strafpunkt), 4 Satz 1 (Anordnung ambulante Massnahme), 5 (Widerruf), 6 - 8 (Einziehung/Herausgabe/Datenlöschung) und 9 - 10 (Kostendispositiv) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird zugunsten der ambulanten Massnahme aufgeschoben.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 4'000.00 ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 4'714.90 amtliche Verteidigung
Fr. 4'340.00 Ergänzungsgutachten.
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden auf die Gerichtskasse genommen.
4. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland
 - den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
 - das Bundesamt für Polizei, Bundeskriminalpolizei, Nussbaumstr. 29, 3003 Bern

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 und B.

5. 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, 20. April 2020

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Wenker

lic. iur. Schwarzenbach-Oswald