Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.452/2004 /gnd

Urteil vom 1. Oktober 2005
Kassationshof

Besetzung
Bundesrichter Schneider, Präsident,
Bundesrichter Kolly, Zünd,
Gerichtsschreiber Boog.

Parteien
X._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Matthias Brunner,

gegen

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Postfach, 8090 Zürich.

Gegenstand
Wiederaufnahme des Verfahrens (Art. 397 StGB),

Nichtigkeitsbeschwerde gegen den Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich, Revisionskammer, vom 28. Juni 2004.

Sachverhalt:
A.
A.a X,._____ nahm im Zeitraum von 1989 bis April 1997 mit insgesamt sieben Kindern im Alter von ca. sechs bis zwölf Jahren, darunter einer Nichte und einem Neffen, zahlreiche sexuelle Handlungen vor. Im Einzelnen reichten die Übergriffe von Streicheln und Manipulieren der Geschlechtsteile der Opfer und Masturbation bis hin zu Oral- und versuchtem Analverkehr. Ausserdem führte er einzelnen Kindern verschiedentlich pornographische Filme vor.

Aufgrund dieses Sachverhalts erklärte ihn das Obergericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 30. März 2000 in zweiter Instanz der mehrfachen sexuellen Handlungen mit Kindern im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 StGB, der mehrfachen Schändung im Sinne von Art. 189 Abs. 2 aStGB, der Schändung im Sinne von von Art. 191 StGB sowie der mehrfachen Pornographie im Sinne von Art. 197 Ziff. 1 StGB schuldig und verurteilte ihn zu fünf Jahren Zuchthaus unter Anrechnung der ausgestandenen Untersuchungshaft. Ferner ordnete es eine ambulante Behandlung des Beurteilten gemäss Art. 43 Ziff. 1 Abs. 1 StGB an. Vom Aufschub der Strafe zugunsten der Massnahme sah es ab. Schliesslich entschied es über die geltend gemachten Schadenersatz- und Genugtuungsforderungen.

Eine von X,._____ hiegegen geführte kantonale Nichtigkeitsbeschwerde wies das Kassationsgericht des Kantons Zürich am 5. Februar 2001 ab, soweit es darauf eintrat. Eine eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde an den Kassationshof des Bundesgerichts wurde zwar angemeldet, in der Folge aber nicht begründet.
A.b Der Psychiatrisch-Psychologische Dienst der Justizdirektion des Kantons Zürich (PPD) erstattete im Strafverfahren am 30. Juli 1998 über X,._____ ein Gutachten (nachfolgend: Gerichtsgutachten). Bereits am 30. Juni 1998 hatte sich dieser beim PPD in Behandlung begeben.

In der Folge bot das Amt für Justizvollzug X,._____ zunächst auf den 18. Juni 2001, später - auf des-

sen Antrag hin - auf den 11. Februar 2002 zum Strafantritt auf. Diesem Aufgebot leistete X,._____ keine Folge. Am 27. März 2002 stellte sein Vertreter das Gesuch, vom Vollzug der Strafe vorläufig abzusehen und die ambulante Massnahme unverzüglich in Vollzug zu setzen. Dieses Gesuch wies das Amt für Justizvollzug ab und setzte mit Verfügung vom 10. Mai 2002 den Strafantritt auf den 17. Juli 2002 fest. Auf Rekurs hin ordnete die Direktion der Justiz und des Inneren des Kantons Zürich mit Beschluss vom 25. Juli 2002 die unverzügliche Regelung der ambulanten Massnahme an und hielt gleichzeitig am Vollzug der ausgesprochenen Strafe fest. Daraufhin wurde X,._____ auf den 19. Januar 2004 zum Strafantritt aufgeboten.
B.
Am 23. Dezember 2003 stellte X,._____ gestützt auf ein Privatgutachten von Lothar Reger, Oberarzt und Bereichsleiter Forensik an der Psychiatrischen Klinik Wil, vom 18. September 2003 (nachfolgend: Privatgutachten) ein Begehren um Wiederaufnahme des Verfahrens. Er beantragte, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich sei aufzuheben und die Sache an das Bezirksgericht Bülach zur Ausfällung einer Freiheitsstrafe unter Aufschub des Strafvollzugs zugunsten einer ambulanten Massnahme gemäss Art. 43 Ziff. 1 Abs. 1 i.V.m. Ziff. 2. Abs. 2 StGB zurückzuweisen. Die Revisionskammer des Obergerichts des Kantons Zürich wies das Revisionsgesuch mit Beschluss vom 28. Juni 2004 ab.
C.
X,._____ führt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, der Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 28. Juni 2004 sei aufzuheben. Ferner ersucht er um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege.
D.
Das Obergericht des Kantons Zürich hat auf eine Stellungnahme verzichtet. Vernehmlassungen wurden nicht eingeholt.
E.
Das Kassationsgericht des Kantons Zürich hat mit Beschluss vom 23. Mai 2005 eine in derselben Sache von X,._____ geführte kantonale Nichtigkeitsbeschwerde teilweise gutgeheissen und zu Handen des Bundesgerichts zwei Erwägungen des angefochtenen Beschlusses gestrichen. Im Übrigen wies es die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
1.1 Die Nichtigkeitsbeschwerde kann nur damit begründet werden, dass die angefochtene Entscheidung eidgenössisches Recht verletze (Art. 269 Abs. 1 BStP). Ausführungen, die sich gegen die tatsächlichen Feststellungen oder die diesen Feststellungen zugrunde liegende Beweiswürdigung des letztinstanzlichen kantonalen Urteils richten, sind unzulässig (BGE 121 IV 18 E. 2b/bb S. 23; 120 IV 17 E. 2a/b je mit Hinweisen). Soweit sich der Beschwerdeführer gegen die Beweiswürdigung der Vorinstanz wendet, kann auf seine Beschwerde nicht eingetreten werden.
1.2 Gemäss Art. 277 BStP hebt der Kassationshof das angefochtene Urteil auf und weist die Sache an die kantonale Behörde zurück, wenn die Entscheidung an derartigen Mängeln leidet, dass die Gesetzesanwendung nicht nachgeprüft werden kann. Die Bestimmung vermittelt dem Beschwerdeführer keinen selbständigen Beschwerdegrund (BGE 117 Ia 1 E. 1b mit Hinweisen). Soweit der Beschwerdeführer eine Verletzung von Art. 277 BStP rügt, kann auf seine Beschwerde ebenfalls nicht eingetreten werden.
2.
2.1 Gemäss Art. 397 StGB haben die Kantone gegenüber Urteilen, die aufgrund des Strafgesetzbuches oder eines anderen Bundesgesetzes ergangen sind, wegen erheblicher Tatsachen oder Beweismittel, die dem Gericht zur Zeit des früheren Verfahrens nicht bekannt waren, die Wiederaufnahme des Verfahrens (Revision) zugunsten des Verurteilten zu gestatten.

Gemäss § 449 Ziff. 3 StPO/ZH kann gegen ein rechtskräftiges Urteil, durch welches eine Strafe oder eine Massnahme verhängt wurde, Wiederaufnahme des Verfahrens zu Gunsten des Verurteilten verlangt werden, wenn Tatsachen und Beweismittel geltend gemacht werden, die dem erkennenden Richter nicht bekannt gewesen waren und welche allein oder in Verbindung mit früher erhobenen Tatsachen die Freisprechung des Angeklagten oder eine mildere Bestrafung rechtfertigen.

Art. 397 StGB enthält einerseits eine Weisung an die Kantone, das Rechtsmittel der Revision zugunsten des Verurteilten wegen neuer erheblicher Tatsachen oder Beweismittel für ihre Strafprozessordnungen einzuführen, und andererseits einen selbständigen bundesrechtlichen Revisionsgrund zugunsten des Verurteilten im Sinne einer Minimalvorschrift (BGE 114 IV 138 E. 3a; 107 IV 133 E. 1b; 106 IV 45 E. 1; zum verfassungsmässigen Anspruch vgl. BGE 127 I 133 E. 6).

Die Vorinstanz stützt ihren Entscheid auf § 449 Ziff. 3 StPO/ZH. Inhaltlich stimmt diese Bestimmung mit Art. 397 StGB überein (BGE 117 IV 40 E. 2a). Der Kassationshof überprüft deshalb die Abweisung des Revisionsgesuches auf Nichtigkeitsbeschwerde hin im Lichte der Minimalgarantien von Art. 397 StGB auf ihre Übereinstimmung mit Bundesrecht (Art. 269 Abs. 1 und 277bis Abs. 1 Satz 2 BStP; vgl. Urteil des Kassationshofs 6S.61/2002 vom 16.5.2003 E. 3.1).
2.2 Revisionsrechtlich ist eine Tatsache neu, wenn sie schon im Urteilszeitpunkt vorgelegen hat, dem Gericht jedoch nicht bekannt war oder von ihm in seiner Massgeblichkeit übersehen wurde (BGE 116 IV 353 E. 3a; Stefan Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. Aufl. Zürich 1997, Art. 397 N 1; Stephan Gass, Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 397 N 43).

Neue Tatsachen oder Beweismittel sind erheblich, wenn sie geeignet sind, die Beweisgrundlage des früheren Urteils so zu erschüttern, dass ein neues Urteil - ausgehend vom veränderten Sachverhalt - wesentlich milder ausfallen kann oder dass ein Teilfreispruch in Betracht fällt. Dabei ist an die Voraussetzung des wesentlich milderen Urteils kein strenger Massstab anzulegen. Möglich ist eine Änderung des früheren Urteils, wenn sie sicher, höchstwahrscheinlich oder wahrscheinlich ist (BGE 125 IV 298 E. 2b; 122 IV 66 E. 2a; 120 IV 246 E. 2b; 116 IV 353 E. 2a und 5a, je mit Hinweisen).

Ein neues Gutachten kann Anlass zur Wiederaufnahme geben, wenn es neue Tatsachen nachweist oder darzutun vermag, dass die tatsächlichen Annahmen im früheren Urteil ungenau oder falsch waren (BGE 101 IV 247 E. 2; Urteil des Kassationshofs 6P.93/2004 vom 15.11.2004 E. 4; Gass, a.a.O., Art. 397 N 61; Robert Hauser/Erhard Schweri/Karl Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl. Basel etc. 2005, 102.19). Dabei kann es sich auch um ein Privatgutachten handeln (BGE 73 IV 43 E. 3). Ein neues Gutachten bildet somit noch keinen Revisionsgrund, soweit es lediglich eine vom früheren Gutachten abweichende Meinung vertritt. Es muss vielmehr mit überlegenen Gründen abweichen und klare Fehler des früheren Gutachtens aufzeigen, die geeignet sind, die Beweisgrundlage des Urteils zu erschüttern. Ob dies der Fall ist, hängt davon ab, welche Tatsachen direkt oder indirekt in Frage gestellt oder welche neuen Tatsachen bewiesen werden (Hans Walder, Die Wiederaufnahme des Verfahrens in Strafsachen nach Art. 397 StGB, insbesondere auf Grund eines neuen Gutachtens, in: Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1979, Bern 1979, S. 356).
2.3 Bei der Wiederaufnahme des Verfahrens ist zwischen dem Bewilligungsverfahren und dem wieder aufgenommenen Verfahren zu unterscheiden. Gegenstand des Bewilligungsverfahrens bildet der Entscheid, ob die Voraussetzungen einer Wiederaufnahme erfüllt sind. Dies ist der Fall, wenn die Tatsachen oder Beweismittel bei der Revisionsinstanz die Überzeugung begründen, dass das frühere Urteil unrichtig ist. Dies setzt nicht voraus, dass die neuen Tatsachen bewiesen werden. Das ausserordentliche Rechtsmittel der Revision erlaubt die Überprüfung eines rechtskräftig beurteilten Falles schon dann, wenn neue Tatsachen oder Beweismittel die Beweisgrundlage des früheren Urteils erschüttern, so dass ein milderes Urteil wahrscheinlich ist (BGE 116 IV 353 E. 4b; Gass, a.a.O., Art. 397 N 78).

Im wieder aufgenommenen Verfahren beurteilt das Gericht den Sachverhalt unter Berücksichtigung der neuen Tatsachen oder Beweismittel. Es ist weder an die Bedeutung, die das erste Gericht dem alten Beweismaterial beimass, noch an die Würdigung der neuen Tatsachen oder Beweismittel durch das Revisionsgericht gebunden. Sein Urteil lautet auf Aufhebung, Abänderung oder Bestätigung des früheren Urteils. Das Gericht geht dabei von der aktuellen Lage im Zeitpunkt seines Urteils, ex nunc, aus (BGE 107 IV 133 E. 3a; 86 IV 77, S. 79; Hauser/Schweri/Hartmann, a.a.O., 102.49 f.).
2.4 Nach den Feststellungen der Vorinstanz sucht der Beschwerdeführer mit seinem Begehren die Anordnung einer ambulanten Massnahme unter gleichzeitigem Aufschub des Strafvollzuges gemäss Art. 43 Ziff. 2 Abs. 2 StGB zu erlangen. Nach der Rechtsprechung liegt eine Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten auch vor, wenn die neue Sanktion im Hinblick auf die Besserung des Täters als die richtige erscheint (BGE 117 IV 40 E.

2b). Soweit dies bejaht werden kann, erstrebt der Beschwerdeführer somit die Wiederaufnahme des Verfahrens und Abänderung des früheren Urteils zu seinen Gunsten.
3.
3.1
3.1.1 Die Vorinstanz gelangt zunächst zum Schluss, die vom Privatgutachten festgestellten neuen Befundtatsachen seien bereits vom Gerichtsgutachten erfasst und beurteilt worden. Es werde durch den Privatgutachter lediglich nachträglich eine abweichende Einschätzung desselben Sachverhalts und derselben Vorgeschichte vorgelegt. Eine blosse Neubeurteilung bekannter Fakten in einem Privatgutachten genüge zur Wiederaufnahme des Verfahrens aber nicht. Revisionsrechtlich lägen somit keine neuen Befundtatsachen oder andere Beurteilungsgrundlagen vor.
3.1.2 Die Frage, ob es sich bei den geltend gemachten Befundtatsachen um neue Tatsachen im Sinne von Art. 397 StGB handelt oder ob sie dem Sachrichter bereits bekannt waren, ist eine Tatfrage (BGE 116 IV 353 E. 2b). Die in diesem Zusammenhang vom Beschwerdeführer erhobene kantonale Nichtigkeitsbeschwerde hat das Kassationsgericht des Kantons Zürich teilweise gutgeheissen. Es ist zum Schluss gelangt, die Frage, ob die Befundtatsachen der beiden Gutachten im Wesentlichen übereinstimmten oder ob die Abweichungen zu anderen psychiatrischen Schlussfolgerungen führten, könnten nur von einem medizinischen Experten beantwortet werden. Indem die Vorinstanz selber festgestellt habe, es seien keine erheblichen neuen Befundtatsachen präsentiert worden, sei sie in Willkür verfallen. Das Kassationsgericht hat daher zuhanden des Bundesgerichts folgende Erwägungen aus der Begründung des angefochtenen Beschlusses der Vorinstanz gestrichen:
a) Die von ihnen geschilderten Befundtatsachen entsprechen im Wesentlichen dem, was später Privatgutachter Lothar Reger festgestellt hat. Im Einzelnen mögen zwar die jeweils genannten Befundtatsachen nicht genau identisch sein; bei den Abweichungen handelt es sich aber bloss um leichte, natürliche Variationen, die durch zeitlich auseinander liegende Erzählungen des Exploranden und Wiedergabe durch verschiedene Gutachter bedingt sind. Jedenfalls sind durch das Privatgutachten keine erheblichen neuen Befundtatsachen an den Tag gebracht worden. Revisionsrechtlich sind somit keine Noven glaubhaft gemacht (angefochtener Beschluss S. 15 letzter Absatz).
b) Damit steht aber fest, dass es hier keineswegs um irgendwelche neuen oder anderen Befundtatsachen oder andere tatsächliche Beurteilungsgrundlagen geht. Vielmehr wird eine divergierende Einschätzung des nämlichen tatsächlichen Sachverhalts, derselben Vorgeschichte, nachträglich durch den Psychiater vorgelegt (angefochtener Beschluss S. 18 vor Ziff. 5.7).
3.2 In einer Alternativbegründung nimmt die Vorinstanz weiter an, dem Revisionsgesuch könne selbst dann nicht entsprochen werden, wenn von neuen Befundtatsachen auszugehen wäre. Denn die im Verfahren vorgebrachten Tatsachen seien nicht erheblich. Dem Beschwerdeführer gehe es letztlich darum, mittels einer Revision den Aufschub des Strafvollzuges zugunsten einer ambulanten Massnahme zu erreichen. Diesen habe das Obergericht in seinem Urteil vom 30. März 2000 vor allem mit Blick auf die bestehende hohe Rückfallgefahr bzw. die weiterhin bestehende Gefahr für Kinder und deren Schutz verweigert. Im Übrigen habe das Gerichtsgutachten die Behandlungsfähigkeit des Beschwerdeführers hinsichtlich der dependenten Persönlichkeitsstörung und Pädophilie, welche auch vom Privatgutachter nicht in Frage gestellt würden, gerade noch als gegeben erachtet. Von daher falle auch eine allfällige Verminderung dieser Behandlungsfähigkeit nicht so stark ins Gewicht, dass von einer revisionsrechtlich erheblichen Auswirkung gesprochen werden könnte. Schliesslich habe das Obergericht in seinem Entscheid auch den von den früheren Gutachtern, die nunmehr als Therapeuten wirkten, verfassten Behandlungsbericht des PPD berücksichtigt, welcher letztlich in
dieselbe Richtung wie das Privatgutachten weise.
3.3 Der Beschwerdeführer rügt in diesem Zusammenhang eine Verletzung von Art. 397 StGB. Im Wesentlichen macht er geltend, die Vorinstanz habe zu Unrecht die Erheblichkeit der im Revisionsverfahren präsentierten neuen Tatsachen und Beweismittel verneint. Der Richter habe im Bewilligungsverfahren zu prüfen, ob die neuen Tatsachen oder Beweismittel mit rechtsgenügender Wahrscheinlichkeit im wiederaufgenommenen Verfahren zu einem milderen Urteil führten. Es gehe mithin um eine prospektive Betrachtungsweise. Die Vorinstanz sei demgegenüber von einer retrospektiven Betrachtungsweise ausgegangen, indem sie gefragt habe, wie das Obergericht in seinem Sachurteil bei Kenntnis des Privatgutachtens entschieden hätte. Im wiederaufgenommenen Verfahren habe der Richer aber grundsätzlich ex nunc zu entscheiden. Namentlich beim Entscheid über die Strafzumessung, bei der Gewährung des bedingten Strafvollzuges und der Prüfung des Aufschubs einer Strafe zugunsten einer ambulanten Massnahme seien auch Umstände zu berücksichtigen, die erst nach dem

früheren Urteil eingetreten seien. Dabei hätte die Vorinstanz zum Schluss kommen müssen, dass das Gericht bei Wiederaufnahme des Verfahrens die Strafe mit einem hohen Grad an Wahrscheinlichkeit zu Gunsten einer ambulanten Massnahme aufschieben werde, da sowohl das Risiko des Scheiterns der Behandlung als auch die Gefahr eines Rückfalls im Falle des Strafvollzuges erheblich seien.
4.
4.1 Die Frage, ob die neue Tatsache bzw. das neue Beweismittel erheblich ist, d.h. ob es für sich allein oder zusammen mit andern bekannten oder neu angerufenen Beweismitteln schlüssig genug ist, die im früheren Urteil angenommenen tatsächlichen Grundlagen zu entkräften, betrifft die Beweiswürdigung und ist mithin Tatfrage. Denn sie schliesst notwendig eine Würdigung sämtlicher Tatsachen, sowohl der alten wie der neuen mit ein (BGE 116 IV 353 E. 2b; 109 IV 173; 92 IV 177 E. 1a; 72 IV 45, S. 46; Gass, a.a.O., Art. 397 N 75). Sie kann daher im Verfahren der eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde nicht aufgeworfen werden.

Rechtsfrage ist demgegenüber, ob die letzte kantonale Instanz von den richtigen Begriffen der neuen Tatsache, des neuen Beweismittels und deren Erheblichkeit im Sinne von Art. 397 StGB ausgegangen ist und ob die voraussichtliche Veränderung der dem früheren Urteil zugrunde liegenden tatsächlichen Grundlagen rechtlich relevant ist, d.h. zu einem im Schuld- oder Strafpunkt für den Verurteilten günstigeren Urteil führen kann (BGE 116 IV 353 E. 2b und 4c, mit Hinweisen).
4.2
4.2.1 Das Privatgutachten pflichtet der im Gerichtsgutachten über den Beschwerdeführer gestellten Diagnose der abhängigen Persönlichkeitsstörung (ICD-10, F60.7; Gerichtsgutachten S. 37 f., 48) uneingeschränkt zu. Hingegen stellt es keine Anteile einer histrionischen Persönlichkeitsstörung (Gerichtsgutachten S. 38 ff.) fest und stellt abweichend vom Gerichtsgutachten die Diagnose einer rezidivierenden depressiven Störung unterschiedlichen Schweregrades mit teils auch somatischem Syndrom (ICD-10, F 33.2; Privatgutachten S. 27 ff.). Auf die Diagnose einer Pädophilie (ICD-10. F65.4) im Sinne einer kompensatorischen Pädosexualität auf sich chronifizierendem Niveau (Gerichtsgutachten S. 40, 48) ging es bewusst nicht näher ein (Privatgutachten S. 31). Aufgrund der über Jahrzehnte verfestigten Persönlichkeitsstruktur und des depressiven Reaktionsmusters des Beschwerdeführers nimmt das Privatgutachten an, dass die Behandlungsfähigkeit des Beschwerdeführers bei Durchführung des Strafvollzuges massiv beeinträchtigt, wenn nicht gar verunmöglicht werde (Privatgutachten S. 31/32).
4.2.2 Das Obergericht nahm in seinem Urteil vom 30. März 2000 gestützt auf das Gerichtsgutachten an, die Persönlichkeitsstörung und die pädosexuellen Tendenzen des Beschwerdeführers seien nur begrenzt beeinflussbar und eigentlich nicht heilbar. Es bestehe ein erhebliches Rückfallrisiko und eine nicht zu unterschätzende Gefahr für Dritte, namentlich Kinder. Selbst wenn beim Beschwerdeführer die Heilchancen kurz- oder mittelfristig als gut bezeichnet würden, bestehe bei ihm in bestimmten Situationen ein nicht unbedeutendes Risiko für Dritte. Dieser Gefahr könne nur genügend Rechnung getragen werden, indem der Vollzug der Freiheitsstrafe angeordnet werde.
4.3 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes ist der Aufschub der ausgefällten Strafe zugunsten der angeordneten Massnahme gemäss Art. 43 Ziff. 2 Abs. 2 StGB anzuordnen, wenn eine tatsächliche Aussicht auf erfolgreiche Behandlung durch den sofortigen Vollzug der ausgefällten Freiheitsstrafe erheblich beeinträchtigt würde. Die Therapie geht vor, falls eine sofortige Behandlung gute Resozialisierungschancen bietet, welche der Strafvollzug klarerweise verhindern oder vermindern würde. Dabei sind einerseits die Auswirkungen des Strafvollzuges, die Erfolgsaussichten der ambulanten Behandlung und die bisherigen Therapiebemühungen zu berücksichtigen, anderseits aber auch das kriminalpolitische Erfordernis, Straftaten schuldangemessen zu ahnden bzw. rechtskräftige Strafen grundsätzlich zu vollziehen. Art. 43 Ziff. 2 Abs. 2 StGB sieht den Strafaufschub weder zwingend noch als Regelfall vor. Unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitsgebots müssen die Abnormität und der Behandlungsbedarf umso ausgeprägter sein und mithin ein Aufschub umso zurückhaltender gehandhabt werden, je länger die zugunsten der ambulanten Behandlung aufzuschiebende Freiheitsstrafe ist. Ausserdem darf die ambulante Behandlung nicht missbraucht werden, um etwa den Vollzug der Strafe zu umgehen oder ihn auf unbestimmte Zeit hinauszuschieben (BGE 129 IV 161 E. 4.1 bis 4.3; 124 IV 246 E. 2b, je mit zahlreichen Hinweisen).

Nach der Rechtsprechung sind die Voraussetzungen für einen Strafaufschub grundsätzlich nicht erfüllt, wenn die Erfolgsaussichten der Therapie nur auf lange Frist und in eher bescheidenem Ausmass bestehen. Anders

zu entscheiden hiesse, Straftäter mit therapierbaren Persönlichkeitsstörungen in einem mit dem strafrechtlichen Schuldprinzip und dem Gebot der Gleichbehandlung nicht mehr zu vereinbarenden Masse zu privilegieren (BGE 129 IV 161 E. 5.4).
4.4 Die Vorinstanz verletzt kein Bundesrecht, wenn sie es nicht als wahrscheinlich erachtet, dass bei Kenntnis der im Privatgutachten gestellten Diagnose der Strafvollzug zu Gunsten der ambulanten Massnahme aufgeschoben worden wäre. Das ergibt sich aus der Verbindung der langen Freiheitsstrafe von fünf Jahren Zuchthaus mit der Feststellung der Gutachter, die allgemeinen Therapiemöglichkeiten im Bereich von Persönlichkeitsstörungen und pädosexuellen Tendenzen seien beschränkt und es bestehe weiterhin ein hohes Rückfallrisiko. Zwar schliesst die lange Dauer einer Freiheitsstrafe den Aufschub der Strafe nicht von vornherein aus (vgl. BGE 119 IV 309 E. 8b, S. 314), doch setzt dies wie ausgeführt eine schwere Beeinträchtigung des Geisteszustandes, in besonderem Masse günstige Behandlungsaussichten und eine erhöhte Gefahr voraus, dass der gleichzeitige Strafvollzug den Behandlungserfolg vereiteln könnte. Diese Voraussetzungen sind auch im Lichte der vom Privatgutachter gestellten Diagnose nicht erfüllt. Der Schluss der Vorinstanz, der Strafvollzug würde auch bei Kenntnis der Schlussfolgerungen des Privatgutachtens wahrscheinlich nicht aufgeschoben und das neue Beweismittel sei mithin nicht erheblich, ist daher nicht zu beanstanden.
Dabei geht die Vorinstanz entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers zu Recht davon aus, dass die Entwicklung des Beschwerdeführers seit dem früheren Urteil, namentlich unter Berücksichtigung des mehr als fünfjährigen Therapieverlaufs, revisionsrechtlich nicht massgebend sein kann. Die vom Therapeuten und früheren Gerichtsgutachter sowie vom Privatgutachter geäusserten Ansichten, bei einem allfälligen Haftantritt sei sicherlich mit einem Rückfall regressiv-trotziger Prägung sowie einer Zuspitzung der depressiven Symptomatik mit akuter Suizidgefährdung zu rechnen, und die bisherigen Therapieerfolge würden im Hinblick auf Selbstwertfindung, Selbstsicherheitserhöhung und Durchsetzungsfähigkeit gravierend in Frage gestellt (Privatgutachten S. 23/33), sind daher in diesem Verfahren nicht von Belang. Sie können allenfalls im Rahmen einer Begnadigung (Art. 394 ff. StGB) Bedeutung erlangen.

Die Beschwerde erweist sich als unbegründet.
5.
Aus diesen Gründen ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt der Beschwerdeführer die Kosten (Art. 278 Abs. 1 BStP). Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gemäss Art. 152 OG kann bewilligt werden, da von der Bedürftigkeit des Beschwerdeführers auszugehen, diese ausreichend belegt ist (vgl. BGE 125 IV 161 E. 4) und er den angefochtenen Entscheid überdies mit vertretbaren Argumenten in Frage gestellt hat (vgl. BGE 124 I 304 E. 2 mit Hinweisen). Dem Beschwerdeführer werden deshalb keine Kosten auferlegt. Seinem Vertreter wird aus der Bundesgerichtskasse eine angemessene Entschädigung ausgerichtet.

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird gutgeheissen.
3.
Es werden keine Kosten erhoben.
4.
Dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers wird für das bundesgerichtliche Verfahren eine Entschädigung von Fr. 3'000.– aus der Bundesgerichtskasse ausgerichtet.
5.
Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich und dem Obergericht des Kantons Zürich, Revisionskammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 1. Oktober 2005
Im Namen des Kassationshofes
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: