

Dokument	<b>AJP 2005 S. 751</b>
Urteilsdatum	<b>13.05.2005</b>
Autor	<b>Peter Albrecht</b>
Publikation	<b>Aktuelle Juristische Praxis</b>
Rechtsgebiete	<b>Straf- und Strafprozessrecht</b>

**Bundesgericht, Kassationshof, 13.5.2005 i.S. X. c.  
*Staatsanwaltschaft Basel-Stadt und Appellationsgericht  
des Kantons Basel-Stadt. 6P.180/2004, 6S.473/2004,  
Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung.***

Bemerkungen von Prof. Dr. Peter Albrecht, Basel und Bern

***Strafrecht.***

Strafrecht - Allgemeiner Teil.

(3) Sexuelle Handlungen mit Kindern: Versuch oder straflose Vorbereitung.

---

**AJP 2005 S. 751**

*Zusammenfassung des Sachverhalts:*

X. war seit ca. Januar 2002 im Chat-Room einer Homosexuellen-Internetseite registriert und hatte zahlreiche Chat-Gespräche geführt. Dabei trat er unter anderem am 20. Januar 2003 in Kontakt mit "Sandro", der anlässlich des ersten Kontakts auf vorherige Anfrage vorgab, er sei erst 14 Jahre alt. Dennoch trat X. am folgenden Tag erneut mit "Sandro" in Verbindung und strebte ein Treffen an, um mit diesem sexuelle Handlungen vornehmen zu können. So schlug er ihm im Verlaufe der Chat-Unterhaltung verschiedenste sexuelle Handlungen bis hin zum Oral- und Analverkehr vor. In der Folge vereinbarte er mit "Sandro" auf den 27. Januar 2003, 14.00 Uhr, ein Treffen beim McDonald's-Restaurant an der Centralbahnstrasse in Basel. Zwischen dem 21. und dem 27. Januar 2003 stand er mit jenem in stetem SMS-Kontakt, wobei er regelmässig auf das vereinbarte Treffen Bezug nahm und sich des Kommens des Knabens versicherte. Am 27. Januar 2003 fuhr X. mit seinem Personenwagen von Oensingen herkommend nach Basel, um das vereinbarte Treffen wahrzunehmen. In der Folge kam es indes zu keinen sexuellen Handlungen mit dem minderjährigen Knaben. X. wurde um 14.10 Uhr vor dem Restaurant am Bahnhof festgenommen. Bei "Sandro" hatte es sich in Wirklichkeit um einen verdeckten Ermittler der Staatsanwaltschaft Basel-Stadt gehandelt.

Das Strafgericht Basel-Stadt erklärte X. mit Urteil vom 20. Januar 2004 neben mehrfacher Pornografie - gestützt auf den geschilderte Sachverhalt - der versuchten sexuellen Handlungen mit einem Kind schuldig und verurteilte ihn zu 9 Monaten

Gefängnis unter Anrechnung der ausgestandenen Untersuchungshaft, teilweise als Zusatzstrafe zum Urteil des Bezirksgerichts Horgen vom 13. Mai 2002. In zwei ähnlichen Fällen sprach es ihn hingegen von der Anklage der mehrfachen versuchten sexuellen Handlungen mit einem Kind frei, und zwar einerseits mangels richterlicher Genehmigung der verdeckten Ermittlung (Fall "Daniele") und andererseits, weil der Tatentschluss nicht nachgewiesen werden konnte (Fall "Bimansy").

---

AJP 2005 S. 751, 752

Die von der Staatsanwaltschaft und vom Beurteilten erklärten Appellationen wies das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt am 10. Dezember 2004 ab und bestätigte das erstinstanzliche Urteil (ohne zusätzliche neue schriftliche Begründung).

Die von X. dagegen erhobene staatsrechtliche Beschwerde und die Nichtigkeitsbeschwerde wurden mit Urteil vom 13. März 2005 vom Kassationshof des Bundesgerichts abgewiesen.

*Zusammenfassung der Erwägungen (betr. Nichtigkeitsbeschwerde):*

Im Vordergrund der Nichtigkeitsbeschwerde steht die rechtliche Abgrenzung zwischen dem Versuch gemäss Art. 21 ff. StGB und den straflosen Vorbereitungshandlungen. Der Kassationshof knüpft hierfür an seine bisherige Rechtsprechung zum Begriff der "Ausführung" der Tat im Sinne von Art. 21 Abs.1 StGB an: Dazu gehört jede Tätigkeit, die nach dem Plan, den sich der Täter gemacht hat, auf dem Weg zur Tatbestandsverwirklichung den letzten entscheidenden Schritt darstellt, von dem es in der Regel kein Zurück mehr gibt, es sei denn wegen äusserer Umstände, die eine Weiterverfolgung der Absicht erschweren oder verunmöglichen. In Ergänzung zu dieser Formel hält das Urteil sodann fest, die Schwelle, bei welcher ein Versuch anzunehmen sei und nicht mehr blossе Vorbereitungshandlungen vorlägen, dürfe der eigentlichen Tatbegehung zeitlich allerdings nicht zu weit vorausgehen. Das unmittelbare Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung erfordere m.a.W. ein sowohl in räumlich/örtlicher als auch in zeitlicher Hinsicht tatnahes Handeln (E. 7.2.1).

In Anwendung dieser Abgrenzungskriterien auf den konkreten Sachverhalt gelangt das Bundesgericht - wie auch schon die beiden Vorinstanzen - zur Annahme eines strafbaren Versuchs sexueller Handlungen mit einem Kind (Art. 187 Ziff. 1 StGB). Das Eintreffen am vereinbarten Treffpunkt stelle unter den gegebenen Umständen nach der Vorstellung des Beschwerdeführers vom Ablauf der Tat die letzte Teilhandlung vor der eigentlichen Ausführung der strafbaren Handlung dar (E. 8.2).

*Bemerkungen:*

1. Das Bundesgericht bringt in seinen grundsätzlichen Erwägungen deutlich zum Ausdruck, dass sich der Beginn des Versuchs nur über eine Kombination objektiver und subjektiver Gesichtspunkte bestimmen lässt. Mit Recht betont es, die Frage, ob eine Handlung den Versuch einer strafbaren Handlung darstelle, lasse sich allein aufgrund ihres äusseren Erscheinungsbildes vielfach nicht entscheiden, sondern setze die Kenntnis darüber voraus, wie der Täter habe vorgehen wollen. Die Einbeziehung der Vorstellung des Täters von der Tat sei daher für die Bestimmung des Versuchs genauso unabdingbar wie die Berücksichtigung objektiver Kriterien für die Entscheidung der Frage, mit welcher Tätigkeit der Täter nach seinem Tatplan bereits zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetze (E. 7.2.1, unter Hinweis auf Jenny und Stratenwerth). Zustimmung verdient hier der Kassationshof vor allem in seinem (verbalen) Bemühen, in Anlehnung an Stellungnahmen der neueren Lehre das "unmittelbare Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung" als massgebendes Abgrenzungskriterium hervorzuheben. Offen bleibt freilich, welches Gewicht den einzelnen subjektiven und objektiven Elementen zukommt und wie sie funktional aufeinander bezogen sind. Dazu lässt sich den bundesgerichtlichen Formeln nicht viel entnehmen.

2. Dies belegt, dass die Tragweite und der Wert rechtsdogmatischer Differenzierungen erst in der Umsetzung auf einen konkreten Sachverhalt richtig erkennbar werden. Deshalb drängt sich nun eine genaue Analyse darüber auf, wie die Gerichte im vorliegenden Fall die Abgrenzung zwischen der straflosen Vorbereitung und dem



strafbaren Versuch sexueller Handlungen gemäss Art. 187 Ziff. 1 StGB vorgenommen haben.

a. Das Strafgericht erachtete es als beweismässig erstellt, dass X. im Chat-Room zwecks Vornahme sexueller Handlungen zielgerichtet ein Treffen gesucht habe. "Der Einwand des Angeklagten, sexuelle Handlungen hätten nur stattgefunden, wenn sich beim Treffen gezeigt hätte, dass die betreffende Person sympathisch wäre und vom Aussehen her seinen Vorstellungen von einer gepflegten Erscheinung entsprechen würde, stuft das Gericht daher als unglaubwürdig ein. Zumindest zu gegenseitiger Befriedigung hätte sich der Angeklagte unabhängig der Person seines Chatpartners hingegeben", zumal der Angeklagte eine längere Reise hinnahm (Urteil, S. 13).

Gestützt auf diese Beweiswürdigung gelangte das Gericht zur Annahme eines (untauglichen) Versuchs: Unter Berücksichtigung der Art und Weise, wie der Angeklagte die Chat-Gespräche geführt habe, und seines stark fixierten Wunsches nach einem schnellen Abenteuer mit einem 14jährigen Knaben erscheine ein freiwilliges Zurücktreten in diesem Stadium nicht mehr als persönlichkeitsadäquat. "Davon zeugt insbesondere auch der SMS-Kontakt zwischen dem Angeklagten und 'Sandro' am Tag des Treffens und vor allem das Urteil des Bezirksgerichts Horgen vom 13. Mai 2002, in dem der Angeklagte wegen sexuellen Handlungen mit einem 13 3/4 Jahre alten Knaben, welchen er ebenfalls über einen Chatraum im Internet kennengelernt hatte, schuldig erklärt worden ist (...). Dass es nicht zu sexuellen Handlungen mit 'Sandro' gekommen ist, lag nicht an der persönlichen Entscheidung des Angeklagten, sondern an der Tatsache, dass es die Person hinter dem Profil 'Sandro' gar nicht gab bzw. dass dahinter ein verdeckter Ermittler stand. ... Der Angeklagte begab sich zum Treffpunkt, welchen er mit Sandro vereinbart hatte. Er war demnach zur abgemachten Zeit physisch vor Ort und verliess die Anonymität des Internets. Damit liegt sowohl in räumlicher als auch in zeitlicher Hinsicht ein tatnahe Handeln vor." (Urteil, S. 17 f.).

b. Auch im bundesgerichtlichen Urteil bildet die feste Tatentschlossenheit des X. den Angelpunkt der Entscheidung: "Nach den verbindlichen tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz war der Beschwerdeführer entschlossen, unmittelbar nach dem Treffen, an einem geeigneten Ort,

---

**AJP 2005 S. 751, 753**

sei es im Freien, in einer Wohnung oder im Auto, mit 'Sandro' sexuelle Handlungen vorzunehmen. Eine Vorbesprechung zwischen ihm und dem Knaben war nicht beabsichtigt." (E. 8.2) Aus dem Ablauf der Gespräche im Chat-Room schliesst das Gericht, die Tat hätte, "wenn der minderjährige Jugendliche tatsächlich am Treffpunkt erschienen wäre, ungestört ihren Fortgang nehmen können und hätte ohne weitere Zwischenschritte unmittelbar in die tatbestandsmässigen Handlungen eingemündet, auch wenn sich die beiden zunächst an einen anderen Ort hätten begeben müssen. Daraus ergibt sich die erforderliche Tatnähe, d.h. der enge örtliche und zeitliche Zusammenhang zur Tatbestandserfüllung und die Einwirkung auf den Rechtskreis des Opfers (...). Das Eintreffen am vereinbarten Treffpunkt stellt unter diesen Umständen nach der Vorstellung des Beschwerdeführers vom Ablauf der Tat die letzte Teilhandlung vor der eigentlichen Ausführung der strafbaren Handlung dar (...)." (E. 8.2).

Andererseits weist der Kassationshof freilich - in Abweichung zu den kantonalen Gerichten - darauf hin, dass keine selbständige Bedeutung dem Umstand zukomme, "ob ein freiwilliges Zurücktreten des Beschwerdeführers in diesem Stadium persönlichkeitsadäquat gewesen wäre, denn die Grenze zwischen Vorbereitung und Versuch muss generell, ohne Berücksichtigung des Charakters des Täters und seines Vorlebens vorgenommen werden (...)" (E. 8.2, am Ende).

3. In der richterlichen Fokussierung auf die feste Tatentschlossenheit (bzw. die Unwiderruflichkeit des Tatentschlusses) zur Begründung des Anfangs der Ausführungshandlung gelangen Nachwirkungen der subjektiven Versuchslehre von Max Waiblinger (Die Abgrenzung des strafbaren Versuchs von der straflosen Vorbereitungshandlung, ZStrR 1957, 131 ff.) zum Ausdruck. So interpretiert nämlich der Kassationshof im vorliegenden Fall den "letzten entscheidenden Schritt" seiner Versuchsformel als "Überschreitung einer psychologischen Schwelle", d.h. als



"psychologischen point of no return" (G. Arzt, Strafbarer Versuch und Vorbereitung, recht 1985, 84). Daran ändern nichts die mehrfachen verbalen Anleihen bei der neueren Doktrin, welche die relevante Schwelle stärker objektiv deutet. Die explizite Bezugnahme auf das "unmittelbare Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung", auf die "erforderliche Tatnähe", d.h. den "engen örtlichen und zeitlichen Zusammenhang zur Tatbestandserfüllung" und auf die "letzte Teilhandlung vor der eigentlichen strafbaren Handlung" (E. 7.2.1 und 8.2) ist mit der eigenen subjektiven Stossrichtung nur schwer kompatibel. Sie wirkt folglich argumentativ aufgesetzt und in der Sache wenig verbindlich. Diese der juristischen Literatur entnommenen theoretischen Bruchstücke haben die Urteilsfindung nur oberflächlich beeinflusst und das konkrete Entscheidungsergebnis jedenfalls nicht wirklich geprägt. Sie haben - in der Sprache der Methodenlehre ausgedrückt (siehe W. Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. A., 1990, 116 ff.) - eher der Darstellung als der Herstellung des Urteils gedient.

a. Die eminent *subjektiv* geprägte Position des Bundesgerichts ist mit dem Status des "Täters als Bürger" (G. Jakobs, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW 1985, 753) nicht in Einklang zu bringen. Rechtsstaatliche Gründe sprechen vielmehr dafür, die Abgrenzung zwischen Vorbereitung und Versuch (auch) auf objektive Kriterien zu stützen. Demzufolge ist es nicht abwegig, im Entscheid des Kassationshofes - in Anlehnung an die markanten Worte von Günther Jakobs zur Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts (a.a.O., 759) "eine Art Ausbürgerung des Versuchstäters" zu erblicken; dieser wird "hauptsächlich zum System mit gefährlichem Innenleben, eben zum Rechtsgutsfeind gestempelt".

Ferner werden die beschriebenen subjektiven Abgrenzungsbemühungen mit der Schwierigkeit konfrontiert, "den für den Versuch erforderlichen Grad der Tatentschlossenheit *generell* festzulegen" (G. Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 3. A., 2005, § 12, Rz. 29; im gleichen Sinne G. Jenny, BSK, StGB I, 2003, Art. 21, N17). Dabei gilt es insbesondere zu berücksichtigen, dass der gesetzlichen Regelung des Art. 21 Abs. 2 StGB die Vorstellung zugrunde liegt, auch im Versuchsstadium sei noch ein freiwilliger Rücktritt vom Tatplan möglich (siehe Jenny, a.a.O., N 15; H. Walder, Strafflose Vorbereitung und strafbarer Versuch, ZStrR 1982, 239 f. und 247). Doch zu dieser wichtigen Wertungsfrage haben weder die kantonalen Instanzen noch der Kassationshof in ihren schriftlichen Urteilsabwägungen klar Stellung bezogen.

Im Übrigen hat Gunther Arzt mit Recht festgestellt, auch psychologisch könne "keine Rede davon sein, dass der Fortschritt von der Vorbereitung zum Versuch von einer Verfestigung eines anfangs weichen Vorsatzes gekennzeichnet ist. Im Gegenteil: Je mehr man sich einer Tat nähert, desto weicher kann ein bei der Vorbereitung vorhandener felsenfester Vorsatz werden." (A.a.O., 81). Folglich muss man sich fragen, weshalb das Bundesgericht, nachdem es seinen Blick auf die (behauptete) feste Tatentschlossenheit des X. konzentriert hat, als massgebende Schwelle zum Versuch gerade die Ankunft an dem mit "Sandro" vereinbarten Treffpunkt und nicht beispielsweise bereits das Einsteigen ins Auto für die Fahrt nach Basel bezeichnet. Hier offenbart sich wohl ein gewisses Zugeständnis an objektive Abgrenzungskriterien, wobei allerdings nicht hinreichend begründet worden ist, weshalb die Ankunft am Bahnhof in Basel dem Erfordernis des engen örtlichen und zeitlichen Zusammenhang zur Tatbestandsverwirklichung genügen soll (ergänzend dazu hinten Ziff. 4/b).

b. Die geschilderten Schwierigkeiten setzen sich sodann sehr augenfällig fort auf der *prozessualen Ebene* (die in den wissenschaftlichen Abhandlungen zum Versuch leider stark vernachlässigt wird). Konkret geht es um den *Nachweis* des (wie auch immer normativ definierten) festen Tatentschlusses. Erforderlich ist regelmässig eine heikle Prognose über das Verhalten des Täters (Walder, a.a.O., 243). Es geht um die Frage, welche Umstände den konkreten Täter allenfalls von der Weiterverfolgung seines

---

AJP 2005 S. 751, 754

Tatplans abhalten können, also um "die Bewährung des bösen Vorsatzes in der *Tatkrise*" (Arzt, a.a.O., 81, unter Bezugnahme auf Bockelmann). Diesbezüglich stützen die Gerichte ihre prognostischen Annahmen häufig auf Spekulationen und nehmen "eher



eine Zuschreibung als eine Beschreibung vor" (St. Trechsel/P. Noll, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 6. A., 2004, 184).

Das zeigt sich auch in dem hier interessierenden Verfahren gegen X. sehr deutlich: Das Strafgericht begründete die Unwiderruflichkeit des Tatentschlusses vor allem mit den intensiven Bemühungen des Angeklagten um ein Treffen zwecks sexueller Beziehungen mit "Sandro". Gleichzeitig wischte es seine entgegenstehenden Aussagen als (angebliche) Schutzbehauptungen leichter Hand vom Tisch (ausführlich vorne Ziff. 2/a). Obwohl diese Beweiswürdigung vom Bundesgericht bei der Beurteilung der staatsrechtlichen Beschwerde nicht beanstandet worden ist (E. 4.2.1), vermag sie nicht zu überzeugen. Sie ist vielmehr durch ziemlich spekulative Annahmen geprägt. Das betrifft namentlich den voraussichtlichen Fortgang des Geschehens nach der Ankunft am vereinbarten Treffpunkt, der als von einem mechanischen Automatismus getrieben erscheint (ergänzend dazu hinten Ziff. 4/a). Ausserdem wurde die Autofahrt von Oensingen nach Basel durch das Strafgericht als "eine längere Reise" - angesichts der hohen Mobilität der Menschen in der heutigen Gesellschaft - im Hinblick auf den Tatentschluss psychologisch überbewertet.

Schliesslich drängen die anspruchsvollen Beweisverfahren zum Ausmass der Tatentschlossenheit die Praxis leicht zu problematischen Differenzierungen je nach der Persönlichkeit des Täters (kritisch auch Stratenwerth, a.a.O., Rz. 31 f., mit weiteren Hinweisen; a.A. hingegen z.B. Trechsel/Noll, a.a.O., 183 f.). So betrachtete das Strafgericht Basel-Stadt einen freiwilligen Rücktritt des angeklagten X. im Zeitpunkt seiner Ankunft am vereinbarten Treffpunkt als nicht persönlichkeitsadäquat, dies ganz wesentlich unter Hinweis auf die einschlägige Vorstrafe aus dem Jahre 2002 (Urteil, S. 17). Demgegenüber hat der Kassationshof die Berücksichtigung des Charakters des Täters und seines Vorlebens zwar ausdrücklich abgelehnt (E. 8.2, am Ende). Doch gleichwohl dürfte sein Entscheid durch die erwähnte Vorstrafe beeinflusst worden sein; denn solche Faktoren lassen sich bei einem vorwiegend subjektiv geprägten Versuchsbegriff nicht einfach aus der Beweiswürdigung verbannen (wie ich aus eigener richterlicher Erfahrung weiss).

4. Nach einer ersten kritischen Analyse der Rechtsfindung im Verfahren gegen X. lässt sich eine vorläufige Bilanz ziehen: Zwischen der allgemeinen Umschreibung der bundesgerichtlichen Formel zum Beginn des Versuchs einerseits und deren praktischer Umsetzung im konkreten Fall andererseits besteht eine tiefe Kluft. Zwar spricht sich der Kassationshof im Prinzip für eine Kombination objektiver und subjektiver Gesichtspunkte aus. Im Ergebnis sind jedoch neben dem dominanten Faktor der festen Tatentschlossenheit die objektiven Kriterien einer Abgrenzung zwischen Vorbereitung und Versuch in den Hintergrund verbannt und nicht ernsthaft berücksichtigt worden. Angesichts der dargelegten Einwände gegenüber einer vorwiegend subjektiven Definition des Versuchsbeginns drängt sich als leitender Gesichtspunkt die *Tatbestandsnähe* auf (C. Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 2003, § 29, Rn. 102). In den Vordergrund rückt somit die Frage, *mit welcher Tätigkeit der Täter nach seinem Tatplan zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt* (so - wenigstens verbal - auch das Bundesgericht, E. 7.2.1, am Ende). Dabei fordert die gesetzssystematische Auslegung im Hinblick auf Art. 260<sup>bis</sup> StGB ein restriktives Verständnis der "Unmittelbarkeit" (vgl. dazu Arzt, a.a.O., 80; M. Schubarth, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Band 2, 1990, Art. 139, N 65).

a. Der *Tatplan* als massgebende Beurteilungsgrundlage ist heute durchwegs anerkannt: "Da sich das nur bruchstückhaft verwirklichte Geschehen nur vom Tatplan her begreifen lässt, liefert die Vorstellung des Täters von der Tat, sein konkreter Tatvorsatz, die Grundlage für die durch einen Dritten und damit objektiv vorzunehmende Beurteilung der Frage, ob mit der Ausführungshandlung bereits begonnen wurde." (K. Seelmann, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1999, 95).

Bei der Betrachtung des Tatplanes kommt es allein auf dessen *Inhalt* und - wie bereits in Ziff. 3 ausführlich erörtert - nicht auf das Mass der Tatentschlossenheit an. Der Tatplan ist hier nur insoweit relevant, als er den *Sinngehalt* des äusserlich wahrnehmbaren Täterverhaltens zu erhellen vermag. Auf der Basis des konkreten Tatvorsatzes ist zu entscheiden, ob das Verhalten des Täters *objektiv* die erforderliche Nähe zur Tatbestandsverwirklichung erreicht hat, d.h. in das Stadium des Versuchs *fortgeschritten* ist. Diesbezüglich war das Verfahren gegen X. mit dem Problem



konfrontiert, dass über den geplanten Ablauf des Geschehens nach der Ankunft am Treffpunkt in Basel nichts Konkretes bekannt war. Unter welchen Voraussetzungen, an welchem Ort und somit auch zu welchem genauen Zeitpunkt es nach den Vorstellungen des Angeklagten zu sexuellen Handlungen gekommen wäre, blieb aufgrund der Beweislage, so wie sie sich aus den schriftlichen Urteilsmotiven ergibt, weitgehend offen. Das mag prima vista ein wenig überraschen in Anbetracht der zahlreichen Chat-Gespräche und SMS-Kontakte vor der Fahrt nach Basel. Ich sehe hier ein Indiz dafür, dass der Tatentschluss des Angeklagten möglicherweise doch nicht so gefestigt war, wie das durch die Gerichte unterstellt worden ist. Die richterlichen Instanzen haben indessen die Lücke im Sachverhalt mittels Konstruktion einer unwiderruflichen Tatentschlossenheit überspielt und gestützt darauf ihrer eigenen Phantasie freien Lauf gelassen (unter gleichzeitiger Verdrängung des Grundsatzes "in dubio pro reo"). Das Resultat daraus sind Schlussfolgerungen, welche das (vermutlich) gewünschte Ergebnis vorwegnehmen und zugleich an die materiell-rechtlichen Vorgaben sprachlich angepasst sind (Nachweise vorne Ziff. 2).

b. Selbst wenn man die tatsächlichen Feststellungen der basel-städtischen Gerichte als zutreffend akzeptiert oder

---

AJP 2005 S. 751, 755

zumindest nicht für schlechthin unhaltbar befindet, bestehen trotzdem erhebliche Bedenken gegen die Annahme eines Versuchs zu Art. 187 Ziff. 1 StGB. Die blossе Ankunft am vereinbarten Treffpunkt ohne weitere Aktivitäten, d.h. ein durchaus *sozial übliches Verhalten* (G. Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. A., 1991, 25/65), lässt sich unter den gegebenen Umständen - schon nach dem allgemeinen Sprachverständnis - niemals als "unmittelbares Ansetzen" zur Vornahme sexueller Handlungen qualifizieren. Der evident objektive Gehalt des erwähnten Kriteriums, das "den Versuch hart an die Grenze der Tatbestandshandlung führt" (Roxin, a.a.O., Rn. 102), ist unbedingt zu bewahren und darf nicht durch den Rekurs auf den bösen Willen des Täters ausgehöhlt werden. So werden denn auch das Aufsuchen des Tatortes und der (noch) unauffällige Aufenthalt dort generell - von hier nicht in Betracht fallenden Ausnahmen abgesehen - als typische Vorbereitungshandlungen betrachtet (Roxin, a.a.O., Rn. 177; ferner H.-J. Rudolphi, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I, 6. A., 1993, § 22, Rn. 15).

Das muss im vorliegenden Fall umso eher gelten, als das von X. angestrebte strafbare Verhalten, d.h. die sexuellen Handlungen, nach seinen Vorstellungen *eine freiwillige Mitwirkung des Partners voraussetzte*. Diese *notwendige Teilnahme* des Opfers bedeutet, dass dessen tatsächliche Abwesenheit bzw. Inexistenz - anders als sonst beim untauglichen Versuch - nicht bloss die Tatvollendung, sondern bereits *die Ausführung des Deliktes von vorneherein verunmöglicht*. Das erforderliche unmittelbare Ansetzen zu sexuellen Handlungen ist ein Merkmal, das sich äusserlich manifestieren muss und dessen objektiver Kern in einem Tatstrafrecht nicht subjektiv ersetzbar ist. Demzufolge erwähnt Art. 23 StGB lediglich die Untauglichkeit des Mittels und des Objekts, nicht hingegen *die Unmöglichkeit, zur Ausführungshandlung unmittelbar anzusetzen*. Nach dieser Klärung versteht sich auch leichter, dass im Tatplan (vorerst) nur der Treffpunkt, nicht hingegen der Tatort eindeutig bestimmt war, was übrigens im bundesgerichtlichen Urteil durchaus eingeräumt wird (E. 8.2: "... an einem geeigneten Ort, sei es im Freien, in einer Wohnung oder im Auto"). Wer die örtlichen Verhältnisse beim McDonald's-Restaurant an der Centralbahnstrasse kennt, weiss genau, dass dort kein geeigneter Ort für (verbotene) sexuelle Handlungen ist (weder im Freien noch im Auto!). Indem aber das Bundesgericht einen Versuch bejaht, "auch wenn sich die beiden zunächst an einen anderen Ort hätten begeben müssen" (E. 8.2), hat es der Sache nach die wiederholt aufgeführten objektiven Abgrenzungskriterien längst verlassen. Man darf nämlich unter solchen Umständen nicht ernsthaft von einem "engen örtlichen und zeitlichen Zusammenhang zur Tatbestandserfüllung" sprechen, ohne diese Formulierung inhaltlich zu entleeren.

Derselben Kritik unterliegen die bundesgerichtlichen Erwägungen, soweit sie an die Schwellentheorie anknüpfen und den letzten entscheidenden bzw. den ersten über die blossе Vorbereitung hinausführenden Schritt darin erkennen wollen, dass X. zur Tat entschlossen sich am vereinbarten Treffpunkt eingefunden habe (E. 8.2, am Anfang).



Die Ankunft in Basel bei einem Partner, den man noch nie gesehen hat, ist nicht derjenige Schritt, "von dem es in der Regel ein Zurück nur noch gibt, wenn äussere Umstände dazwischentreten" (Jenny, a.a.O., N 15). Denn für die Vornahme sexueller Handlungen dürfte im Allgemeinen die Sympathie gegenüber der anderen Person oder wenigstens eine vorherige persönliche Begegnung von wesentlicher Bedeutung sein. Das Strafgericht nahm zwar spekulativ an, X. hätte sich unabhängig von der Person seines Chatpartners zumindest zu gegenseitiger Befriedigung hingegeben (Urteil, S. 13). Bei der gebotenen *generalisierenden* Betrachtungsweise ("*in der Regel*") lässt sich hier aber ein Zurück ohne dazwischentretende äussere Umstände keineswegs ausschliessen.

5. Die vielfältigen Bemühungen um eine begriffliche Präzisierung des Beginns der Ausführungshandlung gemäss Art. 21 Abs. 1 StGB vermögen nicht darüber hinweg zu täuschen, dass sich hier eine exakte Grenze kaum ziehen lässt. Dieser Befund tritt besonders markant in Erscheinung, sobald man neben den materiell-rechtlichen Definitionen auch das *prozessuale Beweisverfahren* in die Betrachtungen einbezieht. Das belegt sehr deutlich etwa die massgebende Anknüpfung an den jeweiligen Tatplan, der als innere Tatsache naturgemäss häufig nur schwer zu ermitteln ist. Andererseits aber hilft der konzentrierte Blick auf diese (subjektive) Beurteilungsgrundlage den Gerichten, durch spekulative Annahmen über den (allenfalls "unwiderruflich") geplanten Geschehensablauf ein bestimmtes rechtliches Ergebnis auf der Tatsachenebene zu präjudizieren (ausführlich vorne Ziff. 3/b und 4/a). Folglich kann die unübersehbare Neigung der Rechtsprechung zur subjektiven Versuchslehre nicht erstaunen (lesenswert dazu H. Vest, Vorsatznachweis und materielles Strafrecht, 1986, 85).

Die zumindest teilweise offene Grenzzone zwischen der straflosen Vorbereitung und dem strafbaren Versuch bietet *rechtspolitischen Einflüssen* ein bedeutsames Feld. So hat das seitens der Polizei andauernd geltend gemachte Bedürfnis frühzeitiger Interventionsmöglichkeiten den Bereich der bislang straflosen Vorbereitungshandlungen unter Druck gesetzt. Das betrifft nicht nur die Gesetzgebung (klassisch etwa Art. 260<sup>bis</sup> StGB und Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 BetmG), sondern eben auch die Rechtsanwendung. Das soeben besprochene Urteil des Bundesgerichts liefert hierfür ein sehr anschauliches Beispiel: Sowohl die kantonalen Instanzen als auch der Kassationshof haben - wie einlässlich dargelegt - den Beginn der Ausführungshandlung unangemessen weit vorverlegt. Dieses Ergebnis ist wohl zu einem wesentlichen Teil darauf zurückzuführen, dass im Verfahren gegen X. "Sandro" als verdeckter Ermittler eingesetzt war. Hätten die Gerichte die Ankunft des Angeklagten am vereinbarten Ort am Bahnhof gesetzeskonform als straflose Vorbereitungshandlung beurteilt, so wäre die ganze Aktion der Staatsanwaltschaft Basel-Stadt nutzlos gewesen (mit entsprechenden Folgen auch für die Planung künftiger Ermittlungen). Solche Konsequenzen haben die Gerichte

---

AJP 2005 S. 751, 756

offenkundig gescheut, zumal bereits in den beiden ähnlich gelagerten Fällen "Daniele" und "Bimansy" ein Freispruch erfolgen musste (wenn auch aus anderen Gründen). Somit stehen hier hinter den strikt rechtsdogmatisch formulierten Argumenten der Urteilmotive unausgesprochen präventiv-polizeiliche Erwägungen. Leicht überspitzt lässt sich demzufolge behaupten: *Entgegen dem äusseren Anschein hat nicht in erster Linie Art. 21 Abs.1 StGB, sondern die Zwangsmassnahme der verdeckten Ermittlung die richterliche Entscheidung über den Versuchsbeginn gesteuert!* Oder bin ich da vielleicht nun meinerseits einer gewagten Spekulation erlegen?