

Viktimodogmatik durch die Hintertür der Heimtücke i.S.d. § 211 StGB?

Von Rechtsreferendar Dr. **Thomas Exner**, Wiss. Mitarbeiterin **Elisabeth Remmers**, Jena*

Mit der Viktimodogmatik findet das Spannungsverhältnis zwischen Opferschutz und Eigenverantwortung in einer gesonderten Rechtsfigur Ausdruck. Obgleich die Rechtsprechung zu jener Figur keine ausdrückliche Stellung nimmt, rekuriert sie bei der Auslegung des Heimtückemerkmals auf viktimodogmatisches Gedankengut. Ob dies mit Recht geschieht und inwiefern grundsätzlich von einem selbständigen viktimodogmatischen Prinzip die Rede sein kann, ist Gegenstand dieses Beitrags.

The legal concept referred as “Viktimodogmatik” comprises the conflictual relation between protection of victims and self-responsibility. Though court decisions do not take an explicit stance on this concept, there are judicial decisions which draw directly on ideas of “Viktimodogmatik” in order to interpret the meaning of insidiousness for the purpose of § 211 German criminal code (sc. crime of murder). This article tries to clarify whether using the concept of “Viktimodogmatik” in this context is substantiated and whether there is a general principle of “Viktimodogmatik” deducible.

I. Das Heimtückemerkmal: Normative oder viktimodogmatische Auslegung?

Seit den 1970er Jahren ist der Begriff Viktimodogmatik Gegenstand stets wiederkehrender strafrechtlicher Kontroversen.¹ Das Anliegen der Viktimodogmatik ist es, diejenigen Opfer aus dem Anwendungs- und Schutzbereich strafrechtlicher Normen auszuscheiden, die in sozialüblicher Weise Maßnahmen des Selbstschutzes gegen einen auf sie erfolgten Angriff hätten treffen können: Ein Tatopfer, welches sich in der konkreten Tatsituation entsprechend seiner individuellen Konstitution dem Täter hätte erwehren können, ist nicht schutzwürdig – das Verhalten des Täters ist in diesen Fällen nicht strafbar.²

* Die Autorin ist Wiss. Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Geschichte des Strafrechts (Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. Günter Jerouschek, M.A.) an der Friedrich-Schiller-Universität Jena; der Autor war ebendort Wiss. Mitarbeiter und ist gegenwärtig Rechtsreferendar im Landgerichtsbezirk Erfurt.

¹ Dazu: Günter, in: Eser u.a. (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, 1998, S. 69 (S. 70); Schünemann, NStZ 1986, 439. Unklar ist, wer diesen Begriff in die Debatte eingeführt hat und ob hier u.U. nicht sachlich-substantiell längst Bekanntes bloß sprachlich-stilistisch neu gefasst wurde (dazu ausführlich Mitsch, Rechtfertigung und Opferverhalten, 2004, S. 13 ff. m.w.N.).

² Übersicht zum Anliegen der Viktimodogmatik m.w.N. bei Günter (Fn. 1), S. 69 (S. 71); Hassemer, Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik: Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Irrtumsmerkmals in § 263 StGB, 1981, S. 81; Lenckner/Eisele, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, Vorbem. §§ 13 ff. Rn. 70b; Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006,

In Rechtsprechung und Literatur ist die viktimodogmatische Reduktion von Strafvorschriften überwiegend auf Ablehnung gestoßen. Während einige Stimmen zumindest noch bereit sind, spezifische Formen des Opferverhaltens u.U. als mildernden Gesichtspunkt innerhalb der Strafzumessung zu berücksichtigen,³ lehnt das Gros der Kritiker ein selbstständiges Prinzip der Viktimodogmatik gänzlich ab.⁴ Apodiktisch hält Geisler fest: „[D]er viktimodogmatische Ansatz, der auf eine Revision der traditionellen Modellvorstellung von der Straftat als einseitig fehlerhaftem Verhalten abzielt, [ist] in seiner Generalisierung und Verabsolutierung in der Strafrechtswissenschaft mit Recht überwiegend auf Ablehnung gestoßen.“⁵

Vordergründig scheint auch der BGH ein strausschließend wirkendes „Opfermitverschulden“ abzulehnen, wenn er bspw. bei § 263 Abs. 1 StGB das Vorliegen einer Täuschung selbst dann noch anzunehmen bereit ist, wenn das Opfer Zweifel an den ihm vorgespiegelten Tatsachen hat bzw. bei sorgfältiger Prüfung das täuschende Verhalten des Täters hätte erkennen können.⁶

Berechtigt ist die Ablehnung der Viktimodogmatik allerdings nicht. Das viktimodogmatische Prinzip lässt sich sowohl dogmatisch als auch faktisch im geltenden Strafrecht aufspüren und nachweisen. In der Sache überrascht daher kaum, wenn der BGH namentlich im Rahmen seiner restriktiven Auslegung des Mordmerkmals „Heimtücke“ sublim deutlich viktimodogmatische Gedanken bemüht – allenfalls irritiert, dass er dem zum Trotz die Viktimodogmatik nicht ausdrücklich anerkennt.

Seit der Entscheidung des BVerfG zur Verfassungsmäßigkeit lebenslanger Freiheitsstrafen und der damit verbundenen Aufforderung zu einer am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz orientierten restriktiven Auslegung des Mordmerkmals der Heimtücke⁷ tendiert der BGH zu einer einschränkenden Auslegung des Heimtückebestandteils der „Arglosigkeit“ (sog.

§ 14 Rn. 15; Schünemann, in: Zeidler u.a. (Hrsg.). Festschrift für Hans Joachim Faller, 1984, S. 357 (S. 371); Schünemann, NStZ 1986, 193 (195); 439. Siehe auch Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2010, Vorbem. § 13 Rn. 4a.

³ So z.B. BGH StV 1986, 149 (150) (mit im Ergebnis abl. Anm. Hillenkamp, StV 1986, 150); Hillenkamp, Vorsatztat und Opferverhalten, 1981, S. 211 ff.; Roxin (Fn. 2), § 14 Rn. 24; vgl. Mitsch, NStZ 1992, 434 (435 f.); weit befürwortend Hörnle, GA 2009, 626.

⁴ Günther (Fn. 1), S. 69 (S. 71); Lenckner/Eisele (Fn. 2), Vorbem. §§ 13 ff. Rn. 70b; Roxin (Fn. 2), § 14 Rn. 15 ff.

⁵ Geisler, NStZ 2002, 86 (88) – Hervorhebung im Original.

⁶ BGH NStZ 2003, 313 (314) – maßgeblich sei, dass das Opfer die Wahrheit für möglich hielte; siehe auch BGH NStZ 2001, 430 (431).

⁷ BVerfGE 45, 187 (261, 267) = NJW 1977, 1525 (4. Leitsatz, 1534).

normative Auslegung).⁸ Zwar sei ein Opfer grundsätzlich dann „arglos“, wenn es sich zur Tatzeit keines Angriffs auf seinen Körper oder sein Leben versieht,⁹ dennoch müsse stets gefragt werden, ob ein faktisch ahnungsloses Opfer nicht zumindest hinreichend Anlass gehabt hätte, sich eines Angriffs auf seine Person zu versehen. Folgerichtig urteilte der BGH in einer Aufsehen erregenden Leitentscheidung, dass ein Erpresser gegenüber dem für ihn völlig überraschend erfolgten tödlichen Gegenangriff des Erpressungsopfers niemals arglos gewesen sein könne. Da dem Erpressungsopfer ein Notwehrrecht zustehe, habe der Erpresser mit seinem konkreten Angriff in aller Regel seine Arglosigkeit als Opfer des späteren Gegenangriffs verloren. Mit der Ausübung des Notwehrrechts müsse jeder Angreifer in einer solchen Lage grundsätzlich rechnen. Das sei von der strafrechtlichen Wertordnung und damit normativ vorgegeben, so der BGH.¹⁰

Auch in anderen Konstellationen hat der BGH Abstand von seiner Formel genommen, wonach arglos zwingend diejenigen Tötungsoffer seien, die zum Zeitpunkt der ersten Handlung des Täters keinen Angriff auf Leib und Leben befürchteten.¹¹ Zwar sollte anfänglich die Arglosigkeit des Tatopfers in solchen Fällen noch nicht verneint werden, in denen der tödliche Angriff allein wegen einer im weiten Vorfeld der eigentlichen Tötungstat erfolgten (beliebigen) feindlichen Auseinandersetzung abstrakt erwartbar gewesen wäre;¹² für die Verneinung der Arglosigkeit war vielmehr selbst bei einem der Tötung vorangegangenen Streit stets erforderlich, dass das Tötungsoffer faktisch mit einem *tätlichen* Angriff rechnete.¹³ Inzwischen scheint allerdings in Fortführung der o.g. Leitentscheidung des BGH im 48. Band das Vorliegen von Arglosigkeit (normativ) nunmehr bereits dann verneint werden zu müssen, wenn der Tötung schon eine rein telefonisch geführte Auseinandersetzung vorausging, in deren Verlauf der Täter dem späteren Opfer lediglich mit den Worten drohte: „Pass auf mein Freund, ich komme

jetzt zu dir ins Restaurant und mache dich platt“¹⁴. Prägnant bringt der BGH hier seine Ansicht zur normativen Einschränkung der Arglosigkeit auf den Punkt, indem er das Vorliegen von „Arglosigkeit“ stets verneint wissen will, „wenn der Tat eine offene Auseinandersetzung mit von vornherein feindseligem Verhalten des Täters vorausgeht, das Opfer also akuten Anlass hat, mit einem tätlichen Angriff zu rechnen“¹⁵. Zu Recht fasst *Köhne* diesen Befund in der viktimodogmatisch gefärbten Sentenz zusammen, arglos könne nur derjenige sein, der mit einem Angriff berechtigterweise nicht rechnen konnte bzw. musste.¹⁶

Mit dem gängigem „Arglosigkeits“-Begriff, welcher nach dem tatsächlichen Vorstellungsbild des Opfers fragt, ist diese Rechtsprechung nur schwerlich vereinbar.¹⁷ Für die (aus der vorherrschenden Heimtückedefinition folgende) Frage, ob bei Beginn der Tötungshandlung ein tätlicher Angriff gegen Leben oder körperliche Integrität vergegenwärtigt wird, kann es begrifflich nur auf das *tatsächliche* Vorstellungsbild des Tötungsoffers ankommen. Erst wenn das Opfer den Angriff auf seine Person faktisch für möglich hält, verliert es seine „Arglosigkeit“. Hieraus erklärt sich die einhellige Meinung, das generelle Misstrauen eines Tötungsoffers, möglicherweise Opfer einer Gewalttat zu werden, für einen Arglosigkeits-Ausschluss gerade noch nicht ausreichen zu lassen.¹⁸ D.h. mit anderen Worten, solange das Opfer einen Angriff subjektiv nicht für möglich hält, beseitigte selbst ein der Tötung vorausgehendes Vorfeldgeschehen – und gar ein bloß verbaler Wortwechsel – die Arglosigkeit des Tötungsoffers niemals.¹⁹

Zugegebenermaßen mag im konkreten Einzelfall die Feststellung mitunter Schwierigkeiten bereiten, welches Vorstellungsbild beim Opfer zu Beginn des Tötungsgeschehens tatsächlich vorlag. Dem Bemühen des BGH um Objektivierung ist darum durchaus zuzustimmen, wenn er das Vorliegen von „Arglosigkeit“ u.a. aus dem der Tötung vorausgegangen tatsächlichen Geschehensverlauf abzuleiten sucht. So könnte im o.g. Erpresser-Fall in der Tat ohne weiteres von dem Erpressungsverhalten des späteren Tötungsoffers darauf geschlossen werden, dass der Getötete zur Gegenwehr immerhin herausgefordert und die tätliche Reaktion des späteren

⁸ Zur Diskussion um die Heimtückedefinition: *Köhne*, Jura 2009, 748 (749 ff.); *Schneider*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2003, § 211 Rn. 122 ff. m.w.N.

⁹ BGHSt 50, 16 (28) = NJW 2005, 1287 (1290); BGHSt 33, 363 (365); 27, 322 (342); 20, 301 (302); BGH NStZ 2008, 273 (274).

¹⁰ BGHSt 48, 207 (210); zustimmend *Roxin*, JZ 2003, 966; *Widmaier*, NJW 2003, 3788 (3790 f.); krit. *Küper*, GA 2006, 310 (311 ff.); *Schneider*, NStZ 2003, 428; abl. *Quentin*, NStZ 2005, 128.

¹¹ Statt aller BGHSt 27, 322 (324); BGH NStZ 2008, 273 (274).

¹² Weiland BGHSt 27, 322 (324); BGH NStZ 1986, 504 (505); siehe BGH NJW 1991, 1963; diff. zwischen andauernder und beendeter vorausgegangener (!) Feindseligkeit: BGHSt 28, 210 (211); 39, 353 (368 f.).

¹³ So weiterhin anscheinend BGH NStZ-RR 2007, 174 (1. Leitsatz); siehe ferner BGHSt 50, 16 (28); Überblick bei *Neumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 211 Rn. 46 ff. (insbes. 60 f.).

¹⁴ BGH NStZ 2007, 268 – mit dem Hinweis auf die Möglichkeit der tatrichterlichen Feststellung, dass das Opfer sich in der Zwischenzeit wieder beruhigt habe und daher keinen tätlichen Angriff mehr erwartete (a.a.O., 269).

¹⁵ BGH NStZ 2009, 501 (502).

¹⁶ *Köhne*, Jura 2009, 748 (753).

¹⁷ *Hillenkamp*, JZ 2004, 48 (49); *Quentin*, NStZ 2005, 128 (130). *Roxin* hingegen bewertet dies als zulässiges Abstandnehmen von einem vormalig rein psychischen Überraschungsbefund (*Roxin*, in: Schöch/Satzger u.a. [Hrsg.], Festschrift für Gunter Widmaier zum 70. Geburtstag, 2008, S. 741 ff. [S. 749]).

¹⁸ BGHSt 33, 363 (364 ff.) (mit krit. Anm. *Rengier*, NStZ 1986, 505); *Kühl* (Fn. 2), § 211 Rn. 7 m.w.N.

¹⁹ Prägnant *Altwater*, NStZ 2005, 22 (24); krit. *Rengier*, NStZ 1986, 505 (506).

Täters damit zumindest einkalkuliert habe.²⁰ Solch eine normativ dominierte Verneinung der Arglosigkeit versagt allerdings in Konstellationen, in denen das spätere Tötungsoffer just kein eigenes aggressives Vorverhalten an den Tag gelegt hat, wie im obigen Fall der Telefandrohung. Dort hat sich das zunächst ausschließlich telefonisch bedrohte Opfer im Vorfeld der Tötung nicht eskalierend verhalten; eine körperliche Auseinandersetzung mit wohlmöglich tödlichen Folgen für sich selbst hat das Opfer in diesen Fällen mithin weder einkalkuliert noch billigend in Kauf genommen.

Zur Begründung jener Einschränkungen des Arglosigkeitsmerkmals kann vielmehr allein ein viktimodogmatisches Fundament dienen. Nach Ansicht des BGH soll im Ergebnis nichts anderes als der Umstand, dass das Opfer den Angriff auf seine Person zumutbar hätte vorhersehen sowie abwenden können, dazu führen, dass die Arglosigkeit und damit der Einbezug des Tötungsoffers in den Schutzbereich des Mordtatbestandes verneint werden muss.²¹

Auf den ersten Blick scheint diese viktimodogmatische Perspektive vom Telos des Mordmerkmals der Arglosigkeit gestützt. Über die Arglosigkeit werden solche Tötungen erfasst, die darum besonders verwerflich sind, weil der Täter mit einem ahnungslosen Opfer gezielt eine Person tötet, die aufgrund ihrer Arglosigkeit außerstande ist, dem drohenden Angriff wirksam zu begegnen.²² Insofern ist durchaus nahelegend zu schlussfolgern, dass es für die Einschlägigkeit jenes Mordmerkmals sodann nicht ausreichen könne, wenn das Opfer lediglich tatsächlich ahnungslos und deshalb besonders *schutzbedürftig* ist, sondern vielmehr zu fordern sei, dass das schutzlose Opfer darüber hinaus zugleich auch eines besonderen Schutzes *würdig* sein müsse. Schließlich ist es bei Lichte betrachtet das Vorliegen eben jener *Schutzwürdigkeit*, die der BGH verneint, wenn er all denjenigen Tötungsoffern die Arglosigkeit absprechen will, die trotz tatsächlicher Ahnungslosigkeit – und damit *Schutzbedürftigkeit* – ob des auf sie erfolgten Angriffs die Tötlichkeit immerhin ohne weiteres hätte voraussehen und abwehren können. Folglich bringt *Hillenkamp* das Movens der normativen Auslegung des Heimtückemerkmals auf den Punkt, wenn er unumwunden von einer viktimodogmatischen Reduktion jenes Merkmals spricht.²³

Was indes aussteht, ist nicht nur das offene Bekenntnis des BGH zur Berechtigung und Notwendigkeit der Viktimodogmatik im Sinne einer eigenständigen Rechtsfigur, sondern

²⁰ BGHSt 48, 207 (210); BGH NJW 1991, 1963; jeweils zustimmend *Rengier*, NSStZ 2004, 233 (236); *Roxin*, JZ 2003, 966 (966); *Widmaier*, NJW 2003, 2788 (2791); hingegen abl. BGH NSStZ 2005, 688 (689) (mit abl. Anm. *Mosbacher*, NSStZ 2005, 690); *Hillenkamp*, JZ 2004, 48 (49); offenlassend BGH NSStZ 2007, 523 (524).

²¹ Zur wechselnden Linie des BGH in dieser Frage *Wessels/Hettinger*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 34. Aufl. 2010, Rn. 111 m.w.N.

²² BGH StV 1998, 544 (544); *Eser*, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 211 Rn. 24; vgl. *Roxin*, JZ 2003, 966; *Schneider*, in: Joecks/Miebach (Fn. 8), § 211 Rn. 122.

²³ *Hillenkamp*, JZ 2004, 48 (49).

insbesondere der Nachweis über die Zulässigkeit, auch und gerade den Mordtatbestand unter viktimodogmatischen Gesichtspunkten auszulegen. Denn zumindest an Letzterem sind ernsthafte Zweifel anzumelden.

II. Dogmatische und faktische Verankerung der Viktimodogmatik im Strafrecht

Das viktimodogmatische Prinzip ist sowohl dogmatisch wie auch faktisch im Strafrecht verankert. Es hat bei der Auslegung von Tatbeständen grundsätzlich Anwendung zu finden.

1. Dogmatische Verankerung

Prima facie diffundiert die rechtssystematische Herleitung der Viktimodogmatik in miteinander unvereinbare Ansichten. Bei Lichte betrachtet ist Flucht- und Ankerpunkt allerdings letztendlich einheitlich das ultima-ratio-Prinzip des Strafrechts.

Zur Berechtigung und Notwendigkeit einer Viktimodogmatik argumentiert *Schünemann* schwerpunktmäßig mit dem Zweck strafrechtlicher Normen: Mit der Zunahme an Sanktionshäufigkeit trete eine Gewöhnung an die Verhängung von „Strafe“ ein, weshalb „Strafe“ immer in Gefahr sei, mit ihrem Ausspruch zugleich ihr ethisch akzentuiertes Unwerturteil zu verlieren. Aus diesem Grunde müsse die Strafverhängung von vornherein auf sozialschädliche Verhaltensweisen beschränkt bleiben. Zur Aufrechterhaltung der präventiven Wirkung des Strafrechts müsse die staatliche Strafgewalt mit anderen Worten auf Verletzungshandlungen begrenzt werden, die wegen ihrer Unvermeidbarkeit für das Tatopfer eine gesellschaftserschütternde Dimension aufwiesen.²⁴

Auf den von *Schünemann* hiermit indirekt in Bezug genommenen ultima-ratio-Grundsatz bezieht sich auch *Amelung* in seinen Ausführungen. Grundüberlegung ist dort, dass ein Tatopfer, welches sich gegen die erlittene Beeinträchtigung selbst hätte wirksam schützen können, des Schutzes der staatlichen Sanktionsgewalt überhaupt nicht bedürftig sei. Die erlittene Rechtsgutseinbuße hätte schon durch den vorrangig zu verlangenden Einsatz persönlicher Abwendungsmöglichkeiten vermieden werden können.²⁵

Wenig anders argumentiert *Hassemer*, wenngleich er im Rahmen seiner Betrachtungen die Perspektive von der Schutzbedürftigkeit des Opfers weg auf die Strafwürdigkeit des Täters richtet: Hätte das Tatopfer die Verletzung seiner Rechtsgüter in zumutbarer Weise vermeiden können, sei die strafrechtliche Sanktionierung des Täters unverhältnismäßig. In jenen Konstellationen sei weder zumutbar noch begründbar, dem Täter die durch „Strafe“ eintretende massive Beeinträchtigung seiner Grundrechte aufzuerlegen.²⁶ Dies wiederum wird von *Sessar* aufgegriffen, indem dieser betont, das Opfer dürfe keinen bestimmenden Einfluss auf den staatlichen Strafanspruch gewinnen – auf individuellem Versagen

²⁴ *Schünemann* (Fn. 2), S. 357.

²⁵ *Amelung*, GA 1977, 1 (6) – am Beispiel des Irrtums i.S.d. § 263 Abs. 1 StGB.

²⁶ *Hassemer* (Fn. 2), S. 81 sowie S. 19.

beruhende Verletzungen dürften folglich keiner strafrechtlichen Ahndung unterfallen.²⁷

Das Subsidiaritätsprinzip ist es, welches die Befürworter mehr oder weniger deutlich zum dogmatischen Kern ihrer jeweiligen Ansätze²⁸ wählen. Ausgangspunkt ist insofern die entsprechende Erkenntnis des BVerfG in seiner ersten Entscheidung zur Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs. Bzgl. der Frage, ob bzw. inwiefern der Staat verpflichtet sei, in Wahrnehmung seines Schutzauftrages gegenüber dem menschlichen Leben (vgl. Art. 2 Abs. 2 GG) gerade das Mittel des Strafrecht einsetzen zu müssen, hielt das Gericht fest: „Nach dem das ganze öffentliche Recht einschließlich des Verfassungsrechts beherrschenden rechtstaatlichen Prinzip der Verhältnismäßigkeit darf er [scil. der Gesetzgeber] von diesem Mittel nur behutsam und zurückhaltend Gebrauch machen.“²⁹

Aus dem ultima-ratio-Prinzip folgt die Viktimodogmatik. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip gebietet, die Bestrafung des Täters in eine angemessene Relation zu der – u.a. anhand des Grades der Machtlosigkeit des Opfers zu bestimmenden – Schwere der Verletzungshandlung zu setzen. D.h., die Verhängung einer Strafe ist erst dort legitim, wo keine anderweitige Möglichkeit besteht, Rechtsgüter vor Angriffen zu schützen. Die o.g. Herleitungen der Viktimodogmatik erweisen sich alle samt als Topoi jenes Prinzips: Die Notwendigkeit der Einhaltung des ultima-ratio-Grundsatzes folgt rein praktisch aus dem Interesse an der Funktionstüchtigkeit der Präventivwirkung des Strafrechts. Wobei die Verfolgung eines präventiven Strafzwecks a limine erst erforderlich ist, wo ein Täterverhalten das Rechtsgeltungsvertrauen der Rechtsgemeinschaft spürbar erschüttert. Es kann dem Strafrecht somit ausschließlich um die Sanktionierung solcher Rechtsgutseinbußen gehen, die sich gerade nicht als Folge eines mitwirkenden und darum vermeidbaren Opferverhaltens darstellen. Die viktimodogmatisch motivierte Berücksichtigung bestimmten Opferverhaltens mit Blick auf die Strafwürdigkeit des Täters ist Konsequenz und Ausfluss des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Eine um verfassungskonforme Auslegung bemühte Strafrechtslehre kann mithin einer eigenständigen Lehre der Viktimodogmatik nicht entbehren. Wie dies deliktssystematisch zu bewerkstelligen ist und welche inhaltlichen Anforderungen an die Viktimodogmatik zu stellen ist, kann hier zunächst dahinstehen (dazu unten III. 1.)

²⁷ Sessar, in: Vogler/Hermann (Hrsg.), Festschrift für Hans Heinrich Jescheck, Halbbd. 2, 1985, S. 1137 ff. (S. 1150 ff.).

²⁸ Weitere Ansätze (siehe bei Günter [Fn. 1], S. 69 ff. [S. 72]) führen u.a. ins Feld, Strafschutz sei lediglich eine staatliche Leistung für Bedürftige oder etwa obolutionistisch, der Staat dürfe den Opfern ihre Konflikte nicht nehmen.

²⁹ BVerfGE 39, 1 (47) – siehe die insofern zustimmende Anm. Kriele, JZ 1973, 222, der zugleich zutreffend darauf hinweist, dass kein positiver Nachweis über die Geeignetheit geführt werden kann, dem staatlichen Schutzauftrag gerade mit dem Mittel des Strafrechts nachzukommen (a.a.O., 223). Vgl. auch BVerfGE 27, 211 (218 ff.); 34, 246 (238); 50, 166 (174). Grundlage des Verhältnismäßigkeitsprinzips ist das Rechtsstaatsprinzip: BVerfGE 35, 382 (400 f.); 38, 52 (58).

Das Vorgenannte impliziert auf der anderen Seite aber auch, die Viktimodogmatik nicht bloß als ein einseitiges, straflimitierend wirkendes, sondern vielmehr als ein bipolares Prinzip zu begreifen. Die Schutzwürdigkeit des Opfers ist mit der Strafwürdigkeit des Täters allseitig ins Verhältnis zu setzen. Der Ausschluss der Strafwürdigkeit des Täters in denjenigen Fällen, in denen das Opfer sich selbst wirksam gegen die zugefügte Rechtsgutseinbuße hätte schützen können, kennzeichnet insofern lediglich die eine Wirkrichtung der Viktimodogmatik. Denn umgekehrt gilt ebenso, dass die Strafwürdigkeit eines Täters besonders begründet wird, wenn dieser die spezifische Schutzwürdigkeit seines Opfers zur Tatbegehung ausnutzt – in diesen Fällen wirkt sich der straflegitimierende Aspekt der Viktimodogmatik aus.³⁰ So ist bspw. bei den Sexualdelikten der Mangel an Selbstschutz weniger Ausdruck eines vermeidbaren Verzichts auf zumutbare Maßnahmen des Eigenschutzes als vielmehr Ausdruck der Angst, etwaige Gegenwehr sei ohnehin sinnlos bzw. provoziere zuallererst die Vollendung der Vergewaltigung.³¹ Das Unterlassen geeigneter Selbstschutzmaßnahmen hebt dort die Schutzwürdigkeit des Opfers nicht auf, sondern begründet diese stattdessen in gesteigertem Maße. Je nach dem, ob das Fehlen von Schutzmaßnahmen die Schutzwürdigkeit des Opfers also aufhebt oder – weil dem Opfer zumutbare (!) Möglichkeiten des Eigenschutzes schlicht fehlen – dessen Schutzbedürfnis begründet, wirkt die Viktimodogmatik straflimitierend, indem sie die Strafwürdigkeit des Täters ausschließt, oder straflegitimierend und liefert damit just die besondere Begründung für die Bestrafung des Täters. Erst diese Bipolarität der Viktimodogmatik berechtigt dazu, hier von einem unrechtskonstituierenden Prinzip zu sprechen.³²

2. Faktische Verankerung

Wie oben aufgezeigt, ist die Viktimodogmatik eine dogmatisch zwingende Konsequenz des ultima-ratio-Grundsatzes. Es verwundert darum wenig, dass die Viktimodogmatik sowohl in ihrer straflimitierenden als auch straflegitimierenden Facette auch faktisch Niederschlag im Strafrecht gefunden hat.

Freilich sei in Parenthese darauf hingewiesen, dass es sich bei der vorgenannten Unterscheidung zwischen straflegitimierender und straflimitierender Viktimodogmatik um eine *Idealannahme* handelt, die sich an dem Schwer- bzw. Ausgangspunkt unterlassener Selbstschutzmöglichkeiten auf Seiten des Opfers ausrichtet. Entsprechend gilt: Dort, wo eine besondere Schutzwürdigkeit des Opfers die Strafwürdigkeit des Täters allgemein legitimiert, kommt auch dem Verabsäumen individuell gleichwohl bestehender Selbstschutz-

³⁰ Wegen dieser Bipolarität der Viktimodogmatik ist es entgegen Günter (Fn. 1), S. 69 (S. 79) kein Widerspruch, dass die Schutzlosigkeit des Opfers u.U. dessen Schutzwürdigkeit zuallererst begründen kann.

³¹ Rössner, in: Kerner/Göppinger/Streng (Hrsg.), Festschrift für Heinz Leferenz zum 70. Geburtstag, 1983, S. 527 ff. (S. 536).

³² Siehe nur Hassemer (Fn. 2), S. 29, 93, passim; Schünnemann, NSTZ 1986, 439 (440).

maßnahmen *grundsätzlich* kein strausschließendes Gewicht bei. Und umgekehrt gilt, dass dort, wo das Unterlassen zumutbaren Selbstschutzes Limitation für die Täterstrafbarkeit ist, die faktische Schutzlosigkeit des Opfers *tendenziell* ohne strafbegründende Wirkung bleibt. Etwaige Schnittwechsel beider Facetten bleiben somit freilich möglich (s. dazu v.a. unten a) aa).

a) *Straflegitimierende Viktimodogmatik*

In den Tatbeständen der Geldfälschung sowie der Verletzung von Privatgeheimnissen tritt der straflegitimierende Aspekt der Viktimodogmatik anschaulich zu Tage. Die besondere Schutzlosigkeit des Opfers ist dort Begründung für den Strafausspruch.

aa) *Geldfälschung*

Der Tatbestand des § 146 StGB beruht auf einem generalisierten Gedanken der Opferschutzwürdigkeit. So herrscht beim Merkmal des „Nachmachens“ i.S.d. § 146 Abs. 1 StGB Einigkeit dahingehend, für die merkmaltypische Erregung des Anscheins gültigen echten Geldes ausreichen zu lassen, dass das vom Täter hergestellte Endprodukt *generell* geeignet ist, im gewöhnlichen Geldverkehr Arglose zu täuschen.³³ Wobei an die Ähnlichkeit mit echtem Geld keine übersteigerten Anforderungen zu stellen sind, da u.U. schon schlechteste Fälschungen potentiell täuschungsgesamt sein können. Allein maßgeblich ist mit anderen Worten, ob ein durchschnittlicher Empfänger im normalen Verkehr die Unechtheit des Geldes unschwer, und d.h. ohne Vornahme einer näheren Überprüfung, erkennen kann oder nicht. Weil § 146 StGB auf diese Weise die Leichtigkeit des Geldverkehrs sicherstellen soll, ist das Außerachtlassen *individueller* Schutzmaßnahmen ohne weiteres zulässig. Ein Opfer, welchem infolge des Unterlassens einer Überprüfung der Nachahmung die Falschheit des Geldes verborgen bleibt, ist hier in einer Art und Weise schutzlos, die sich viktimodogmatisch gerade strafbegründend auswirkt. Mithin ist aus viktimodogmatischen Gründen für das Vorliegen einer strafwürdigen Geldfälschung ohne Bedeutung, dass der individuell Geschädigte bei hinreichend sorgfältiger Untersuchung die Täuschung über die Echtheit des Geldes möglicherweise umstandslos hätte erkennen können.³⁴ Kurzum, das Verhalten des Täters ist darum i.S.d. § 146 Abs. 1 StGB strafbar, weil er das *berechtigten* Unterlassen individueller Schutzvorkehrungen ausnutzt.³⁵

³³ BGHSt 23, 229 (231); BGH NSStZ 2003, 368 (369); *Ren-gier*, Strafrecht Besonderer Teil, Bd. 2, 10. Aufl. 2009, § 39 Rn. 4.

³⁴ BGH NJW 1995, 1844 (1845) mit Verweis auf BGHSt 34, 199 (201) = NJW 1987, 388; vgl. auch BGH NSStZ 2003, 368 (369). Einhellige Meinung: *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 57. Aufl. 2010, § 146 Rn. 6; *Kühl* (Fn. 2), § 146 Rn. 4; *Rengier* (Fn. 33), § 39 Rn. 4; *Wessels/Hettinger* (Fn. 21), Rn. 926.

³⁵ Prägnant *Ellmer*, Betrug und Opferverantwortung, 1986, S. 181. *Stree/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 2),

bb) *Verletzung von Privatgeheimnissen*

In § 203 StGB wird die straflegitimierende Facette der Viktimodogmatik ebenfalls sichtbar. Während grundsätzlich gilt, dass mit der Preisgabe intimer Daten der Persönlichkeitsschutz eigenverantwortlich zurückgenommen wird, stellt § 203 StGB derartige Preisgaben von Privatgeheimnissen unter Strafrechtsschutz, die gerade nicht mehr auf einer vom Opfer zumutbar vermeidbaren Entscheidung beruhen: Gegenüber den Geheimnisträgern des § 203 StGB besteht eine soziale Notwendigkeit zur Öffnung der persönlichen Intimsphäre. Entsprechend ist für die Strafwürdigkeit eines Geheimnisträgers im Rahmen des § 203 StGB ausschlaggebend, dass dessen Konsultation keinen „übertriebenen Luxus“ seitens des Opfers darstellt, als vielmehr einer anerkannten Unerlässlichkeit folgt. Angehörigen der in § 203 StGB genannten sozial bedeutsamen Berufe (Ärzte, Psychologen, Rechtsanwälte) muss sich der Einzelne anvertrauen, will er ein den Anforderungen der Moderne entsprechendes Leben führen.³⁶ Die mit der Preisgabe persönlicher Lebenssachverhalte selbst herbeigeführte Schutzlosigkeit des Opfers begründet hier mithin wiederum die Schutzwürdigkeit des Tatopfers, was seinerseits die Strafwürdigkeit des Täterverhaltens impliziert.³⁷ Das zulässige Unterlassen abstrakt möglicher Selbstschutzmaßnahmen ist mithin abermals Legitimation für die Pönalisierung der daraus resultierenden Verletzungshandlungen.

b) *Straflimitierende Viktimodogmatik*

Umgekehrt kommt im Betrugs- sowie im Nötigungstatbestand jeweils der straflimitierende Aspekt der Viktimodogmatik zum Ausdruck. Dem Unterlassen individueller Schutzmaßnahmen kommt in diesen Tatbeständen grundsätzlich eine begrenzendende Wirkung hinsichtlich der Strafwürdigkeit des Täters zu.

aa) *Betrug*

Bei § 263 Abs. 1 StGB wird jener straflimitierende Aspekt des viktimodogmatischen Prinzips besonders kontrovers im Rahmen der Frage diskutiert, inwiefern die Erkennbarkeit eines täuschenden Täterverhaltens den Ausschluss eines Irrtums i.S.d. § 263 Abs. 1 StGB nach sich zieht.

§ 146 Rn. 1 m.w.N. verweisen zu Recht auf den vertrauensschützenden Aspekt des § 146 StGB.

³⁶ *Schünemann*, ZStW 90 (1978), 11 (55); vgl. *Fischer* (Fn. 34), § 203 Rn. 2. Die Kritik von *Lenckner*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 2), § 203 Rn. 3 überzeugt nicht. Allein dass nicht alle denkbaren Personengruppen in § 203 StGB angeführt sind, denen gegenüber die soziale Notwendigkeit der Preisgabe von Geheimnissen der Intimsphäre besteht (bspw. potentielle Arbeitgeber, denen sich Arbeitssuchende notwendig „öffnen“ müssen), verweist allenfalls auf einen Regelungsbedarf, widerlegt aber nicht den viktimodogmatischen Erklärungsansatz.

³⁷ *Ellmer* (Fn. 35), S. 177; *Schünemann* (Fn. 2), S. 357 ff. (S. 364); ausführlich: *Schünemann*, ZStW 90 (1978), 11 (54 ff.).

Auf der einen Seite soll nach gefestigter Ansicht der Rechtsprechung die Durchschaubarkeit der Täuschung bzw. die Leichtgläubigkeit des Getäuschten dessen Schutzbedürftigkeit noch nicht ausschließen. Solange das Opfer subjektiv von der Wahrheit des Tätervortrags ausgehe, begründe selbst eine irreführende Einwirkung, die bei Anwendung durchschnittlicher Aufmerksamkeit durchschaubar gewesen wäre, einen Irrtum.³⁸ Auch Zweifel des Getäuschten sollen für das Vorliegen eines Irrtums solange irrelevant bleiben, wie das Opfer die Wahrheit der vom Täter behaupteten Tatsachen noch für möglich hält. Namentlich in der Literatur findet sich in diesem Zusammenhang die ausdrückliche Feststellung, dass eine viktimologische Einschränkung des Betrugstatbestandes wegen einer geringeren Schutzbedürftigkeit des zweifelnden Opfers im Wortlaut des § 263 Abs. 1 StGB keinerlei Anhalt finde und darum abzulehnen sei.³⁹

Andererseits erweist sich jedoch der konkretisierende Hinweis *Rengiers*, gerade unvernünftige bzw. anderweitig leicht verführbare Personen benötigten den Schutz des § 263 Abs. 1 StGB gegenüber selbst leicht durchschaubaren Täuschungsmanövern,⁴⁰ als Achillesferse jener Ansicht. Denn ob die Leichtgläubigkeit des Opfers dessen Schutzbedürftigkeit begründet oder doch vielmehr ausschließt, ist nicht im Wege einer *petitio principii*, sondern vielmehr auf inhaltlichem Wege zu bestimmen. So kann zumindest in den Konstellationen, in denen das leichtgläubige Opfer trotz durchaus vorhandener Zweifel keine näheren Informationen einholt, obgleich ihm dies ohne weiteres möglich wäre, von dessen Schutzbedürftigkeit nicht mehr ausgegangen werden.⁴¹ Kann doch dort, wo sich das Opfer „sehenden Auges“ auf ein Risiko einlässt, von einem betrugstypischen Überlisten kaum noch gesprochen werden.⁴² Hierin wird nicht weniger als der o.g. bipolare Charakter der Viktimodogmatik anschaulich: Stehen dem leichtgläubigen Opfer keinerlei Mittel zur Auf-

klärung des Sachverhaltes zur Verfügung, schließen vorhandene Zweifel dessen Schutzbedürftigkeit nicht aus; hätte das Opfer hingegen vermeiden können, sich auf den täuschenden Vortrag des Täters einzulassen, indem es entweder nähere Informationen bezieht oder dem Täter kein Vertrauen schenkt, so schließen dessen Zweifel die Strafbarkeit des Täters gem. § 263 Abs. 1 StGB aus. Im ersteren Fall wirkt die Viktimodogmatik straflegitimierend, im letzteren straflimitierend.

Täuschungen, denen das Opfer erliegt, weil es keinerlei nahe liegende Schutzmaßnahmen ergriffen hat, lösen kein Strafbedürfnis aus. Jener straflimitierende Einschlag bei der Anwendung des § 263 Abs. 1 StGB wird auch nicht durch das generell ablehnende Argument entkräftet, demzufolge die Freiheit eines Opfers, einer irreführenden Zahlungsaufforderung schon allein aufgrund von Zweifeln an der Wahrheit der anspruchsbegründenden Behauptungen nicht nachzukommen, faktisch oftmals durch das mit dieser Weigerung verbundene Prozessrisiko begrenzt werden würde.⁴³ Denn abermals gilt: Sollte die Berechtigung von Zahlungsbegehren in der Tat nicht ohne Gefahr eines gerichtlich ungewissen Prozessgangs aufgeklärt werden können, so wirkt das Unterlassen von Selbstschutzmöglichkeiten mangels Zumutbarkeit selbiger nicht straflimitierend, sondern straflegitimierend.

bb) Nötigung

Gleichsam in ihrer Reinform kommt die straflimitierende Viktimodogmatik im Rahmen § 240 StGB zur Anwendung. Weitgehend einhellig ist dort anerkannt, dass ein vom Täter in Aussicht gestelltes Übel nicht schon dann „empfindlich“ i.S.d. § 240 Abs. 1 StGB ist, wenn das individuelle Opfer es für sich als nachteilig empfindet. Stattdessen ist vom Opfer zu verlangen, der Drohung in besonnener Selbstbehauptung standzuhalten.⁴⁴ Bspw. hat ein Bürgermeister der Drohung eines Antragsstellers, eine vermeintliche Parteispendenaffäre werde aufgedeckt, sollte ein beantragter Verkaufsstand nicht genehmigt werden, trotz subjektiv empfundenem Übelcharakter standzuhalten.⁴⁵ Anschaulich wird in diesem Zusammenhang von einem „Selbstverantwortungsprinzip“ gesprochen und ausgeführt, es gelte zu vermeiden, „Überreaktionen eines Unvernünftigen und Unsensiblen“ unter Strafrechtsschutz zu stellen.⁴⁶ Mit den Worten der Viktimodogmatik scheidet eine Bestrafung des Täters also dort aus, wo der Betroffene dem angedrohten Nachteil zumutbar hätte standhalten können. Ob dem Bedrohten allerdings im konkreten Einzelfall ein Widerstehen in besonnener Selbstbehauptung abverlangt werden kann, bemisst sich u.a. anhand seiner

³⁸ BGHSt 47, 83 (88); 34, 199 (201); BGH NStZ-RR 2004, 110 (111); BGH NStZ 2003, 313 (314), BGH NJW 1995, 1844 (1845).

³⁹ *Beckemper/Wegner*, NStZ 2003, 313 (314); *Cramer/Peroron*, in Schönke/Schröder (Fn. 2), § 263 Rn. 40 m.w.N.; *Eisele*, ZStW 116 (2004), 15 (19); *Krüger*, wistra 2003, 297 (298), siehe auch *Krack*, JR 2003, 384 (385), der das Wortlautargument zutreffenderweise für nicht durchgreifend erachtet.

⁴⁰ *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 11. Aufl. 2009, § 13 Rn. 21.

⁴¹ Siehe *Amelung*, GA 1977, 1 (6 ff.); *Hassemer* (Fn. 2), S. 131 ff.; *Schünemann* (Fn. 2), S. 357 ff. (S. 362 f.); *Mitsch* (Fn. 1), S. 57 ff.

⁴² *Beulke*, JR 1978, 390 (390). Siehe auch *Giehering*, GA 1973, 1, mit dem treffenden Hinweis, dass in dem Maße, in welchem die Zweifel des Opfers wachsen, die Gefährlichkeit des Angriffsmittels „List“ schwindet (a.a.O., S. 18). Für einen Tatbestandsausschluss im Wege allgemeiner teleologischer Reduktion *Ellmer* (Fn. 35), S. 144 ff. (insbes. S. 166 f.); für eine Verneinung eines kausal wirksamen Täuschungszusammenhangs *Kurth*, Das Mitverschulden des Opfers beim Betrug, 1984, S. 144 ff. (insbes. S. 151 ff.).

⁴³ BGH NStZ-RR 2004, 110 (111) mit Verweis auf BGH NJW 2003, 1198 (1199) = NStZ 2003, 313 (314).

⁴⁴ BGHSt 31, 195 (201); 32, 165 (174); BGH NStZ 1992, 278; OLG Karlsruhe NStZ-RR 1996, 296; *Wessels/Hettinger* (Fn. 21), Rn. 404. Relativierend: *Fischer* (Fn. 34), § 240 Rn. 32a.

⁴⁵ BGH NStZ 1992, 278.

⁴⁶ Ersteres z.B. *Lackner/Kühl* (Fn. 2), § 240 Rn. 13; letzteres: *Ellmer* (Fn. 35), S. 172.

Persönlichkeit und seiner Lebensumstände.⁴⁷ Wie oben zur straflegitimierenden Viktimodogmatik gilt darum auch hier: Bedroht der Täter ein Opfer, welchem aufgrund seiner Disposition die erforderliche Selbstbehauptungskraft just fehlt, so liegt eine besondere Schutzwürdigkeit des Opfers vor, welche die Strafbarkeit des Täters gerade legitimiert.

III. Kriterien und Kritik zur Anwendung des Prinzips

Dass die Schaffung von Strafvorschriften u.a. einem Blick auf die Schutzwürdigkeit des Rechtsgutsträgers folgt und insofern von einer straflegitimierenden Viktimodogmatik gesprochen werden kann, dürfte kaum Protest auslösen. Umstritten und abschließend zu behandeln ist das viktimodogmatische Prinzip hingegen dort, wo es beansprucht, als eigenständige Rechtsfigur straflimitierende Wirkung zu entfalten. Bevor allerdings auf diese Kritik eingegangen wird, sind an dieser Stelle zunächst die Kriterien einer strafeinschränkenden Viktimodogmatik zu benennen.

1. Kriterien einer straflimitierend wirkenden Viktimodogmatik

Die genannten Beispiele haben veranschaulicht, dass es der straflimitierenden Viktimodogmatik um die *restriktive Auslegung* von Strafvorschriften in denjenigen Fällen geht, in denen das Tatopfer die erlittene Rechtsgutseinbuße selbst hätte zumutbar abwehren können.

Da das Anliegen der straflimitierenden Viktimodogmatik nun nicht darüber hinausgeht, bei der Auslegung von Strafnormen in Ansatz gebracht zu werden, und der mögliche Wortlaut im Strafrecht die äußerste Grenze der Auslegung ist (Art. 103 Abs. 2 GG bzw. § 1 StGB)⁴⁸, vermag ein Opfermitverschulden von vornherein nur dort zu einer straffausschließenden Interpretation des fraglichen Strafmerkmals führen, wo ein Interpretationsspielraum eröffnet ist. Rechtstechnisch erfolgt die Umsetzung des viktimodogmatischen Prinzips damit nicht mittels eines Metaprinzips i.e.S., sondern innerhalb des auslegungsfähigen Rahmens der Strafbestimmungen – gleichsam aus der Streitgegenständlichen Einzelnorm heraus.⁴⁹ Methodisch findet jenes Prinzip daher im Wege einer am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz orientierten (siehe oben) Auslegung Verwirklichung.

Die Viktimodogmatik ist durch ihr Anliegen, mittels Auslegung von der Anwendung einer Strafvorschrift abzusehen, sofern zumutbare Eigensicherungsmaßnahmen opferseitig unterlassen worden sind, a limine auf diejenigen Tatbestände festgelegt, deren Verwirklichung eine *Interaktion* zwischen Täter und Opfer voraussetzen. Nur dort, wo der Täter das Delikt nicht ohne ein, den Rechtsgutseingriff förderliches Verhalten seitens des Tatopfers oder einer diesem nahe stehenden Person (vgl. „Dreiecksbetrug“) vollenden kann, kann

ein vermeidbares „Opferverhalten“ die Strafbarkeit des Täters auszuschließen.⁵⁰ Folglich sind Delikte gegen die Allgemeinheit dem Anwendungsbereich des viktimodogmatischen Prinzips ebenso entzogen wie die sog. *Zugriffsdelikte*, bei denen der Täter den Tatbestand auch ohne ein selbsttätiges Mitwirken des Tatopfers verwirklichen kann.⁵¹ Die straflimitierende Viktimodogmatik kommt mit anderen Worten nur bei der gewaltfreien Verwirklichung sog. *Beziehungsdelikte* in Betracht – wollte man einen Gegenbegriff zu den Zugriffsdelikten bilden.

Wie in der Einleitung und den Beispielskonstellationen bereits deutlich geworden, kann es bei der Berücksichtigung von Opferverhalten überdies ausschließlich darum gehen, das Unterlassen *zumutbarer* Selbstschutzmöglichkeiten zu „Lasten“ des Opfers bzw. zu „Gunsten“ des Täters anzurechnen. Nicht allein die bloße Nichtvornahme, sondern erst die vom individuellen Opfer sozial üblich abzuverlangende Wahrnehmung der Eigensicherung beseitigt dessen Schutzwürdigkeit.⁵² Darum ist in zwei Schritten zu untersuchen, wie (erstens) sich ein einsichtiger und besonnener Durchschnittsmensch in der konkreten Tatsituation verhalten hätte⁵³ – dies liefert den Maßstab zur Bestimmung sozialüblicher Schutzmaßnahmen – und zweitens, ob dem individuellen Opfer nach dessen individuellen Fähigkeiten die Wahrnehmung jenes Selbstschutzes zumutbar gewesen wäre⁵⁴.

Zusammenfassend ergeben sich damit folgende Anwendungskriterien: Die straflimitierende Viktimodogmatik kommt ausschließlich bei Beziehungsdelikten zur Anwendung, sofern im Wege der Auslegung methodisch vertretbar der Umstand Berücksichtigung finden kann, dass das Tatopfer wegen des Unterlassens objektiv möglicher sowie subjektiv zumutbarer Eigensicherungsmaßnahmen nicht schutzwürdig und der Täter darum nicht strafwürdig ist.

2. Kritik an einer straflimitierenden Viktimodogmatik

Weit überwiegend wird der Viktimodogmatik, namentlich hinsichtlich deren straflimitierenden Aspekts, der Rang einer eigenständigen Rechtsfigur abgesprochen.⁵⁵ Zu überzeugen vermögen die diesbezüglich vorgetragenen Argumente indes nicht.

⁴⁷ Träger/Altwater, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar, Bd. 7, 11. Aufl. 2005, § 240 Rn. 57; vgl. BGH NStZ 1982, 287.

⁴⁸ BVerfGE 64, 389 (393 f.); 91, 1 (12); BVerfG NJW 2004, 3768 (3769); siehe auch BGHSt 22, 235 (236).

⁴⁹ Schünemann (Fn. 2), S. 357 ff. (S. 368).

⁵⁰ Hassemer (Fn. 2), S. 54 f.; Schünemann (Fn. 2), S. 357 ff. (S. 370); Schünemann, NStZ 1986, 193 (195).

⁵¹ Günther (Fn. 1), S. 69 (S. 75); Schünemann (Fn. 2), S. 357 ff. (S. 362). Vgl. ferner Beckemper/Wegner, NStZ 2003, 315 (316).

⁵² Siehe nur Hassemer (Fn. 2), S. 98; Schünemann, NStZ 1986, 439 (441).

⁵³ Jener „Durchschnittsmensch“ entspricht dem Maßstab im Rahmen der Bestimmung des objektiven Fahrlässigkeitsvorwurfs (BGHSt 7, 307 [309 f.]) oder der Sittenwidrigkeit bei § 228 StGB (BGHSt 49, 34 [41]).

⁵⁴ Eine gesetzliche Orientierung zur Bestimmung der Zumutbarkeit liefert § 35 Abs. 1 S. 2 StGB (dazu Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 12 Rn. 59 ff.).

⁵⁵ So bspw. Freund, in: Joecks/Miebach (Fn. 8), Vorbem. §§ 13 ff. Rn. 392 m.w.N.; vgl. auch die nachfolgenden Fn.

Zu keinem Moment verfährt das Argument, dass durch eine strausschließende Viktimodogmatik Leichtsinnige, junge Menschen und solche im hohen Lebensalter zu prädisponierten Opfern würden.⁵⁶ Denn wie soeben dargelegt, greift der viktimodogmatische Strafausschluss nicht schon dann ein, wenn das Opfer *objektiv* mögliche Selbstschutzmaßnahmen unterlässt, sondern erst, wenn ihm das Ergreifen jener auch *subjektiv* möglich gewesen wäre. Fehlt dem Opfer aufgrund seiner individuellen Fähigkeitsausstattung diese Möglichkeit, so kann von einem strafbarkeitsausschließenden Unterlassen *zumutbarer* Selbstschutzhandlungen nicht die Rede sein. In diesem Fall findet die Viktimodogmatik darum keine Anwendung; eine Schutzlosstellung schutzbedürftiger Personen findet nicht statt. Damit erübrigt sich zugleich der Einwand, durch viktimodogmatische Gedanken würde der Opferschutz unangemessen weit zurückgenommen.⁵⁷ Besteht doch in Fällen des zumutbaren Eigenschutzes an einem Opferschutz überhaupt kein Bedarf – dort hingegen, wo das Opfer sich selbst nicht schützen kann, greift das viktimodogmatische Prinzip gerade nicht ein.

Einem Fehlschluss unterliegt auch *Günther*, wenn er das viktimodogmatische Prinzip mit dem Argument für unnötig erklärt, im Falle der Einschlägigkeit eines viktimodogmatischen Strafausschlusses aus einem Vollendungstatbestand sei der Täter sodann eben wegen Versuchs zu bestrafen – die Viktimodogmatik betreibe also gleichsam strafrechtstheoretisches Ränkespiel.⁵⁸ Ein Fehlschluss ist dies nicht nur, weil es durchaus ein strafrechtserheblicher Unterschied wäre, ob der Täter wegen Vollendung oder wegen Versuchs strafbar ist (vgl. § 23 Abs. 2 StGB). Vielmehr verkennt *Günther*, dass die Viktimodogmatik die Strafwürdigkeit des Täters *generell* ausschließt. Wenn das Opfer nicht schutzwürdig ist, so kommt eine Bestrafung des Täters a priori, also auch wegen Versuchs nicht in Betracht.⁵⁹

Einzig überzeugend mutet auf den ersten Zugriff die kritische Überlegung an, das zur Herleitung der Viktimodogmatik oben angeführte Verhältnismäßigkeitsprinzip decke jene Lehre darum nicht, weil der ultima-ratio-Grundsatz lediglich dort auf ein milderes Mittel verweise, wo just dem Staat als solchem neben dem Strafrecht ein milderes Mittel zum Rechtsgüterschutz zur Verfügung stehe, nicht aber wo der Bürger sich selbst schützen könne.⁶⁰ Die Viktimodogmatik vermische gleichsam in unzulässiger Weise verschiedene Akteurssphären miteinander. Hieran schließen die Kritiker der Viktimodogmatik folgende Überlegung an: Würde der Strafrechtsschutz abhängig gemacht werden vom Umfang individueller Sicherungsmaßnahmen, so gewönne ein ängstliches Sicherheitsdenken die Oberhand und der Freiheitsraum

des rechtstreuen Bürgers würde unerträglich verringert werden. Zugleich würde dem Täter ein falscher Anreiz gesetzt, wenn der Verzicht auf Selbstschutzmöglichkeiten zur Straflosigkeit des Rechtsverletzers führt.⁶¹ Zu überzeugen vermag jedoch auch dieser Einwand letztendlich nicht. Zwar fußen, wie dargestellt, alle weiteren Begründungen der Viktimodogmatik auf dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (s. oben), sind also bloße Hilfsargumente, so dass die Berechtigung der straflimitierenden Viktimodogmatik in der Sache tatsächlich anhand der Stichhaltigkeit jenes ultima-ratio-Argumentes zu messen ist. Inhaltlich übersehen die Kritiker jedoch, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz den Staat (den allein er in Pflicht nimmt) nicht bloß auf das stets mildeste Mittel des *Rechtsgüterschutzes* verpflichtet. Vielmehr ist mit dem ultima-ratio-Prinzip darüber hinaus zugleich die (wie auch immer geartete) *Einschränkung* der Freiheitsrechte des *Täters* unverhältnismäßig, sofern nur das Opfer den täterseitigen Eingriff in seine Rechtsgüter selbsttätig hätte abwehren können. Folgerichtig müssten die Kritiker dem Umstand widersprechen, dass die freiheitseinschränkende Bestrafung eines Täters auch dort nicht unverhältnismäßig wäre, wo sein Verhalten sich aufgrund eines zumutbar vermeidbaren Opfermitwirkens gerade nicht mehr als erheblich sozialschädlich erweist.⁶² Ein unmögliches Unterfangen! Schon das allgemein anerkannte Institut des tatbestandsausschließenden Einverständnisses bzw. der rechtfertigenden Einwilligung belegt, wie das Maß an Sozialschädlichkeit einer Rechtsgutseinbuße von der Intensität der Mitwirkung des Rechtsgutsträgers an jener Einbuße abhängt. Gemäß dem römischrechtlichen Grundsatz „volenti non fit iniuria“ gilt dort, dass eine Verletzungshandlung solange kein strafwürdiges Unrecht darstellt, wie jene Einbuße im Konsens mit dem Verletzungsoffer zugefügt wurde.⁶³

IV. Fazit

Der Viktimodogmatik, namentlich in ihrer straflimitierenden Facette, kommt trotz erheblicher Gegenstimmen die Funktion einer eigenständigen Rechtsfigur zu. Grundlage ist der aus dem verfassungsrechtlich gewährleisteten Verhältnismäßigkeitsprinzip folgende Schluss, dass die freiheitsbeschränkende Bestrafung des Täters dort unverhältnismäßig ist, wo sich das Opfer gegen die erlittene Rechtsgutseinbuße selbst in sozial üblicher Weise zumutbar hätte zur Wehr setzen können.⁶⁴ Mit seiner Verknüpfung zwischen Schutzwürdigkeit

⁵⁶ Z.B. *Günther* (Fn. 1), S. 69 (S. 79).

⁵⁷ BGH NSTZ 2003, 313 (314).

⁵⁸ *Günther* (Fn. 1), S. 69 ff. (S. 74).

⁵⁹ Was bliebe, wenn der Täter entgegen dem viktimodogmatischen Strafausschluss sein Verhalten für strafbar hält, wäre ein (strafloses) Wahnverbrechen (statt aller: *Ebert*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2001, S. 153 f.).

⁶⁰ BGH NSTZ 2002, 86 (88); *Freund* (Fn. 55), Vorbem. §§ 3 ff. Rn. 390; *Roxin* (Fn. 2), § 14 Rn. 20.

⁶¹ *Günther* (Fn. 1), S. 69 ff. (S. 79); *Jescheck/Weigend*, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 254; *Lenckner/Eisele* (Fn. 2), Vorbem. §§ 13 ff. Rn. 70b; *Mitsch* (Fn. 1), S. 68; *Roxin* (Fn. 2), § 14 Rn. 20.

⁶² *Schünemann*, NSTZ 1986, 439 (442).

⁶³ Siehe dazu *Roxin*, (Fn. 2), § 13 Rn. 12 ff. – samt Stellungnahme zur Auseinandersetzung um die Differenzierung zwischen Einverständnis und Einwilligung. Vgl. ferner *Jescheck/Weigend* (Fn. 61), S. 374 f.

⁶⁴ Freilich impliziert die Anerkennung einer straflimitierenden Viktimodogmatik nicht, das verletzende Verhalten des Täters zugleich vollumfänglich für rechtmäßig zu erklären (*Schünemann* [Fn. 2], S. 357 ff. [S. 366]). Siehe zudem den

des Opfers und Strafwürdigkeit des Täters ist die Viktimodogmatik eine bipolare Rechtsfigur, so dass dort, wo von der Schutzlosigkeit des Tatopfers auf dessen Schutzwürdigkeit zu schließen ist, das viktimodogmatische Prinzip entsprechend umgekehrt für die Verhängung einer Strafe streitet. Mit dieser Unterscheidung zwischen straflimitierender sowie straflegitimierender Viktimodogmatik verlieren die Kritiker ihre Grundlage, mit der Anerkennung eines viktimodogmatischen Prinzips würden besonders schutzbedürftige Personen des Strafrechtsschutzes beraubt.

Indes findet die straflimitierende Viktimodogmatik nur auf solche Delikte Anwendung, die durch eine notwendige Täter-Opfer-Interaktion gekennzeichnet sind,⁶⁵ denn nur dort kann von einem für den Strafausspruch relevanten Opferverhalten die Rede sein.

Für die vorliegende Frage der viktimodogmatischen Einschränkung des Heimtücke-Tatbestandes folgt hieraus: Obgleich die Verneinung eines Mordes in den Fällen, in denen das Opfer den Angriff des Täters hätte voraussehen und vermeiden können, nach der gegenwärtig vorherrschenden Heimtückedefinition allein aus einem viktimodogmatischen Ansatz heraus erklärbar ist, muss eine viktimodogmatische Reduktion des Heimtücketatbestandes ausscheiden. § 211 StGB ist ein Zugriffsdelikt. Bei diesem kann es a priori keine strafausschließende Opfermitwirkung geben, da die Verwirklichung des Tatbestandes eine Täter-Opfer-Interaktion von vornherein nicht erfordert. Die von der Rechtsprechung ins Feld geführte normative Auslegung des Heimtücketatbestandes ist mithin weder mit der unverändert fortgeführten Heimtückedefinition vereinbar noch – was zu zeigen Gegenstand dieses Beitrages war – aus der Warte eines viktimodogmatischen Prinzips zu rechtfertigen.

treffenden Hinweis, dass nur durch die exemplarische Sanktionierung verletzenden Verhaltens die Effektivitätsbedingungen der Integrationsgeneralprävention zu gewährleisten sind: *Schünemann* (Fn. 2), S. 358; *Schünemann*, NSStZ 1986, 193 (195).

⁶⁵ Neben den im Text genannten Tatbestandsbeispielen wären fernerhin die Beleidigungs- sowie die Urkundsdelikte, der Ladendiebstahl, die Unterschlagung sowie die Untreue zu nennen (siehe *Ellmer* [Fn. 35], S. 178 ff.).
