

LEANDRO DIAS

Notwehrprovokation

*Studien und Beiträge
zum Strafrecht
45*

Mohr Siebeck

Studien und Beiträge
zum Strafrecht

Band 45



Leandro Dias

Notwehrprovokation

– zugleich ein Beitrag zu den
moralphilosophischen Grundlagen
des Notwehrrechts

Mohr Siebeck

Leandro Dias, geboren 1988; Studium der Rechtswissenschaften in Buenos Aires; 2018 LL.M. (Universidad Torcuato Di Tella); 2023 1. Promotion (Universidad de Buenos Aires); 2024 2. Promotion (Universität Würzburg); derzeit wiss. Assistent am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtstheorie, Informationsrecht und Rechtsinformatik der Julius-Maximilians-Universität Würzburg.
orcid.org/0009-0001-7253-1762

Die Open-Access-Publikation wurde unterstützt durch den Publikationsfonds der Universität Würzburg.

Zugl.: Würzburg, Univ., Diss., 2024

ISBN 978-3-16-163847-3 / eISBN 978-3-16-163848-0

DOI 10.1628/978-3-16-163848-0

ISSN 2364-267X / eISSN 2568-7468 (Studien und Beiträge zum Strafrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

Publiziert von Mohr Siebeck Tübingen 2024 www.mohrsiebeck.com

© Leandro Dias

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International“ (CC BY-SA 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/>.

Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung des Urhebers unzulässig und strafbar.

Das Buch wurde von Laupp und Göbel in Gomaringen aus der Garamond gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nägele in Nehren gebunden.

Printed in Germany.

Für Lucila

Vorwort

Die Arbeit wurde im Wintersemester 2023/2024 von der Juristischen Fakultät der Julius-Maximilians-Universität Würzburg als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung konnten bis Oktober 2023 berücksichtigt werden.

In der Dissertation versuche ich, das klassische Problem der Notwehrprovokation auf der Grundlage der moralphilosophischen Grundlagen des Notwehrrechts zu lösen. Während dieses Thema in der Strafrechtsdogmatik eingehend untersucht worden ist, hat man in der deutschen Diskussion kaum zur Kenntnis genommen, wie es in der angelsächsischen Moralphilosophie diskutiert worden ist. Deshalb versuche ich in dieser Dissertation, die beiden Welten einander näher zu bringen, in der festen Überzeugung, dass es nur eine richtige Antwort gibt, die auf der Grundlage eines universalen Dialogs in der Sprache der Gründe gefunden werden muss. Mit den Worten von *Miley Cyrus* (Hannah Montana, *The Best of Both Worlds*, Walt Disney 2006): „Mix it all together and you know it’s the best of both worlds“.

Wollte man den Kerngedanken dieser Arbeit in wenigen Worten zusammenfassen, so könnte man sagen: Das „schneidige“ Notwehrrecht ist ein Rechtfertigungsgrund, der einen asymmetrischen Status der Parteien voraussetzt (schuldhafter Aggressor versus unschuldiges Opfer), und in Fällen der Notwehrprovokation ist diese Voraussetzung aufgrund des Vorverhaltens des Provokateurs nicht erfüllt. Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Provokateur den Angriff dulden muss, denn seine Verteidigung kann durch einen anderen Rechtfertigungsgrund gerechtfertigt sein: den Defensivnotstand. Dieser letzte Rechtfertigungsgrund ist keine bloße Erfindung des Gesetzgebers, sondern beruht auf unseren tiefen moralischen Überzeugungen: Wenn alle Parteien für den Konflikt mitverantwortlich sind, dann darf die weniger verantwortliche Partei den unvermeidlichen Schaden, der einzutreten droht, auf die mehr verantwortliche Partei umverteilen. Mit anderen Worten: Der Provokateur kann sich letztlich aus Gründen der Verteilungsgerechtigkeit „zurückhaltend“ gegen den Angreifer verteidigen. Wie wir sehen werden, ist dies kein völlig neuer Gedanke. Neu ist aber die Begründung dieses Gedankens auf der Grundlage neuerer Entwicklungen in der Moralphilosophie, und neu sind auch einige der dogmatischen Konsequenzen, die ich vorschlagen werde.

Herrn Prof. Dr. Dr. Hilgendorf bin ich zutiefst dankbar für die Unterstützung dieser Arbeit, für die Förderung meines Forschungsaufenthaltes in Deutschland und für die Aufnahme als Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl. Herrn Prof. Dr. Frank Zieschang danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens. Ich habe von beiden viel gelernt und hoffe, dass sich dies in der Dissertation widerspiegelt.

Die Institutionen, die diese Arbeit finanziell unterstützt haben, verdienen einen eigenen Abschnitt. Erstens möchte ich den Deutschen Akademischen Austauschdienst (DAAD) erwähnen, der mir ein Promotionsstipendium von 2019 bis 2021 gewährt hat. Zweitens danke ich dem Open-Access-Publikationsfonds der Universität Würzburg, der mir einen großzügigen Betrag zur Verfügung gestellt hat, um diese Dissertation im Open-Access-Format zu veröffentlichen.

Natürlich ist die Entwicklung der Wissenschaft eine Gemeinschaftsaufgabe. Deshalb waren die Diskussionen, die ich mit verschiedenen Kolleginnen und Kollegen auf dem Gebiet der Strafrechtsdogmatik und der Moralphilosophie geführt habe, für mich unerlässlich, um meine eigenen Überlegungen im Detail ausarbeiten zu können. Unter den Strafrechtlern schulde ich Manuel Cancio Meliá, Luís Greco, Anette Grünewald, Carsten Kusche, Pablo Larsen, Marcelo Lerman, Juan Pablo Mañalich, Marcelo Sancinetti, Romy Schefenacker und Lucila Tuñón besonderen Dank. Unter den Philosophen gilt mein besonderer Dank Federico Abal, Susanne Burri, Alejandro Chehtman, Marcelo Ferrante, Stuart Green, Lisa Hecht, Hartmut Kliemt, Rafi Reznik, Eduardo Rivera López und Luciano Venezia.

Auch meinen Eltern und Großeltern möchte ich für ihre Unterstützung in all den Jahren danken. Schließlich möchte ich meiner Frau, Lucila Tuñón, dafür danken, dass sie sich entschieden hat, mich auf meinem Lebensweg nach Deutschland zu begleiten: Ohne deine bedingungslose Unterstützung und Liebe wäre all dies nicht möglich gewesen.

Leandro Dias

Inhaltsübersicht

| | |
|---|-----|
| Vorwort | VII |
| Inhaltsverzeichnis | XI |
| | |
| 1. Kapitel: Problemaufriss und methodische Annahmen | 1 |
| A. Notwehrprovokation und Allgemeiner Teil des Strafrechts im 21. Jahrhundert | 1 |
| B. Die drei Lösungsmodelle zum Problem der richtigen Behandlung der Notwehrprovokation | 6 |
| C. Eine unerforschte rechtsvergleichende Perspektive: die angelsächsische moralphilosophische Debatte über Notwehrprovokation | 14 |
| D. Eine Untersuchung <i>de lege ferenda</i> (und <i>de lege lata</i> ?) auf der Grundlage einer „rechtsvergleichenden“ Analyse | 22 |
| E. Exklusiver Rechtspositivismus und Strafrechtsdogmatik | 25 |
| F. Zusätzliche methodische Erläuterungen | 30 |
| G. Hypothese und Struktur der Untersuchung | 36 |
| | |
| 2. Kapitel: Lösungsmodell 1: Irrelevanz des provokativen Vorverhaltens | 39 |
| A. Grundlegende Intuitionen | 39 |
| B. Einwände auf Grundlage des Gesetzlichkeitsprinzips | 43 |
| C. Die üblichen Argumente gegen eine Notwehreinschränkung kraft Provokation | 53 |
| D. Objektive Zurechnung und Notwehrprovokation | 65 |
| E. Fazit | 74 |
| | |
| 3. Kapitel: Lösungsmodell 2: Bestrafung des Vorverhaltens („ <i>actio illicita in causa</i> “) | 75 |
| A. <i>Actio illicita in causa</i> und Notwehrprovokation | 75 |
| B. Die Welle der nicht überzeugenden Kritik | 83 |

| | |
|--|-----|
| C. Überzeugende Kritikpunkte | 97 |
| D. Zwischenfazit | 109 |
| | |
| 4. Kapitel: Lösungsmodell 3: Provokation als Notwehreinschränkung | 113 |
| A. „Argument by elimination“ | 113 |
| B. Ausschluss oder Einschränkung des Notwehrrechts? | 115 |
| C. Uneinigkeit bei den Grundlagen (I): nicht überzeugende Begründungen | 119 |
| D. Uneinigkeit bei den Grundlagen (II): teilweise überzeugende, aber ergänzungsbedürftige Argumente | 146 |
| E. Zwischenbilanz | 171 |
| | |
| 5. Kapitel: Notwehrbefugnis: zwischen Durchsetzung subjektiver Rechte und Verteilungsgerechtigkeit | 173 |
| A. Schneidiges Notwehrrecht als Ausgangsbasis | 173 |
| B. Ablehnung der dualistischen Grundlage des schneidigen Notwehrrechts | 178 |
| C. Notwehr als Durchsetzung subjektiver Rechte | 192 |
| D. „Moral standing“, saubere Hände und Selbstachtung | 207 |
| E. Verteilungsgerechtigkeit von Ex-ante-Schäden als alternative Begründung | 221 |
| F. Vorläufige Schlussfolgerung | 235 |
| | |
| 6. Kapitel: Dogmatische Ausgestaltung des hiesigen Legitimationsmodells und Schlussbetrachtungen | 237 |
| A. Volle Verantwortung vs. Mitverantwortung | 237 |
| B. Mitverantwortung der Parteien | 239 |
| C. Volle Verantwortung des provozierten Angreifers | 268 |
| D. Volle Verantwortung des Provokateurs | 281 |
| E. Abschließende Erwägungen <i>de lege lata</i> und <i>de lege ferenda</i> | 296 |
| | |
| Literaturverzeichnis | 303 |
| Sachregister | 341 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|-----|
| Vorwort | VII |
| Inhaltsübersicht | IX |
| | |
| 1. Kapitel: Problemaufriss und methodische Annahmen | 1 |
| A. Notwehrprovokation und Allgemeiner Teil des Strafrechts im 21. Jahrhundert | 1 |
| B. Die drei Lösungsmodelle zum Problem der richtigen Behandlung der Notwehrprovokation | 6 |
| I. Grundlegende Fallkonstellationen | 6 |
| II. Lösungsmodell 1: vollständige Rechtfertigung der Notwehrhandlung des Provokateurs | 7 |
| III. Lösungsmodell 2: Bestrafung des Provokateurs gemäß des <i>actio illicita in causa</i> -Grundsatzes | 9 |
| IV. Lösungsmodell 3: Ausschluss und/oder Einschränkung des Notwehrrechts des Provokateurs | 10 |
| V. Konsens in der Literatur und pessimistische Zwischenbilanz | 13 |
| C. Eine unerforschte rechtsvergleichende Perspektive: die angelsächsische moralphilosophische Debatte über Notwehrprovokation | 14 |
| I. Gründe für eine rechtsvergleichende Perspektive | 14 |
| II. Drei Lösungsmodelle (auch) in der angelsächsischen Debatte | 17 |
| D. Eine Untersuchung <i>de lege ferenda</i> (und <i>de lege lata</i> ?) auf der Grundlage einer „rechtsvergleichenden“ Analyse | 22 |
| E. Exklusiver Rechtspositivismus und Strafrechtsdogmatik | 25 |
| F. Zusätzliche methodische Erläuterungen | 30 |
| I. Zur „analytischen Philosophie“ | 30 |
| II. Gedankenexperimente vs. Rechtsprechung | 33 |
| III. Zwei ethische Annahmen | 34 |
| G. Hypothese und Struktur der Untersuchung | 36 |

| | |
|---|-----|
| 2. Kapitel: Lösungsmodell 1: Irrelevanz des provokativen Vorverhaltens | 39 |
| A. Grundlegende Intuitionen | 39 |
| B. Einwände auf Grundlage des Gesetzlichkeitsprinzips | 43 |
| I. Überblick | 43 |
| II. Verstoß gegen den Grundsatz <i>nullum crimen, nulla poena sine lege stricta?</i> | 45 |
| III. Verstoß gegen den Grundsatz <i>nullum crimen, nulla poena sine lege certa</i> | 49 |
| C. Die üblichen Argumente gegen eine Notwehreinschränkung kraft Provokation | 53 |
| I. Historische und systematische Argumente | 53 |
| II. Verstoß gegen die Trennung von Recht und Moral und Mangel an Rechtssicherheit | 58 |
| III. Provozierte Provokation und infiniter Regress | 60 |
| IV. Generalprävention und Rechtsbewährung | 63 |
| D. Objektive Zurechnung und Notwehrprovokation | 65 |
| I. Der Provozierte als selbstverantwortlich handelnder Täter | 65 |
| II. Ist der provozierte Angreifer wirklich allein für den Konflikt verantwortlich? | 68 |
| E. Fazit | 74 |
| | |
| 3. Kapitel: Lösungsmodell 2: Bestrafung des Vorverhaltens („ <i>actio illicita in causa</i> “) | 75 |
| A. <i>Actio illicita in causa</i> und Notwehrprovokation | 75 |
| B. Die Welle der nicht überzeugenden Kritik | 83 |
| I. Die sog. „Unvereinbarkeitsthese“ | 83 |
| II. Zum Parallelismus der Notwehrprovokation mit der Rechtsfigur der a.l.i.c. und der mittelbaren Täterschaft | 87 |
| III. Unangemessen hohes Strafbarkeitsrisiko? | 92 |
| IV. Verstöße gegen das Gesetzlichkeitsprinzip? | 93 |
| C. Überzeugende Kritikpunkte | 97 |
| I. Überzeugende, aber nicht entscheidende Kritikpunkte | 97 |
| II. Überzeugende und normativ entscheidende Kritikpunkte | 102 |
| D. Zwischenfazit | 109 |

| | |
|--|-----|
| 4. Kapitel: Lösungsmodell 3: Provokation als Notwehreinschränkung | 113 |
| A. „Argument by elimination“ | 113 |
| B. Ausschluss oder Einschränkung des Notwehrrechts? | 115 |
| C. Uneinigkeit bei den Grundlagen (I): nicht überzeugende Begründungen | 119 |
| I. Der Provokateur als mittelbarer Angreifer? | 119 |
| II. Einwilligung | 122 |
| III. Hinweis auf die Regeln der Strafmilderung im Falle der provozierten Tötungsdelikte | 125 |
| IV. Keine Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung | 128 |
| V. Fehlen eines Verteidigungswillens | 131 |
| I. Rechtsmissbrauch | 135 |
| 1. Ein Grundsatz, der nicht auf das Strafrecht übertragen werden darf? | 135 |
| 2. Ein mit den Rechtfertigungsgründen unvereinbarer Grundsatz? | 138 |
| 3. Die Unbestimmtheit des Begriffs des Rechtsmissbrauchs (I): subjektives Verständnis | 140 |
| 4. Die Unbestimmtheit des Begriffs des Rechtsmissbrauchs (II): objektives Verständnis | 142 |
| D. Uneinigkeit bei den Grundlagen (II): teilweise überzeugende, aber ergänzungsbedürftige Argumente | 146 |
| I. Anerkennung dogmatischer Regeln zweiter Stufe | 146 |
| II. Mitverantwortung der Parteien | 152 |
| 1. Grundvorstellungen | 152 |
| 2. Mitverantwortung des Provokateurs aus Ingerenz | 152 |
| 3. Mitverantwortung des Provokateurs kraft Teilnahme an einer rechtswidrigen Handlung | 156 |
| 4. Mitverantwortung für das Entstehen eines nicht zufälligen Konflikts | 158 |
| 5. Mitverantwortung kraft Verletzung einer Obliegenheit | 161 |
| III. Überlegungen zur Verteilungsgerechtigkeit | 164 |
| E. Zwischenbilanz | 171 |

| | |
|--|-----|
| 5. Kapitel: Notwehrbefugnis: zwischen Durchsetzung subjektiver Rechte und Verteilungsgerechtigkeit | 173 |
| A. Schneidiges Notwehrrecht als Ausgangsbasis | 173 |
| B. Ablehnung der dualistischen Grundlage des schneidigen Notwehrrechts | 178 |
| I. Kurzüberblick | 178 |
| II. Ablehnung des Grundsatzes des überwiegenden Interesses als Grundlage des § 32 StGB | 180 |
| III. Ablehnung der Rechtsbewährung als überindividuelles Interesse | 186 |
| IV. Ablehnung des üblichen Dualismus | 190 |
| C. Notwehr als Durchsetzung subjektiver Rechte | 192 |
| I. Hohfeldscher Rahmen | 192 |
| II. Notwehr als Befugnis zur Durchsetzung subjektiven Rechts | 195 |
| III. Expressive Funktion von Rechten, moralischer Status und normative Asymmetrie | 198 |
| D. „Moral standing“, saubere Hände und Selbstachtung | 207 |
| I. Erster Ansatz | 207 |
| II. „Schmutzige Hände“ des Provokateurs wegen Verletzung der Ehre des provozierten Angreifers? | 211 |
| III. Provokation und Selbstachtung | 217 |
| E. Verteilungsgerechtigkeit von Ex-ante-Schäden als alternative Begründung | 221 |
| I. Glücksegalitarismus und präventive Ex-ante-Gerechtigkeit | 221 |
| II. Provokation und geteilte Verantwortung | 225 |
| III. Integration des Vorschlags in der Straftatlehre | 232 |
| F. Vorläufige Schlussfolgerung | 235 |
| | |
| 6. Kapitel: Dogmatische Ausgestaltung des hiesigen Legitimationsmodells und Schlussbetrachtungen | 237 |
| A. Volle Verantwortung vs. Mitverantwortung | 237 |
| B. Mitverantwortung der Parteien | 239 |
| I. Provokation als Verletzung des Rechts des Angreifers auf Unversehrtheit seiner Selbstachtung | 239 |
| II. Rechtswidrige oder moralwidrige Provokation? | 243 |
| III. Fahrlässige Provokationen | 250 |
| IV. Der sogenannte Provokationszusammenhang | 253 |
| V. Gerechte Verteilung des Schadens: Dreistufentheorie und Garantenstellung aus Ingerenz | 257 |
| 1. Erste Stufe: Die grundsätzliche Pflicht zum Rückzug | 257 |

| | |
|---|-----|
| 2. Zweite Stufe: Schutzwehr | 260 |
| 3. Dritte Stufe: Trutzwehr als <i>ultima ratio</i> | 261 |
| 4. Nothilfe | 261 |
| 5. Garantenstellung des Provokateurs aus Ingerenz | 267 |
| C. Volle Verantwortung des provozierten Angreifers | 268 |
| I. Nicht gegen die Selbststachtung verstoßendes Verhalten I: subjektiver Maßstab | 268 |
| II. Nicht gegen die Selbststachtung verstoßendes Verhalten II: objektives Korrektiv | 270 |
| III. Fehlen der subjektiven Voraussetzungen und Bruch des Provokationszusammenhangs | 272 |
| IV. Besondere Fälle | 273 |
| 1. Zur parlamentarischen Schaffung eines möglichen abstrakten Gefährungsdelikts | 273 |
| 2. Notwehreinchränkung wegen Abwehrprovokation? | 276 |
| 3. Entschuldigung wegen Notwehrexzess? | 278 |
| D. Volle Verantwortung des Provokateurs | 281 |
| I. Mittelbare Täterschaft statt Absichtsprovokation | 281 |
| II. Unfrei handelnder Provozierter I: Erlaubnistatbestandsirrtum des Provozierten | 285 |
| III. Unfrei handelnder Provozierter II: Provokationen gegenüber schuldunfähigen Personen | 287 |
| IV. Provokateurs, provozierte Angreifer und unbeteiligte Dritte | 291 |
| 1. Fälle von Nichtidentität zwischen Provokateur und Opfer | 291 |
| 2. Verursachung einer Notwehrlage und gerechtfertigt handelnde Werkzeuge | 293 |
| E. Abschließende Erwägungen <i>de lege lata</i> und <i>de lege ferenda</i> | 296 |
| | |
| Literaturverzeichnis | 303 |
| Sachregister | 341 |

1. Kapitel

Problemaufriss und methodische Annahmen

A. Notwehrprovokation und Allgemeiner Teil des Strafrechts im 21. Jahrhundert

Es scheint eine Binsenweisheit zu sein, dass in diesem ersten Viertel des 21. Jahrhunderts die meisten deutschen strafrechtswissenschaftlichen Arbeiten nicht der Analyse der materiellen Tiefenstrukturen¹ des Allgemeinen Teils gewidmet sind.² Natürlich gibt es Ausnahmen, die zeigen, dass in der deutschen Diskussion nach wie vor inhaltsreiche Werke zu diesem Themenfeld³ verfasst werden. Dennoch scheint es angemessen, zu sagen, dass sich die gegenwärtige Epoche der deutschen Strafrechtswissenschaft wesentlich von denjenigen unterscheidet, in denen sich die Bemühungen auf die Schaffung der großen Systeme und philosophische Debatten über die Grundlagen und Konsequenzen des Verbrechensbegriffs konzentrierten.⁴ Wer die Meinungsstreite des letzten Jahrhunderts zwischen kausalen und finalen Handlungslehren kennt,⁵ wird den Perspektivwechsel schnell erkennen. Heute konzentrieren sich die meisten jungen Strafrechtswissenschaftler auf neue und spezifische Herausforderungen für das Strafrecht, wie sie etwa die Politik, die Technik oder die Wirtschaft in jüngster Zeit hervorgebracht haben.⁶

¹ Siehe dazu *Greco*, GA 2018, 665 (672); *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers, S. 21 f.; *Zabel*, Schuldtypisierung als Begriffsanalyse, S. 318.

² *Hilgendorf*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts, § 18 Rn. 55: „Grundlagenfragen spielen derzeit keine große Rolle, obwohl immer wieder bedeutende Monographien umfassende Theoriengebäude zu den Grundlagen des Strafrechts entwerfen oder neue Straftatsysteme zur Diskussion gestellt werden“; *Weigend*, GA 2020, 139 (144); wohl auch *Rotsch*, ZIS 2020, 471 (472 f.).

³ Siehe pars pro toto *Grünewald*, Das vorsätzliche Tötungsdelikt, S. 144 ff.; *Hirsch*, Das Verbrechen als Rechtsverletzung, S. 132 ff.; *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers, S. 158 ff.; *Schladitz*, Normtheoretische Grundlagen der Lehre von der objektiven Zurechnung, S. 208 ff.

⁴ Näher *Hilgendorf*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts, § 27 Rn. 40 ff.

⁵ Überblick bei *Hilgendorf*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts, § 27 Rn. 52 ff. Siehe jedoch die Kritik von *Puppe*, ZIS 2008, 67 (67 ff.).

⁶ *Hilgendorf*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts, § 18 Rn. 55. Zur

Diese Zustandsbeschreibung muss nicht negativ konnotiert sein. Insbesondere die große theoretische Diskussion des letzten Jahrhunderts hat zu einem in seiner Struktur gefestigten, äußerst ausgereiften und in der Praxis akzeptierten Straftatensystem geführt.⁷ Beeindruckend ist, dass sich diese Standards teilweise über die Grenzen Deutschlands hinaus verbreitet haben.⁸ Auch wenn viele Grundannahmen⁹ des Systems in der aktuellen Strafrechtsdiskussion in Frage gestellt werden könnten, so ist es doch so, dass so etwas wie ein „Algorithmus“¹⁰ der Strafbarkeit geschaffen wurde, indem durch die vereinfachte Betrachtung einer dreistufigen Struktur (Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld)¹¹ jedes strafbare Verhalten relativ mühelos erklärt werden kann.¹² Diese unschätzbare Leistung für die Disziplin wird deutlich, wenn man erkennt, dass dieses System nicht nur Rechtsnormen im engeren Sinne beschreibt. Es verdichtet auch die äußerst komplexen und intensiven Diskussionen der praktischen Philosophie¹³ und macht sie für die Praxis nachvollziehbar und leicht anwendbar. Wer das deutsche Straftatensystem – das aufgrund der Rezeptionsgeschichte in anderen Ländern des „civil law“-Rechtskreises als kontinental¹⁴ bezeichnet wird – erlernt hat, ist in der Lage,

sog. „Differenzierung, Diversifizierung und Divisionalisierung der Strafrechtsdogmatik“
Rotsch, ZIS 2007, 260 (263 ff.).

⁷ Vgl. *Hilgendorf*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts, § 18 Rn. 5, 100 f.; *Greco*, *Discusiones* 8 (2008), 177 (179 ff.).

⁸ Zur Rezeption des deutschen Strafrechts in verschiedenen Ländern *Hilgendorf*, in: Hilgendorf/Schulze-Fielitz, *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, S. 153 (165 f.); *Roxin/Greco*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, § 7 Rn. 85v; eher kritisch *Ambos*, ZIS 2020, 452 (452) m. w. N.

⁹ Gegen die Unterscheidung von Unrecht und Schuld jüngst *Pawlik*, *Das Unrecht des Bürgers*, S. 356 ff.; *ders.*, *Ciudadanía y Derecho penal*, S. 81 ff.; *Rostalski*, *Der Tatbegriff im Strafrecht*, 2019, S. 97 ff.; *Walter*, *Der Kern des Strafrechts*, S. 196 ff. Zur Kritik an der Unterscheidung zwischen Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit aus normentheoretischer Sicht *Schladitz*, *Normtheoretische Grundlagen der Lehre von der objektiven Zurechnung*, S. 584 ff. m. w. N.

¹⁰ *Mielnik*, in: Ferrante, *Filosofía y Derecho penal*, S. 11 (16). Siehe auch *Ferrante*, in: *Fabra Zamora/Spector*, *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho* 3, S. 2087 (2095 ff.).

¹¹ Vgl. *Schladitz*, *JURA* 2022, 54 (62) m. w. N. Siehe auch *Frisch*, *Strafrecht*, § 1 Rn. 1; *Hilgendorf/Valerius*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, § 4 Rn. 1; *Kühl*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, § 1 Rn 4; *Wessels/Beulke/Satzger*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Rn. 133. Eine kurze theoretische Verteidigung dieser Struktur bei *Hilgendorf*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, *Handbuch des Strafrechts*, § 27 Rn. 7 ff., 69 ff.

¹² Wohl auch *Hilgendorf*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, *Handbuch des Strafrechts*, § 18 Rn. 101.

¹³ Vgl. *Frisch*, in: Stürner, *Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung*, S. 169 (176); *Robles Planas*, in: Souto u. a., *Estudios Penales en Homenaje al Profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, S. 1211 (1218); *Sancinetti*, *Revista de Derecho Penal y Criminología* 2001, 207 (209); *dens.*, in: Hirsch, *Krise des Strafrechts und der Kriminalwissenschaften?*, S. 165 (165 ff.); *Zaczyk*, *Küper-FS*, S. 723 (729 ff.).

¹⁴ *Kuhli/Rostalski* in: dies., *Normentheorie im digitalen Zeitalter*, S. 9 (11); *Meyer* in: *Kuhli/*

sich der Strafbarkeit fast jeden Verhaltens zu nähern und mit Begriffen wie Kausalität, Zurechnung, Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe, Schuld usw. mühelos zu argumentieren.¹⁵ Dies gilt trotz der Tatsache, dass diese Begriffe im positiven Recht nicht genau festgelegt sind.¹⁶ In einigen Fällen werden diese nicht einmal im Strafgesetzbuch erwähnt, wie im Falle des Kausalzusammenhangs.¹⁷ Die genauen Konturen solcher Begriffe sind also, wie bereits erwähnt, in historischen Diskussionen der praktischen Philosophie zu finden,¹⁸ und zwar um die notwendigen Bedingungen, um jemanden für ein Fehlverhalten verantwortlich zu machen.¹⁹ Dies führte allerdings nicht zu einem Hindernis für die Entwicklung dieses Algorithmus der Strafbarkeit, denn jeder Student bzw. Rechtsanwender kann ihn mit Leichtigkeit anwenden.

Entgegen der Tendenz vieler neuerer Forschungsarbeiten, Kernprobleme des Strafrechts auszuklammern, wird sich diese Untersuchung gerade auf ein bisher ungelöstes Problem des Allgemeinen Teils konzentrieren: die sogenannte Notwehrprovokation. Diese Terminologie beschreibt die Möglichkeit, das Notwehrrecht für denjenigen einzuschränken oder sogar zu verweigern, der einen rechtswidrigen Angriff von einem Dritten erfährt, weil er in irgendeiner Weise zu diesem beigetragen hat.²⁰ Die Besonderheit dieser Abhandlung besteht darin, dass sie sich der Frage der richtigen Behandlung der Notwehrprovokation nicht nur

Rostalski, Normentheorie im digitalen Zeitalter, S. 37 (47); *Molina Fernández*, *New Criminal Law Review* 14 (2011), 123 (124).

¹⁵ Siehe dazu *Roxin/Greco*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 7 Rn. 85q ff. m. w. N.

¹⁶ *Frisch*, in: Stürner, *Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung*, S. 169 (176).

¹⁷ Vgl. nur *Hilgendorff/Valerius*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 4 Rn. 24; *Rengier*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 13 Rn. 3.

¹⁸ Ähnlich *Merkel*, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M., *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, S. 171 (174 ff.).

¹⁹ *Hirsch*, in: *ders.*, *Strafrechtliche Probleme. Schriften aus drei Jahrzehnten*, 1999, S. 128 (131); *ders.*, *ZStW* 116 (2004), 1 (9); *ders.*, *ZStW* 116 (2004), 835 (872 ff.). Es geht aber nicht um eine Argumentation mit „sachlogischen Strukturen“, auch wenn Hirsch dies so gesehen hat (kritisch *Hilgendorff*, in: *Hilgendorff/Schulze-Fielitz*, *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, S. 153 [172 ff.] m. w. N.). Es geht darum, die tieferen philosophischen Grundlagen des Strafrechts zu finden und zu erörtern. Etwas polarisierend ausgedrückt: Strafrechtliche Verantwortung entspricht moralischer Verantwortung, wie die Anhänger des „legal moralism“ behaupten. So *Duff*, *Philosophy Compass* 4/6 (2009), 978 (978 ff.); *Ferrante*, in: *Fabra Zamora/Spector*, *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho* 3, S. 2087 (2092 ff.); *Husak*, *Ignorance of Law*, 2016, S. 34 ff.; *Moore*, *Causation and Responsibility*, S. 4; *Tadros*, *Criminal Responsibility*, S. 1, 24 ff.; *ders.*, *Wrongs and Crimes*, S. 169 f. Siehe auch *Hruschka*, *JZ* 1992, 429 (430).

²⁰ Ähnliche Definitionen bei *Frisch*, *Strafrecht*, § 4 Rn. 184; *Hilgendorff/Valerius*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 5 Rn. 49; *Kühl*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 7 Rn. 207 ff.; *Stucken-berg*, in: *Kindhäuser/Pawlik*, *Notwehr in Deutschland und China*, S. 297 (297); *Voigt/Hoffmann-Holland*, *NSZ* 2012, 362 (363).

aus dogmatischer, sondern auch aus moralphilosophischer Sicht nähert, im Einklang mit den jüngsten Fortschritten in der angelsächsischen Diskussion zu diesem Thema,²¹ die im deutschen Sprachraum noch nicht eingehend erörtert wurden. Dies erscheint auf Basis einer Strafrechtsdogmatik, die ihre Aussagen in der Regel scharf von Moralischen bzw. Ethischen trennt,²² etwas merkwürdig. In diesem ersten Kapitel soll jedoch gezeigt werden, dass die moralische Argumentation, zumindest wie sie in der zeitgenössischen analytischen Philosophie betrieben wird, ohne größere Probleme auf das Gebiet der Strafrechtsdogmatik übertragen werden kann.

Zunächst eine kurze Vorbemerkung: Da den Gegenstand dieser Untersuchung das Problem der Notwehrprovokation darstellt, ist zunächst das klassische Zugeständnis zu machen, dass die übliche Terminologie irreführend ist.²³ Der Provokateur „provoziert“ seine Notwehrhandlung nicht, sondern verursacht den *Angriff* des Provozierten.²⁴ Das Wort provoziert wird in Anführungszeichen gesetzt, weil es ebenfalls nicht ganz neutral ist. Zumindest im allgemeinen Sprachgebrauch scheint für eine Provokation erforderlich zu sein als die bloße Verursachung eines Angriffs: die Vornahme einer Handlung, die darauf abzielt, jemanden zu verärgern, ihn zu reizen oder in verwerflicher Weise zu stimulieren (z. B. durch Beleidigungen oder zumindest Hänseleien).²⁵ Es mag sein, dass die rechtliche Relevanz dieser Fälle in der Tat von Letzterem abhängt und dass eine bloße Verursachung der Aggression, z. B. in dem Sinne der *conditio-sine-qua-non*-Formel, nicht ausreichend für rechtlichen Unterscheidungen wäre. Aber genau das muss untersucht werden und die theoretische Frage kann nicht im Voraus auf der Grundlage einer sprachlichen Festlegung geklärt werden. Andernfalls käme es zu dem bekannten Denkfehler des „definitional stop“:²⁶ eine entscheidende

²¹ Überblick bei *Alexander*, in: Coons/Weber, *The Ethics of Self-Defense*, S. 20 (46 ff.); *Christopher*, *Arizona State Law Journal* 49 (2017), 1141 (1150 ff.); *Ferzan*, *Criminal Law and Philosophy* 7 (2013), 597 (601 ff.); Frowe/Parry, in: Zalta, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2022 Edition), 4.5; *Hecht*, *Criminal Law and Philosophy* 13 (2019), 165 (166 ff.).

²² So etwa *Hilgendorf*, in: Hilgendorf/Kuhlen, *Die Wertfreiheit in der Jurisprudenz*, S. 1 (19 f.); *Greco*, *ZIS* 2009, 813 (821); *Grünewald*, *Das vorsätzliche Tötungsdelikt*, S. 120; *Jakobs*, *ZStW* 123 (2011), 313 (322); *Kindhäuser*, *ZStW* 107 (1995), 701 (711); *Kindhäuser/Zimmermann*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 2 Rn. 21. Siehe schon *Merkel*, *ZStW* 1 (1881), 553 (585 ff.). Näher *Silva Sánchez*, *JRE* 2019, 667 (668 ff.).

²³ *Stuckenberg*, in: Kindhäuser/Pawlik, *Notwehr in Deutschland und China*, S. 297 (297).

²⁴ *Grünewald*, *ZStW* 122 (2010), 51 (52 Fn. 7); *Hruschka*, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, S. 372 Fn. 185; *Kühl*, *JURA* 1991, 57 (59); *Stuckenberg*, *JA* 2001, 894 (894 Fn. 1); *ders.*, in: Kindhäuser/Pawlik, *Notwehr in Deutschland und China*, S. 297 (297).

²⁵ Vgl. *Kühl*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 7 Rn. 230, 248; *Retzko*, *Die Angriffsverursachung bei der Notwehr*, S. 50.

²⁶ *Hart*, *Punishment and Responsibility*, S. 5. Siehe auch *Christopher*, *Northwestern University Law Review* 96 (2002), 843 (854); *Pérez Barberá*, *GA* 2014, 504 (505 f.).

inhaltliche Diskussion wird durch die Manipulation einer Definition blockiert. Deshalb verwendet *Retzko*²⁷ bereits im Titel der bisher wohl umfassendsten Monografie zu diesem Thema die neutralere Terminologie der Angriffsverursachung. Dieser Sprachgebrauch hat sich jedoch in der wissenschaftlichen Diskussion nicht durchgesetzt, so dass im Folgenden der Standardausdruck „Notwehrprovokation“ verwendet werden soll.

Es liegt also auf der Hand, dass sich durch die gesamte Darstellung hindurch die Frage ziehen wird, wie das klassische *inhaltliche Problem*, das gewöhnlich als Notwehrprovokation bezeichnet wird, gelöst werden sollte. Zu diesem Zweck soll in diesem Kapitel nicht nur gezeigt werden, dass die Lösung in der kontinentalen Diskussion offenbleibt, sondern auch, dass es sinnvoll ist, das unentdeckte Terrain der Behandlung der Frage in der angelsächsischen Moralphilosophie zu erkunden. Die Grundzüge des Untersuchungsgegenstandes, d. h., der strafrechtlichen Behandlung der Notwehrprovokation, werden daher zunächst anhand von drei Modellen skizziert, die sich in der Strafrechtsdogmatik der kontinentalen Tradition herausgebildet haben (Abschnitt B). Als rechtsvergleichender Vorschlag zur Neuuntersuchung dieses Problems wird die Möglichkeit der Einbeziehung der Diskussion über die Notwehrprovokation, die im Bereich der angelsächsischen Moralphilosophie der analytischen Tradition stattgefunden hat, in Betracht gezogen (Abschnitt C). Aber auch die Notwendigkeit, die vorgenannte rechtsvergleichende Diskussion nicht nur durch eine übliche *de lege ferenda*-Betrachtung, sondern auch durch einen möglichen *de lege lata*- oder dogmatischen Ansatz herauszuarbeiten, wird untersucht (Abschnitt D). Anschließend wird eine Sichtweise des exklusiven Rechtspositivismus angeboten, die eine interpretative Brücke zwischen einer streng positivistischen Strafrechtsdogmatik und der Moralphilosophie schlägt (Abschnitt E). Der Einzug der moralphilosophischen Argumentation in die dogmatische Arbeit wird zusätzliche methodische Klärungen erfordern und einige Grundannahmen der philosophischen Ethik werden explizit gemacht (Abschnitt F). Abschließend wird die Arbeitshypothese dieser Untersuchung sowie die allgemeine Struktur der folgenden Kapitel dieses Buches dargelegt (Abschnitt G).

²⁷ *Retzko*, Die Angriffsverursachung bei der Notwehr, S. 40 f.

B. Die drei Lösungsmodelle zum Problem der richtigen Behandlung der Notwehrprovokation

I. Grundlegende Fallkonstellationen

Die Diskussion konzentriert sich üblicherweise auf zwei Fallkonstellationen: die sogenannte „Absichtsprovokation“²⁸ und die unabsichtliche, aber rechtswidrige Provokation.²⁹ Beide Fallkonstellationen lassen sich jeweils anhand der folgenden hypothetischen Fälle anschaulich darstellen:

Todesfalle (Absichtsprovokation): A will seinen Feind B töten und schmiedet einen Plan: Er will B in der von diesem gewöhnlich besuchten Bar beleidigen, und geht davon aus, dass dies zu einer heftigen Reaktion des jähzornigen B führen und dieser versuchen würde, ihn anzugreifen. A möchte diese Situation ausnutzen, um mit einem mitgeführten Messer, das die einzige Abwehrmöglichkeit darstellt, zu kontern und B zu töten. A setzt das Ereignis in Gang und alles läuft wie geplant. B stirbt.

Derby I (unabsichtliche, aber rechtswidrige Provokation): A, ein Schalke 04-Fan, trifft sich in einer Bar mit seinem Erzfeind B, der Fan der gegnerischen Mannschaft (Borussia Dortmund) ist. A beginnt, B daran zu erinnern, dass Dortmund im letzten Derby gegen Schalke eine demütigende Niederlage erlitten hat, und ihn zu beleidigen. A beabsichtigt nicht, eine Konfrontation herbeizuführen, um B zu verletzen, sondern einfach, um ihn vor seinen Freunden zu demütigen. B fühlt sich in der Tat gedemütigt und stürzt sich nach Beendigung der Beleidigungen auf A, um ihn mit einem Messer mit Tötungsvorsatz zu verletzen. A neutralisiert den Angriff, indem er B in den Bauch sticht, die einzige Möglichkeit, seinen Angriff abzuwehren. B stirbt.

In beiden Fällen ist umstritten,³⁰ ob das vom Provokateur (A) begangene Tötungsdelikt nach § 212 StGB durch Notwehr (§ 32 StGB) gerechtfertigt ist, weil er selbst die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Ausübung seines Notwehrrechts geschaffen hat. Diese Frage wird nicht nur als rechtsdogmatische, am geltenden Recht orientierte Frage, sondern in hohem Maße auch als allgemeines materielles Problem intensiv diskutiert. Dies ist darauf zurückzuführen, dass das deutsche Strafgesetzbuch für solche in der Praxis (zumindest in Fällen unabsichtlicher Provokation, wie *Derby I*³¹) häufigen Fälle keine eindeutige Lösung bietet. Insbesondere § 32 StGB, der die Notwehr in Deutschland regelt, sagt sehr

²⁸ Siehe pars pro toto *Retzko*, Die Angriffsverursachung bei der Notwehr, S. 52 f.; *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, § 15 Rn. 65 ff.; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, § 7 Rn. 228 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Rn. 533

²⁹ Siehe pars pro toto *Freund/Rostalski*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, § 3 Rn. 122; *Frisch*, Strafrecht, § 4 Rn. 190; *Köhler*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, S. 273 ff.; *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, § 15 Rn. 69 ff.

³⁰ Siehe schon *Baumgarten*, Notstand und Notwehr, S. 123 f.

³¹ Vgl. *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, § 15 Rn. 69; *Stuckenberg*, in: Kindhäuser/Pawlik, Notwehr in Deutschland und China, S. 297 (297).

wenig darüber aus, wie diese Fälle der Verursachung des Angriffs zu lösen sind. Das Gesetz enthält keine spezielle Regelung der Notwehrprovokation.³² Ein Ansatzpunkt findet sich allenfalls darin, dass die Verteidigungshandlung „geboten“³³ sein muss.

Anders als man bei einer ersten Betrachtung meinen könnte, ist dies nicht unbedingt als schlechte Gesetzgebung anzusehen. Im Gegenteil, die Regelung des § 32 StGB scheint ein offenes Gefüge zu bieten, das ein Nebeneinander von unterschiedlichen wissenschaftlichen Positionen ermöglicht.³⁴ Das führt dazu, dass sich in der Literatur derzeit mehrere Stellungen zur Notwehrprovokation finden, die sich zu drei grundlegenden Lösungsmodellen verdichten lassen. Diese unterscheiden sich nicht nur in ihrer Begründung, sondern auch in ihren Ergebnissen.

II. Lösungsmodell 1: vollständige Rechtfertigung der Notwehrhandlung des Provokateurs

Das erste Modell besteht im Wesentlichen darin, dass die Regeln des § 32 StGB direkt auf den Provokateur angewandt werden, ohne dass das Vorverhalten berücksichtigt wird.³⁵ Das provozierende Verhalten, das den Angriff ausgelöst hat, ist nach dieser Auffassung für die Beurteilung des Falles irrelevant. Dies gelte sowohl für den Fall, dass die Provokation in der unmittelbaren Absicht erfolgt, den Angreifer zu verletzen, als auch für den Fall, dass sie unbeabsichtigt erfolgt. In beiden Konstellationen würde der Provokateur also gerechtfertigt handeln, wenn er sich gewaltsam verteidigt.

³² *Retzko*, Die Angriffsverursachung bei der Notwehr, S. 61: „Generell finden Einschränkungen in § 32 StGB keine ausdrückliche Erwähnung. Auch die besondere Situation der eigenen Verursachung des Angriffs durch den späteren Verteidiger – ob absichtlich oder lediglich fahrlässig geschehen – erfährt im Wortlaut des § 32 StGB keinerlei Berücksichtigung“. Siehe auch *Stuckenberg*, in: Kindhäuser/Pawlik, Notwehr in Deutschland und China, S. 297 (298).

³³ Vgl. *Grünwald*, ZStW 122 (2010), 51 (72 ff.); *Hilgendorf/Valerius*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, § 5 Rn. 44; *Jahn*, JuS 2006, 466 (467); *Retzko*, Die Angriffsverursachung bei der Notwehr, S. 92 ff.; *Stuckenberg*, in: Kindhäuser/Pawlik, Notwehr in Deutschland und China, S. 297 (298, 304, 317).

³⁴ In Anlehnung an *Kudlichs* (ZStW 127 [2015], 635 [650 ff.]) Konzeption des Rechtsgutbegriffs könnte man hier von einem „space of reasons“ als Platzhalter für theoretische Überlegungen sprechen; so auch *Kubicziel*, KriPoZ 1 (2018), 29 (29).

³⁵ Siehe pars pro toto *Bockelmann*, Honig-FS, S. 19 (20 ff.); *Hassemer*, Bockelmann-FS, S. 223 (241 f.); *Hillenkamp*, Vorsatztat und Opferverhalten, S. 127 ff.; *Frister*, GA 1988, 291 (309 f.); *Matt*, NStZ 1993, 271 (271 ff.); *Mitsch*, GA 1986 533 (545); *dens.*, Strafflose Provokation strafbarer Taten, S. 111 ff.; *dens.*, Rechtfertigung und Opferverhalten, S. 405 ff.; *dens.*, JuS 2017, 19 (22 f.); *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, S. 302 ff.; *Paeffgen/Zabel*, in: NK-StGB, Vor §§ 32–35 Rn. 147, 148; *Spendel*, in: LK-StGB, 11. Aufl. 2003, § 32 Rn. 281 ff.

Zur Untermauerung dieser Position wurden *nullum-crimen-sine-lege-Erwägungen* herangezogen, da weder in § 32 StGB noch in der Vorgängervorschrift des Reichsstrafgesetzbuches Fälle der Provokation als möglicher Ausschluss des Notwehrrechts ausdrücklich erwähnt werden. Der erwähnte Verweis auf die „Gebotenheit“ der Handlung sei allenfalls eine zu schwache Stütze für eine Versagung oder Einschränkung des Notwehrrechts des Provokateurs.³⁶ Eine Beschränkung dieses Rechts führe daher zu einer Verletzung des Bestimmtheitsgebots (Art. 103 Abs. 2 GG).³⁷ Das Notwehrrecht des Provokateurs dürfe auch nicht im Wege der Auslegung eingeschränkt werden: Eine Einschränkung sei nur zulässig, wenn der Gesetzgeber dies durch eine Gesetzesänderung beschließe.³⁸

Für diese Auffassung wurden indes nicht nur rein formelle Gesetzlichkeitsargumente vorgebracht. Unter den materiellrechtlichen Gründen haben sich in den letzten Jahren Argumentationsmuster herausgebildet, die sich auf den Autonomiegrundsatz im Allgemeinen und auf die für die Theorie der objektiven Zurechnung charakteristischen Regeln der Zuständigkeit des Opfers im Besonderen stützen.³⁹ Nach diesen Begründungsstrategien ist der Angreifer derjenige, der selbstverantwortlich und auf eigenes Risiko beschließt, einen rechtswidrigen (und damit strafbaren) Angriff auszuführen, der dann eben als Folge einer Notwehrhandlung des Angegriffenen zu einer eigenen Verletzung führen könnte.⁴⁰ Der Provokateur verteidige sich also nur rechtmäßig gegen denjenigen, der sich angesichts der Provokation nicht beherrschen kann und sich zu einer rechtswidrigen Gewaltanwendung entschließt.⁴¹ „Der Provozierte hat der Provokation zu widerstehen“.⁴²

³⁶ Vgl. *Bockelmann*, Honig-FS, S. 19 (24 f.); *Mitsch*, JuS 2017, 19 (22).

³⁷ *Hoven/Mitsch*, GA 2023, 241 (250): „Der ganze Bereich steht im Zwielficht unzureichender Bestimmtheit und Begrenzung durch den Gesetzgeber und sieht sich zu Recht auf Art. 103 Abs. 2 GG gestützter Kritik ausgesetzt“. Auf diese Kritik wird in Kapitel 2 dieser Abhandlung eingegangen.

³⁸ Siehe *Hillenkamp*, Vorsatztat und Opferverhalten, S. 130; *Hoven/Mitsch*, GA 2023, 241 (242). Zurückhaltender *Erb*, in: MK-StGB, § 32 Rn. 207: „Solange eine solche Regelung nicht besteht, sind die verfassungsrechtlichen Bedenken ein zusätzlicher Anlass, bei jeglicher Beschränkung des Notwehrrechts *möglichst große Zurückhaltung* walten zu lassen“ (Hervorhebung im Original); dazu auch *Rönnau*, JuS 2012, 404 (405).

³⁹ Überblick bei *Grünwald*, ZStW 122 (2010), 51 (66 f.) m. w. N.

⁴⁰ Siehe *Frister*, GA 1988, 291 (310); *Matt*, NSTZ 1993, 271 (272 f.); *Mitsch*, Strafbare Provokation strafbarer Taten, S. 120; *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, S. 303 f.

⁴¹ Vgl. *Bockelmann*, Honig-FS, S. 19 (31); *Mitsch*, Strafbare Provokation strafbarer Taten, S. 121; *dens.*, Rechtfertigung und Opferverhalten, S. 405 f.

⁴² *Schmidhäuser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Studienbuch, 6/82. So auch *Bockelmann*, Honig-FS, S. 19 (31); *Mitsch*, Rechtfertigung und Opferverhalten, S. 406; *dens.*, Strafbare Provokation strafbarer Taten, S. 121; *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, S. 302; *Spendel*, in: LK-StGB, 11. Aufl. 2003, § 32 Rn. 301.

Wie in Kapitel 2 zu zeigen sein wird, ist dies nicht das einzige wesentliche Argument für das Lösungsmodell 1. Für den Moment genügt es, ein zweites, sehr einflussreiches Argument zu erwähnen: Die Berücksichtigung früherer Provokationshandlungen bricht die bilaterale Logik von Aggression und Verteidigung auf, was zu einer Rückkehr ins Unendliche führen kann.⁴³ Die Folge dieses Bruchs sei im Extremfall, dass provokatives Verhalten, das Monate oder Jahre vor dem Konflikt stattfand, in die Analyse einbezogen werden müsste. Es könne sogar zu wechselseitigen Provokationen kommen, zur sogenannten „provokierten Provokation“,⁴⁴ die das übliche Schema der Notwehr völlig durcheinanderbringt. Nimmt man noch die Tatsache hinzu, dass es keine klaren Kriterien dafür gibt, wann eine Provokation ausreicht, um dem Provokateur das Recht auf Selbstverteidigung zu versagen (oder zumindest einzuschränken), so kommt es zu einer Art Kadi-Justiz, die nicht auf verallgemeinerbaren Gründen beruht.⁴⁵ Um dies zu vermeiden, ist nach den Befürwortern dieses Modells die (angeblich einzige) Alternative, auf die Möglichkeit einer Notwehreinschränkung im Provokationsfall ganz zu verzichten.

III. Lösungsmodell 2: Bestrafung des Provokateurs gemäß des *actio illicita in causa*-Grundsatzes

Das Hauptproblem von Modell 1 besteht darin, dass es die wenig beneidenswerte Aufgabe hat, eine hinreichend überzeugende Begründung zu liefern, um kontraintuitive Lösungen zu rechtfertigen. Aus diesem Grund finden sich selbst unter den Befürworter des ersten Lösungsmodell Stimmen, welche die Absolutheit dieses Lösungsvorschlags nicht unterstützen und ihn mit einer ergänzenden Auffassung kombinieren: die sog. *actio illicita in causa*.⁴⁶

Dieses zweite Lösungsmodell unterteilt das Geschehen dieser Fallkonstellationen in zwei Abschnitte.⁴⁷ Das Verhalten des Provokateurs im Moment, in dem

⁴³ *Hillenkamp*, Vorsatztat und Opferverhalten, S. 130; *Matt*, NStZ 1993, 271 (273); *Mitsch*, JuS 2017, 19 (23).

⁴⁴ *Hassemer*, Bockelmann-FS, S. 223 (232 ff.).

⁴⁵ So *Loos*, Deutsch-FS, S. 233 (247).

⁴⁶ Vgl. *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, § 16 Rn. 32; *Mitsch*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, § 14 Rn. 66; *dens.*, JuS 2001, 751 (754 f.). Wohl auch *Hassemer*, Bockelmann-FS, S. 223 (244).

⁴⁷ Siehe pars pro toto *Baumann*, MDR 1962, 349 (349 f.); *Bertel*, ZStW 84 (1972), 1 (18 ff.); *Eser/Burkhardt*, Strafrecht I, Fall 11 A 18; *Freund/Rostalski*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, § 3 Rn. 26, § 4 Rn. 43; *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, § 16 Rn. 32 ff.; *Lenckner*, GA 1961 299 (303 ff.); *Lindemann/Reichling*, JuS 2009, 496 (499 ff.); *Mitsch*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, § 14 Rn. 66; *Schmidhäuser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil. Studienbuch, 6/83 f.; *Schröder*, JR 1962, 187 (187 f.); *dens.*, JuS 1973, 157 (160 f.).

er sich gegen den rechtswidrigen Angriff des Provozierten verteidigt, sei gerechtfertigt.⁴⁸ Insofern gibt es eine Übereinstimmung mit Lösungsmodell 1. Allerdings könne das *Vorverhalten* des Provokateurs möglicherweise unzulässig bzw. ungerchtfertigt und strafbar sein, wenn es die objektiven und subjektiven Merkmale eines Erfolgsdelikts (z. B. § 212 StGB oder § 223 StGB) erfüllt.⁴⁹ Dieses Modell 2 versucht also in Analogie zum Rechtsbegriff der *actio libera in causa* das Problem zu lösen,⁵⁰ indem es auf das erste Verhalten des Provokateurs abstellt.

Da nach diesem Modell die Provokation selbst die objektiven Tatbestandsmerkmale eines Erfolgsdelikt erfüllen kann, stellt sich die entscheidende Frage nach dem „Geisteszustand“⁵¹ des Handelnden zum Zeitpunkt des Vorverhaltens. Handelte er mit Vorsatz im Hinblick auf den später eingetretenen Erfolg, dürfte er gemäß des entsprechenden vorsätzlichen Erfolgsdelikts und bei fahrlässigem Handeln wegen des entsprechenden Fahrlässigkeitsdelikts bestraft werden.⁵² So würde in Fällen wie der *Todesfalle* einerseits das Handeln des Provokateurs in der Absicht, seinen Gegner in Notwehr zu töten, den Vorwurf des Vorsatzes begründen. Andererseits sei in Fällen wie *Derby I* die Frage entscheidend, ob der Provokateur vorsätzlich, fahrlässig oder subjektiv unverschuldet gehandelt hat.

IV. Lösungsmodell 3: Ausschluss und/oder Einschränkung des Notwehrrechts des Provokateurs

Das dritte und in Deutschland vorherrschende Lösungsmodell könnte als das Gegenteil des ersten betrachtet werden, da es darin besteht, dem Provokateur das Notwehrrecht unter bestimmten Umständen zu versagen. Es betrachtet die *Verteidigungshandlung* des Provokateurs gegen den Angriff des Provozierten (nicht das Vorverhalten) als strafbar, zumindest im Fall einer Absichtsprovokation.⁵³

⁴⁸ *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, § 16 Rn. 32; *Lenckner*, GA 1961 299 (300); *Schmidhäuser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil. Studienbuch, 6/83.

⁴⁹ Siehe *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, § 16 Rn. 32; *Mitsch*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, § 14 Rn. 66.

⁵⁰ *Eser/Burkhardt*, Strafrecht I, Fall 11 A 18; *Lenckner*, GA 1961 299 (303); *Schmidhäuser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil. Studienbuch, 6/82.

⁵¹ Diese Terminologie wird hier als Synonym für den subjektiven Tatbestand verwendet. Die polemische Frage, ob Vorsatz und Fahrlässigkeit wirklich Geisteszustände sind, kann hier dahingestellt bleiben. Siehe dazu *Pérez Barberá*, GA 2013, 454 (459 ff.).

⁵² *Baumann*, MDR 1962, 349 (350); *Bertel*, ZStW 84 (1972), 1 (14); *Lenckner*, GA 1961, 299 (303, 312); *Schröder*, JR 1962, 187 (189).

⁵³ Siehe *pars pro toto* BGH bei Dallinger, MDR 1954, 335; NJW 2003, 1955 (1958); 2019, 263 (263); *Gropp/Sinn*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, § 5 Rn. 178; *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, § 15 Rn. 65; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Rn. 533; *Zieschang*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Rn. 221 m. w. N.

Sachregister

- Absichtsprovokation 6, 10, 18, 40, 43, 65,
68 f., 74, 75, 78, 84, 90, 96, 99, 109,
113–119, 125, 128, 131–135, 141, 146,
149 f., 161, 208, 226, 227, 232, 252, 259,
261, 281, 283, 296
- actio illicita in causa (a.l.i.c.)* 9 f., 19, 37,
75–111, 163
- actio libera in causa (a.l.i.c.)* 10, 76
- Affekt 126, 290
- Analogie 10, 45, 48 f., 96, 107, 119
- Analytische Philosophie 4, 15 f., 30–33
- Anerkennung 156–158, 198–211, 214,
218–220, 237, 239, 253, 263, 265
- argument by elimination* 110, 113, 115, 117,
171
- Asymmetrie 18, 174, 178, 180, 198–207,
211 f., 220 f., 226, 237
- Ausweichen 11, 94, 128, 141, 149, 167,
188, 190 f., 212, 229, 258 f., 263, 282, 284
- Beleidigung 4, 6, 11 f., 21, 67, 77, 95, 106,
108, 143, 154, 211–220, 245–249, 250,
252, 256, 270, 272 f., 285, 299
- Bestimmtheitsgebot 8, 49–53, 95, 299
- brute luck* 222
- claim rights* 193
- de lege ferenda* 5, 22, 44, 238, 296–301
- de lege lata* 5, 22, 25, 43, 47, 169, 238,
296–301
- Defensivnotstand 37, 55 f., 161–164, 171,
178, 205, 207, 233–235, 300
- Dreistufentheorie 11, 149, 257–261, 267,
278, 280, 283 f.
- Dualismus 62, 177–180, 190–192
- Durchsetzung (subjektiver Rechte) 136,
177 f., 192–198, 203 f., 206, 209 f., 221,
225 f., 235, 237, 255, 257, 263, 272, 300
- Ehre 94, 105, 108, 191, 211–220, 247, 270
- Einwilligung 72 f., 121, 122–125
- Entstehungsgeschichte 55, 234
- Erforderlichkeit 48, 55, 105, 128–130, 175,
203, 229, 235, 275, 298
- Erlaubnistatbestandsirrtum 256 f., 263, 278,
285–287
- Exklusiver Rechtspositivismus 25–29
- Extensionale Angemessenheit 34, 297
- Fahrlässigkeit 10, 31, 59, 78, 82, 93, 100,
106 f., 250–252, 280, 295 f.
- Fairness 167, 170, 172, 223
- Gebotenheit 8, 47, 50–60, 94, 119, 124,
163, 177, 228, 232–235
- Gedankenexperimente 33 f., 36, 38, 284
- Gefährungsdelikt 99, 110, 154, 273–276,
278, 300
- Generalprävention 63 f., 144 f., 187 f.
- Gerechtigkeit 16, 21, 28 f., 39, 57, 61, 63,
85, 176, 188, 223 f., 228 f., 231, 255, 272
- Gerechtigkeitsintuitionen 16, 31–34, 36, 75,
80, 106, 108
- Gesetzlichkeitsprinzip 43–53, 93–97, 124
- Glücksegalitarismus 166, 221–225, 226,
229, 231
- individualistische Notwehrbegründung
177 f., 180, 192 f., 203, 235
- infiniter Regress 60–62
- Ingerenz 71, 86, 152–156, 158, 229, 235,
257, 266–268, 293 f.
- Kadi-Justiz 9
- Konsequentialismus 36, 181–183, 223
- Missachtung 12, 200–207, 219, 250, 253,
256, 259 f., 265, 269, 271 f.

- mittelbare Täterschaft 76, 79, 82 f., 85–92, 96, 99–102, 107, 110, 120, 130, 226 f., 266, 281–291, 294 f.
- Mitverantwortung 37, 73, 102, 128, 150, 152–164, 167, 171, 216, 225, 229 f., 232, 234, 237 f., 239–268, 269, 278–281, 283–287, 288, 290
- Model Penal Code* 19, 40
- Moral 4, 24–29, 36, 58–60, 150, 169, 176 f., 194, 198
- moral standing* 177, 207–211
- moral status* 198–200, 211
- Moralischer Realismus 35, 194
- Nothilfe 16, 79–82, 102, 108 f., 125, 151, 164, 261–267, 293–296
- Notwehreinchränkung 9, 12 f., 28, 41, 43 f., 45–63, 69, 143, 146, 153–158, 160, 177, 238, 242, 246, 254, 276, 278, 280, 296–301
- Notwehrexzess 268, 278–281
- objektive Zurechnung 8, 43, 65–73, 87, 93, 97 f., 100
- Obliegenheit 129, 161–164
- Optimierungsgebot 51
- option luck* 222, 226
- Pazifismus 115, 188, 195
- Provokationszusammenhang 62, 253 f., 256, 270, 272
- Rechte als Trümpfe 16, 225
- rechtfertigender Notstand 37, 52, 86, 161, 162–164, 171, 300
- Rechtbewahrung 46, 56, 63–65, 137, 142, 177, 179 f., 185–190, 209, 227, 262, 264
- Rechtsmissbrauch 58, 135–146
- saubere Hände 178, 192, 207 f., 210, 227 f., 259 f., 283
- schimpfliche Flucht 191, 212
- schmutzige Hände 178, 209, 211, 213, 215–217, 221, 228, 232, 250, 256, 263, 267
- schneidiges Notwehrrecht 16, 37, 130, 137, 149, 152, 158, 161 f., 171, 173–178, 180 f., 187 f., 190–192, 196 f., 203–207, 209 f., 217, 221, 223, 225–227, 232–235, 237 f., 240, 242, 246, 251, 254 f., 257, 263, 266 f., 269, 276, 282, 288 f., 296, 300
- Schranken 46, 183, 216, 270
- Schutzwehr 11, 118, 141, 258–261, 263, 284
- Selbststachtung 207, 217–221, 239–257, 268–273, 274, 283, 285
- Skeptizismus 35
- Solidarität 59, 169, 230, 238, 299
- sozialethisch 12 f., 22, 24, 28, 47 f., 50, 53, 106, 117, 126, 149, 171, 177, 243–249
- subjektive Rechte 193–198, 199, 201, 208–211, 220, 225, 227, 232 f., 237, 250, 253, 257, 262, 265–267, 283, 288, 290, 295
- Trolley Problem* 31
- Überlegungsgleichgewicht 16, 172, 188, 284
- Unbeteiligte 70 f., 86, 100, 113, 154, 165, 169, 184, 227 f., 230 f., 266, 273, 288, 291–296
- Unhöflichkeit 12, 214–217, 219, 239, 251 f.
- Unvereinbarkeitsthese 83, 87
- Vergeltung 39, 121, 197, 210
- Verhältnismäßigkeit 51, 167, 173, 181, 188, 191 f., 200, 228, 257
- Verteidigungswille 11, 131–135, 141
- Verteilungsgerechtigkeit 37, 145, 164–172, 177 f., 221–225, 228 f., 231–235, 237, 257 f., 261, 263, 280, 300
- Werkzeug 76 f., 79 f., 83, 85, 87–90, 96, 107, 265, 281, 283, 287, 289, 293–296