

Examinatorium Strafrecht / AT / Rechtswidrigkeit 2 / Absichtsprovokation – Arbeitsblatt Nr. 9

Absichtsprovokation

Fallbeispiel zur Problemverdeutlichung: T unterhält sich auf einer Party angeregt mit Berta, der Freundin des als hochgradig eifersüchtig bekannten O. Diese Unterhaltung hat für T den ausschließlichen Zweck, dem O eine Tracht Prügel zu verabreichen, wenn dieser, von Eifersucht getrieben, den T körperlich angreifen würde. So geschieht es denn auch. Als der O den T mit Berta plaudern sieht, stürmt er auf T zu. Nach einigen patzigen Bemerkungen des T greift der O den T, wie geplant, körperlich an. Diesen Angriff kann T nur in der Weise abwenden, dass er den O mit einem gezielten Faustschlag niederstreckt. Hier handelt T in der konkreten Situation in Notwehr gemäß § 32 StGB. Dem gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff des O kann er nur dadurch entgehen, dass er ihn niederschlägt. Fraglich ist jedoch, ob das Notwehrrecht des T hier eingeschränkt ist (diese Frage stellt sich im Übrigen auch bei einer fahrlässigen oder vorsätzlichen Provokation, die die Schwelle zur „Absichtsprovokation“ noch nicht überschritten hat. Auch hier findet eine sozialetische Einschränkung des Notwehrrechts statt, die Abwägungskriterien sind jedoch anders).

1. Rechtsbewährungstheorie

Vertreter: *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, § 15 Rn. 55; *Drescher*, JR 1994, 424; *Frister*, GA 1988, 291 (309 f.); *Hohmann/Matt*, JuS 1993, 135 f.; *dies.*, JuS 1993, 131 (135 f.); *LK-Spendel*, 11. Aufl., § 32 Rn. 281 ff.; *Matt*, NSTZ 1993, 271; *Mitsch*, GA 1986, 533 (545); *ders.*, JuS 2001, 751 (753).

Inhalt: Auch gegen einen absichtlich provozierten Angriff ist Notwehr uneingeschränkt zulässig.

Argument: Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen. Der Grundgedanke der Notwehr, die Bewährung der Rechtsordnung, gilt auch hier, da ein rechtswidriger Angriff vorliegt. Der Provokateur kann dabei die Verwirklichung des Schutzes der Rechtsordnung nicht durch sein eigenes Verhalten verwirken. Das Recht verlangt, einer (nicht rechtswidrigen) Provokation zu widerstehen.

Konsequenz: Der Angriff bleibt rechtswidrig; Notwehr ist zulässig; Notwehr gegen Notwehr ist nicht zulässig.

Kritik: Gerade der Grundgedanke des Notwehrrechts, die Bewährung der Rechtsordnung, versagt doch gegenüber dem Provokateur.

2. Rechtsmissbrauchstheorie

Vertreter: **Rechtsprechung:** RGSt 60, 261 (262); BGHSt 24, 356 (359); BGHSt 26, 143; BGHSt 26, 256 (257); BGH NSTZ 1993, 133.
Aus der Literatur: *AnwKomm-Hauck*, § 32 Rn. 23; *Ebert*, S. 79; *Fischer*, § 32 Rn. 44; *Gropp/Sinn*, § 5 Rn. 178; *Heinrich*, Rn. 375; v. *Heintschel-Heinegg-Momsen/Savic*, § 32 Rn. 41; *Hoffmann-Holland*, Rn. 255; *Rengier*, § 18 Rn. 88; *Roxin/Greco AT I*, § 15 Rn. 65 ff.; *ders.*, ZStW 93 (1981), 68 (85 ff.); *Schünemann*, JuS 1979, 275 (278 f.); *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 533.

Inhalt: Gegen einen absichtlich provozierten Angriff ist Notwehr aus dem Gedanken des Rechtsmissbrauchs heraus unzulässig.

Argument: Der Rechtsmissbrauchsgedanke ist ein allgemeiner Grundsatz des Rechts. Wer sich sehenden Auges in eine Situation bringt, die für ihn gefährlich wird, bedarf nicht des Schutzes der Rechtsordnung.

Konsequenz: Der Angriff bleibt rechtswidrig, auch die Notwehr ist jedoch rechtswidrig und daher nicht zulässig.

Kritik: Das bloße Mitverschulden des Opfers durch seine Provokation kann nicht dazu führen, dass das Notwehrrecht als Bewährung der Rechtsordnung ausscheidet, da der Provozierende hierüber nicht verfügen kann.

3. Selbstschutzttheorie

Vertreter: *Berz*, JuS 1984, 343; *Jakobs*, 12/50 ff.; *Jescheck/Weigend*, § 32 III 3a; *Kühl*, JURA 1991, 175 (178); *Meurer/Dietmeier*, JuS 2001, L 36 (L 37, 39); *MüKo-Erb*, 2. Aufl., § 32 Rn. 227; *Schmidt*, Rn. 362; *Stratenwerth/Kuhlen*, § 9 Rn. 88; vgl. auch *Lesch*, JA 1996, 834.

Inhalt: Gegen einen absichtlich provozierten Angriff ist Notwehr nur dann zulässig, wenn keine andere Selbstschutzmöglichkeit, insbesondere keine Ausweichmöglichkeit besteht.

Argument: Der angegriffene Provokateur darf nicht in die aussichtslose Lage versetzt werden, entweder seine Rechtsgüter preisgeben zu müssen oder sich strafbar zu machen. Dennoch tritt das Rechtsbewährungsprinzip hier hinter das bloße Selbstschutzprinzip zurück. Wo sich der Angegriffene auf andere Weise schützen kann, braucht sich das Recht infolge der bewussten Provokation nicht zu bewähren.

Konsequenz: Der Angriff bleibt rechtswidrig; die Gebotenheit der Notwehr ist eingeschränkt; Prüfung, ob dem Angegriffenen noch andere Mittel blieben.

Kritik: Auch der dem Notwehrrecht zugrunde liegende Selbstschutzgedanke versagt gegenüber dem Provokateur, der sich bereits dadurch selbst schützen kann, dass er die vorherige Provokation unterlässt.

4. Actio illicita in causa

Vertreter: *Baumann*, MDR 1962, 349; *Bertel*, ZStW 84 (1972), 1 (21); *Frister*, Kap. 16 Rn. 30; *Lindemann/Reichling*, JuS 2009, 496 (498 ff.); *Schmidhäuser*, SB, 6/82; *Schröder*, JR 1962, 187 (189); vgl. ferner *Puppe*, § 15 Rn. 6 ff.; vgl. auch *Schönke/Schröder-Perron/Eisele*, § 32 Rn. 54 a.E., 61.

Inhalt: Gegen einen absichtlich provozierten Angriff ist Notwehr zwar zulässig, der Handelnde wird jedoch wegen der absichtlichen Verursachung der Tat haftbar gemacht.

Argument: Das Notwehrrecht deckt zwar die Notwehrhandlung, nicht aber das vorangegangene Verhalten. Der Provokateur kann sich der strafrechtlichen Haftung nicht entziehen, wenn er sich selbst als rechtmäßig handelndes Werkzeug missbraucht. Die Situation ist hier vergleichbar mit der actio libera in causa. Das Abstellen auf die frühere Handlung bietet auch dann eine interessengerechte Lösung, wenn die Provokation nicht auf Vorsatz, sondern auf Fahrlässigkeit beruht.

Konsequenz: Obwohl der Angriff rechtswidrig bleibt und Notwehr zulässig ist (entscheidend für die Beteiligung!), wird der in Notwehr Handelnde bestraft.

Kritik: Entweder man sieht in der Provokation die rechtswidrige Setzung einer Ursache, dann ist die Notwehr unzulässig, oder man sieht darin keine rechtswidrige Verursachung, dann bleibt das Notwehrrecht bestehen.

5. Einwilligungstheorie

Vertreter: *Maurach/Zipf*, AT 1, § 26 Rn. 43 ff.; *Wagner*, Individualistische oder überindividualistische Notwehrbegründung, 1984, S. 71.

Inhalt: Gegen einen absichtlich provozierten Angriff ist Notwehr unzulässig, da der Provokateur durch seine Provokation auf den Rechtsgüterschutz verzichtet.

Argument: Es fehlt bereits an der Rechtswidrigkeit des Angriffs, wenn der Angegriffene diesen Angriff provoziert. Er verzichtet dadurch konkludent auf den Schutz der angegriffenen Rechtsgüter.

Konsequenz: Bereits der Angriff ist nicht rechtswidrig, was der Notwehr die Grundlage entzieht.

Kritik: Das bloße Mitverschulden des Opfers durch seine Provokation kann nicht dazu führen, dass das Notwehrrecht als Bewährung der Rechtsordnung ausscheidet, da der Provozierende hierüber nicht verfügen kann. Aus §§ 216, 228 StGB folgt ferner, dass auch über die eigenen Rechtsgüter Leben und körperliche Unversehrtheit nicht grenzenlos verfügt werden kann. Die „Einwilligung“ wird hier lediglich fingiert.