

Die Actio illicita in causa

– Darstellung und Meinungsstand –

Moritz Breuer*

Bei der wertenden Betrachtung von strafrechtlichen Fällen kann es unter Umständen ausreichen, das Augenmerk auf nur eine Handlung zu richten. Verletzt etwa der Täter sein Opfer derart mit einem Messer, dass es keinerlei Reaktion des Opfers gibt, so ist dieser Messerstich die einzige zu betrachtende Handlung. Nur sie ist im Falle der objektiven Tatbestandsmäßigkeit auf die weiteren unrechtskonstitutiven Elemente und das Vorliegen von Schuld zu überprüfen.

Eine weitere Ebene muss beachtet werden, wenn die zu untersuchende Handlung eine Reaktion des Opfers ist, es beispielsweise dem angreifenden Täter zur Abwehr einen Faustschlag ins Gesicht versetzt. In diesem Falle reicht es für die Frage der Strafbarkeit der Abwehrhandlung nicht aus, nur diese zu betrachten, sondern auch der Angriff des Täters muss einbezogen werden, um etwa ein eventuelles Eingreifen von Rechtfertigungsgründen (z.B. Notwehr nach § 32 StGB) zu überprüfen.

Bei der Konstellation, um die es im Folgenden gehen soll, wird das Verhalten noch eine Stufe davor betrachtet. Es geht darum, dass der Täter sich gegen einen gegen ihn ergehenden rechtswidrigen Angriff verteidigt, den er wiederum vorher pflichtwidrig herbeigeführt hat¹. Nun müssen also bei der Erörterung der Strafbarkeit der Verteidigung die Verteidigungshandlung selbst, der Angriff des Opfers und die vorher ergangene Provokation des Täters betrachtet werden.

In einer solchen Situation stellt sich also die Frage, ob und unter welchen Umständen das vorangegangene Provokationsverhalten Auswirkungen auf das Notwehrrecht des Angegriffenen hat. Der gesetzliche Anknüpfungspunkt liegt dabei stets beim Merkmal der Gebotenheit des § 32 StGB².

Im Rahmen dieser heftig geführten Diskussion³ werden mehrere Fälle unterschieden: Ist die Provokation selbst ein rechtswidriger und gegenwärtiger Angriff, gegen den sich das Gegenüber verteidigt, steht dem Provokateur unzweifelhaft kein Recht zur Notwehr zu, da die Handlung des Provozierten selbst eine von § 32 StGB gerechtfertigte Verteidigung darstellt, sofern sie sich in dessen Rahmen bewegt⁴.

Hat der Provokateur die Notwehrlage mit der Absicht herbeigeführt, den Angreifer unter dem Deckman-

tel der Notwehr verletzen zu können, ohne dafür bestraft zu werden (sog. Absichtsprovokation), so soll ihm nach h.M. kein Recht zur Notwehr zugestanden werden⁵. Dies wird verschieden begründet: Teils wird angenommen, dass der Provokateur durch sein Verhalten auf Rechtsgüterschutz verzichtet⁶, teils wird verneint, dass beim Verteidiger das für die Notwehr nötige subjektive Rechtfertigungselement vorliege, er also ohne Verteidigungswillen handele⁷. Nach der vorherrschenden und teils auch von der Rechtsprechung vertretenen⁸ Ansicht kann sich der Täter nicht auf Notwehr berufen, da er rechtsmissbräuchlich handelt, wenn er sein Opfer provoziert, um sich dann gegen den – bereits vorausgesehenen – Angriff zu verteidigen⁹. Dadurch sei der Verteidigende also der eigentli-

* Der Autor ist seit dem Wintersemester 2006/2007 Student der Rechtswissenschaften an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms Universität Bonn.

¹ Eine breite Darstellung relevant gewordener Fallkonstellationen bei *Roxin*, Die provozierte Notwehrlage, ZStW 75 (1963), S. 541ff.

² Anders BGHSt 42, 97, wo anfangs auch die Erforderlichkeit als maßgebliches Merkmal genannt wird.

³ Eine ausführliche Übersicht der verschiedenen Positionen bei *Hillenkamp*, 32 Probleme aus dem Strafrecht, 12. Auflage, Neuwied, 2006, S. 12ff.

⁴ Vgl. BGH NStZ 2003, 599; *Kindhäuser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Baden-Baden, 2006, § 16, Rn. 48.

⁵ *Stratenwerth/Kuhlen* Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band 1, Die Straftat, 5. Auflage, Köln, 2004, § 9, Rn. 84; *Schönke/Schröder/Lenckner/Perron*, Strafgesetzbuch, 27. Auflage, München, 2006, § 32, Rn. 54 m.w.N.; a.A. *Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht, allgemeiner Teil, 11. Auflage, Bielefeld, 2003, § 17, Rn. 38; *Matt*, Eigenverantwortlichkeit und Subjektives Recht im Notwehrrecht, NStZ 1993, 271ff.

⁶ *Maurach/Zipf*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band 1, Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat, 6. Auflage, Heidelberg, 1983, § 26, Rn. 43ff.

⁷ *Krey*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band 1, Grundlagen, Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit, Schuld, 2. Auflage, Stuttgart, 2004, Rn. 510.

⁸ BGH NJW 1962, 309; BGHSt 26, 146; BGH NJW 2001, 1075; BGH NStZ 2003, 427.

che Angreifer.

Für den praktisch wohl weitaus bedeutsameren Fall, dass der Provokateur nicht darauf abzielt, beim Gegenüber einen Angriff auszulösen, einen solchen aber dennoch schuldhaft herbeiführt, herrscht weitgehend Einigkeit jedenfalls darüber, dass der Provokateur sein Recht zur Notwehr nicht in Gänze verlieren soll¹⁰. Hier verfahren h.M. und Rechtsprechung so, dass der Angegriffene sich dann nicht auf Notwehr berufen kann, wenn er anderweitig die Möglichkeit hat, die Situation zu entschärfen, namentlich wenn er dem Angriff ausweichen oder der Gefahr durch Schutzwehr entgehen kann¹¹.

Diese Lösungen haben gemeinsam, dass sie für die Strafbarkeit des Täters an die Verteidigungshandlung gegen den rechtswidrigen Angriff des Provozierten anknüpfen und die Situation bewerten, je nachdem, ob dem Verteidiger das (volle) Recht zur Notwehr zugebilligt wird oder nicht.

Eine weitere Möglichkeit der Betrachtung stellt die Lehre von der *actio illicita in causa* (a.i.i.c.) dar. Nach dieser Rechtsfigur soll der provozierende Täter in der oben geschilderten Konstellation sowohl im Falle der Absichtsprovokation als auch bei der sonst vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführten Notwehrlage zum Zeitpunkt der Verteidigung (in actu) gerechtfertigt sein. Allerdings wird für die strafrechtliche Wertung sein Vorverhalten herangezogen, welches als Ursache (in causa) die rechtswidrige Tatbestandserfüllung darstellt¹². Dabei soll der Täter dann wegen vorsätzlicher oder fahrlässiger Tatbestandsverwirklichung bestraft werden, je nachdem, ob er die Notwehrlage vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführt hat.

Die Konstruktion zieht also ein unter Umständen rechtmäßiges¹³ Verhalten als Ursache für eine Strafbarkeit heran. Dies verlangt naturgemäß nach einer Begründung und wirft gleichzeitig Kritik auf. Der ganz überwiegende Teil des Schrifttums lehnt die Figur der a.i.i.c. aus einer Reihe von Gründen ab.

Eine Argumentationsrichtung rügt entsprechend die Mängel, die auch schon bei der *actio libera in causa* im Schuldbereich angeführt werden. Die a.i.i.c. schränke – zumindest im Ergebnis – den Anwendungsbereich eines Rechtfertigungsgrunds ein. Darin liege wegen der fehlenden Normierung durch den Gesetzgeber eine Ausweitung der Strafbarkeit, die mit Art. 103 II GG nicht vereinbar und damit verfassungswidrig sei¹⁴. Mit diesem Ansatz geht die allgemeine Kritik einher, die a.i.i.c. weite den jeweiligen Tatbestand zu sehr aus, so dass etwa ein verbales Aufstacheln als eine tatbestandsmäßige Körperverletzung oder Tötung angesehen werden müsste, was sich nicht vertreten lasse¹⁵.

Der wohl gewichtigste Einwand kritisiert, dass es unvereinbar sei, eine rechtmäßige Provokationshandlung

nur deshalb als rechtswidrig zu betrachten, weil sie zur Ermöglichung einer wiederum rechtmäßigen Verteidigungshandlung ergeht¹⁶. Die spätere Verteidigung des Provokateurs sei damit offenbar zugleich rechtmäßig (weil durch § 32 StGB gerechtfertigt) und rechtswidrig (als Vollendung des durch die Provokation in Gang gesetzten Deliktes). Dies sei widersprüchlich und konstruktiv nicht haltbar.

Dagegen wendet *Bertel*¹⁷ ein, dass es aufgrund der normativen Verschiedenheit der Handlungen durchaus nahe liegend sei, diese unterschiedlich zu bewerten. Die Provokation des Angriffs schwöre einen Konflikt herauf, woran die Rechtsordnung kein Interesse haben könne, wogegen die spätere Verteidigung einen bereits vorhandenen Konflikt im Sinne der Rechtsordnung zu lösen versuche und gerade deshalb gerechtfertigt sei. Daher sei es nicht widersprüchlich, die eigentliche Verteidigungshandlung als Konfliktlösung zu rechtfertigen, den Akt aber, der erst zu dem Konflikt geführt habe, zu missbilligen. Demnach bilde also eine rechtmäßige Handlung die Vollendung des rechtswidrigen, durch das Vorverhalten in Gang gesetzten Delikts¹⁸. Dieser Schluss muss auch gezogen

⁹ *Gropp*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Berlin, 2005, § 6, Rn. 94; *Wessels/Beulke*, Strafrecht, allgemeiner Teil, 37. Auflage, Heidelberg, 2007, § 8, Rn. 347; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band 1, Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Auflage, München, 2006, § 15, Rn. 65, der zusätzlich fordert, dass die Provokationshandlung rechtswidrig sein muss; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, 26. Auflage, München, 2007, § 32, Rn. 14; *Sch/Sch/Lenckner/Perron*, StGB, § 32, Rn. 55.

¹⁰ *Herzog* in *Nomos* Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, §§ 1- 145d, 2. Auflage, Baden-Baden, 2005, § 32, Rn. 120.

¹¹ BGHSt 24, 356; BGHSt 26, 145; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, München, 2005, § 7, Rn. 258; *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Band 1, Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Auflage, 1996, § 8, Rn. 79.

¹² *Bitzilekis*, Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts: unter besonderer Berücksichtigung der Notwehrprovokation, Berlin, 1984, S. 154.

¹³ *Schröder*, Anmerkung zu BGH JR 1962, 186, JR 1962, 188; a.A. *Bertel*, Notwehr gegen verschuldete Angriffe, ZStW 84, 1 (30ff.) der fordert, dass die Provokationshandlung rechtswidrig ist; vgl. auch *Roxin*, ZStW 75, 546.

¹⁴ *NK-Paeffgen*, vor §§ 32 bis 35, Rn. 147; *Constadinidis*, Die „Actio illicita in causa“, Würzburg, 1981, S. 72, S. 131; a.A. *Lackner/Kühl*, StGB, § 32, Rn. 16 m.w.N.

¹⁵ *Hruschka*, Anmerkung zu BayObLG JR 1979, 124, JR 1979, 127; *Bitzilekis*, a.a.O., S. 155.

¹⁶ *Roxin*, AT I, § 15, Rn. 68; ders. ZStW 75, 541 (547ff.); *Hruschka*, JR 1979, 127; *Constadinidis*, a.a.O., S. 155; *Bockelmann*, Notwehr gegen verschuldete Angriffe, Festschrift für Honig, S. 27; *NK-Herzog*, § 32, Rn. 125; *Spendel* in *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 2,

werden, denn es ist konstruktiv nicht denkbar, dass es sich bei der Provokation nur um Vorbereitungshandlungen handelt, was in Verbindung mit der gerechtfertigten Verteidigung dazu führen würde, dass die Tat nie aus dem Vorbereitungsstadium herauskommt.

Dass damit folgerichtig in der anfänglichen Provokationshandlung ein Versuch des jeweiligen Delikts liegen muss, der im Falle des Scheiterns der Provokation fehlgeschlagen und damit nicht rücktrittsfähig wäre, ist eine weitere Ungereimtheit in der Konstruktion der a.i.i.c. Sehr plastisch fragt dazu Roxin: „Wie viele strafbare Mordversuche mögen da wohl ungesühnt geblieben sein?“¹⁹.

Weiterhin wird mit Blick auf das Ergebnis argumentiert: Ob man die Notwehr einschränkt bzw. versagt oder den Täter aufgrund seines Vorverhaltens bestraft, laufe in den meisten Fällen auf das gleiche Ergebnis hinaus. Daher sei die Zubilligung des Notwehrrechts nur scheinhaft und die gleichzeitige Bestrafung wegen des Vorverhaltens zumindest in den Fällen der Absichtsprovokation ein „konstruktiv [...] verwirrender Umweg“²⁰.

Von den Anhängern der a.i.i.c. wird allgemein zur Rechtfertigung der Figur die Parallele zur *actio libera in causa* im Schuldbereich herangezogen²¹. Dort wo die *actio libera* die später fehlende Schuld zu ersetzen versucht, soll also bei der a.i.i.c. die spätere Rechtmäßigkeit der Verteidigung durch Anknüpfung an das Vorverhalten überwunden werden.

Dagegen wird eingewandt, dass beide Rechtsfiguren unterschiedliche Funktionen haben und der Anwendungsbereich der – im Übrigen nicht minder umstrittenen²² – *actio libera in causa* nicht auf die Ebene der Rechtswidrigkeit übertragbar sei²³.

Mit dieser Begründung geht der Ansatz eng einher, zur Begründung der a.i.i.c. die Regeln über die mittelbare Täterschaft zu nutzen²⁴, indem gesagt wird, der Täter benutze sich selbst als gerechtfertigt handelndes Werkzeug²⁵. Diese Argumentation aber scheitert laut Kritikern daran, dass der Angriff des Provozierten auf dessen freiem Entschluss beruhe und daher nicht dem Provokateur zugerechnet werden könne²⁶. Daher wird der Anwendungsbereich der a.i.i.c. von Teilen ihrer Befürworter auch beschränkt auf Angriffe unfrei (z.B. schuldlos) Handelnder²⁷.

Die Rechtsprechung differenziert bei der Behandlung der Notwehrprovokation. Bei der Absichtsprovokation wird dem Täter unter Berufung auf den Gedanken des Rechtsmissbrauchs die Notwehr versagt²⁸. Im Falle der sonst schuldhaft herbeigeführten Notwehrlage wendet der BGH die „Drei-Stufen-Theorie“²⁹ an, nach der der Täter zuerst dem Angriff ausweichen muss, dann berechtigt ist, Schutzwehr zu üben und nur für den Fall, dass der Schutz erfolglos bleibt, sich offensiv

zur Wehr setzen (Trutzwehr üben) darf³⁰.

Eine Anerkennung der a.i.i.c. hat der BGH wiederholt abgelehnt³¹. Einiges Aufsehen³² hat daher ein Urteil³³ aus dem Jahr 2000 erregt. Auch dort wurde die a.i.i.c. erst ausdrücklich abgelehnt, die Angeklagten wurden allerdings im Ergebnis wegen fahrlässiger Tötung bestraft, obwohl der Schuss, der zum Tode des Opfers führte, in Notwehr abgegeben wurde. Dafür hat der 3. Strafsenat auf das rechtswidrige Vorverhalten abgestellt, mit der Begründung, einer der Angeklagten habe die Gefahr einer tödlichen Auseinandersetzung geschaffen, was faktisch der Anwendung einer fahrlässigen a.i.i.c. entspricht. Damit bezog sich die ausdrückliche Ablehnung wenige Zeilen vorher offenbar nur auf die vorsätzliche a.i.i.c.

Die Anerkennung der a.i.i.c. in diesem Judikat erfolgte äußerst überraschend. Die vorherigen Urteile, die die Notwehrprovokation betrafen, ließen darauf schließen, dass mit der Anwendung des Rechtsmissbrauchsgedankens und der Anfang der siebziger Jahre entwickelten „Drei-Stufen-Theorie“ zwei Möglich-

§§ 32-55, 11. Auflage, Berlin, 2003, § 32, Rn. 291.

¹⁷ ZStW 84, 15f.; vgl. auch Küper, Der „verschuldete“ rechtfertigende Notstand, Berlin, 1983, S. 41ff.

¹⁸ Krit. Hruschka, a.a.O.

¹⁹ ZStW 75, 541 (555).

²⁰ Roxin, AT I, § 15, Rn 68.

²¹ Lenckner, Notwehr bei provoziertem und verschuldetem Angriff, GA 1961, 299 (303); Baier, Die verschuldete Notwehrlage in strafrechtlicher Beziehung, Marburg, 1928, S. 25; Schröder, JR 1962, 188; für eine unmittelbare Anwendung der *actio libera in causa*; Maurach, Fragen der *actio libera in causa*, JuS 1961, 373f.

²² Vgl. nur Sch/Sch/Lenckner/Perron, StGB, § 20, Rn. 33ff.

²³ Dazu eingehend Constadinidis, a.a.O. S. 52ff m.w.N.; Bitzilekis, a.a.O., S. 156f.

²⁴ Baumann, Rechtsmissbrauch bei der Notwehr, MDR 1962, 349f.; Bertel, ZStW 84, 1ff.; Lenckner, GA 1961, 299ff.; Schröder, JR 1962, S. 188.

²⁵ Lenckner, GA 1961, 303.

²⁶ Stuckenberg, Provozierte Notwehrlage und Actio illicita in causa: Der Meinungsstand im Schrifttum, JA 2001, 894 (903); Bitzilekis, a.a.O., S. 160ff.

²⁷ Sch/Sch/Lenckner/Perron, StGB, § 32, Rn. 61.

²⁸ S.o. Fn. 8.

²⁹ Kühl, AT, § 7, Rn. 258.

³⁰ Vgl. u. a. BGHSt 24, 356; BGHSt 26, 145.

³¹ BGH NJW, 1983, 2267; BGH NSTZ, 1988, 450 (451); BGH NSTZ 1989, 113 (114).

³² Anmerkungen u. a. von Jäger, JR 2001, 512 und Eisele, NSTZ 2001, 416; zust. Mitsch, Notwehr gegen fahrlässig provozierten Angriff – BGH NSTZ 2001, 143, JuS 2001, 751ff.; vgl. auch Stuckenberg, Provozierte Notwehrlage und Actio illicita in causa: Die Entwicklung der Rechtsprechung bis BGH NJW 2001, 1075, JA 2002, 172 (175f.).

³³ BGH NJW 2001, 1075.

keiten gefunden waren, um die Provokationsfälle konstant und einheitlich zu behandeln. Zusätzlich erfolgte die Anwendung der a.i.i.c. ohne jegliche Hinweise auf den Bruch der bisherigen Rechtsprechung des BGH und ohne Stellungnahme zu den kritischen Stimmen in der Literatur. Daher kann angezweifelt werden, ob der Senat wirklich einen solch massiven Einschnitt in der Rechtsprechung des BGH beabsichtigte³⁴.

Die Notwehrprovokation gehört zu den am stärksten diskutierten Themen des Allgemeinen Teils des Strafrechts. Die *actio illicita in causa* ist konstruktiv vielleicht eine Möglichkeit der Vereinfachung auf diesem Gebiet. Dennoch zeigt sich, dass die Figur plausibler Kritik ausgesetzt ist. Insbesondere die mehrfach hervorgebrachte „Unvereinbarkeitsthese“³⁵ ließ sich in der Vergangenheit nicht überzeugend entkräften, hinzu kommen die verfassungsrechtlichen Bedenken wegen eines möglichen Verstoßes gegen Art. 103 II GG und die berechtigte Argumentation, diese Figur weite den objektiven Tatbestand des angeblich verwirklichten Delikts zu sehr aus. Daher erscheint es nachvollziehbar, dass der weitaus überwiegende Teil eine Anerkennung der a.i.i.c. ablehnt.

Die erstmalige Anerkennung der Figur durch den BGH im Jahre 2000 warf dennoch erneut die Frage nach ihrer Daseinsberechtigung auf und gibt den Befürwortern – obwohl bezweifelt werden darf, dass der BGH dies beabsichtigte – neue Rückendeckung.

Daher bleibt insbesondere für den Bereich der Rechtsprechung abzuwarten, wie die Fälle der Notwehrprovokation in Zukunft behandelt werden.

³⁴ So auch *Jäger*, JR 2001, 512 (514); *Stuckenberg*, JA 2002, 172 (176).

³⁵ *Stuckenberg*, JA 2001, 894 (902) .