

# Neue Konstruktionsmöglichkeiten der *actio libera in causa*

Von Prof. Dr. Susanne Beck, LL.M., Hannover\*

## I. Einleitung

Die *actio libera in causa* wird gelegentlich – vielleicht auch nicht ganz zu Unrecht – als praktisch kaum relevantes Glasperlenspiel der Strafrechtsdogmatik angesehen.<sup>1</sup> Insbesondere wenn man mit der Rechtsprechung diese Figur sowohl für die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit als auch für Straßenverkehrsdelikte ablehnt, geht ihre Bedeutung für tatsächliche Verurteilungen ohne Zweifel gegen Null.<sup>2</sup> Doch gibt es aktuelle Konstellationen, die zum einen auf mögliche neue oder neu zu betrachtende Anwendungsfelder für die a.l.i.c. hindeuten, zum anderen auch einen potentiellen neuen (ergänzenden) Lösungsansatz bergen. Im Folgenden möchte ich zunächst an einem Beispiel verdeutlichen, worin neue Anwendungsfelder liegen könnten. Anschließend werde ich hieran einen neuen Lösungsvorschlag zunächst für dieses Beispiel erarbeiten und schließlich darstellen, ob und inwieweit diese auf die traditionellen Fallkonstellationen, bei denen die a.l.i.c. diskutiert wird, übertragbar ist.

## II. Aktuelles Beispiel: Der „Hirnschrittmacher“

Seit einigen Jahren werden zur Heilung bestimmter Krankheiten (derzeit Parkinson und Depressionen, geplant bei Epilepsie, Sucht, starken Kopfschmerzen oder speziellen psychischen Störungen)<sup>3</sup> dauerhaft Elektroden in das Gehirn eingepflanzt, verbunden mit einem im Brust- oder Oberbauchbereich eingesetzten Impulsgeber (Tiefe Hirnstimulation, THS). Ein solcher „Hirnschrittmacher“ kann vom Patienten selbst ein- und ausgeschaltet werden. Auch wenn noch nicht alle Langzeiteffekte bekannt sind, zeigen sich doch – wenn auch nur in einigen wenigen Fällen – bereits jetzt Nebenwirkungen, die für die folgenden Überlegungen von Bedeutung sind. So wird von folgendem Fall berichtet:<sup>4</sup> Ein 45-jähriger Mann, strafrechtlich bisher nicht in Erscheinung getreten, brach unter der Einwirkung der THS ein geparktes Auto auf, so

berichtete es seine Ehefrau. Der Mann selbst jedoch gab an, dass er unter keinerlei Nebenwirkungen leide und sich stattdessen wacher und aufmerksamer fühle. Während des Vorfalls habe er sich über alle Maßen gut und unbesiegbar gefühlt. Auch im Hinblick auf die anstehende Gerichtsverhandlung zeigte er sich gelassen. Eine Verhaltensänderung konnte erst durch Anpassung der Stimulationsparameter erzielt werden.

Hierbei handelt es sich um einen Extremfall, aber auch bei anderen Patienten lassen sich Persönlichkeitsveränderungen beobachten, die ebenfalls zum Teil zu kriminellen Verhalten führten oder führen könnten (kaum kontrollierbare sexuelle Erregung; erhöhte Aggressivität etc.).<sup>5</sup> Ähnliche Beobachtungen finden sich auch bei Patienten, die Psychopharmaka einnehmen, und tatsächlich lassen sich zahlreiche der folgenden Überlegungen auch auf diese Personen übertragen. Zugleich ist zu beachten, dass bei der THS die Persönlichkeitsveränderung, anders als bei Medikamenten, nicht schleichend verläuft, sondern schlagartig mit dem Ein- bzw. Ausschalten auftritt. Aus diesem Grund eignet sich das Beispiel besonders gut, um derartige Wechsel zu beobachten. Normativ relevant ist aber insbesondere, dass sich der Patient, im Gegensatz zu Psychopharmaka, bei der THS mit jedem Ein- oder Ausschalten immer wieder bewusst für bzw. gegen den entsprechenden Zustand entscheiden kann.

Die erhebliche Änderung der Persönlichkeit und die schwere Kontrollierbarkeit der „neuen“ Persönlichkeitsstruktur bzw. der durch die Stimulation hervorgerufenen Impulse,<sup>6</sup> können jedenfalls in einigen Fällen nach Einschalten der Maschine zur Schuldunfähigkeit des Patienten im Sinne von § 20 StGB führen.<sup>7</sup>

Die Möglichkeit des Patienten, sich in schuldfähigem Zustand jedes Mal neu und direkt für die Herbeiführung des schuldunfähigen Zustandes – den er genau kennt – zu entscheiden, lässt vermuten, dass sich Fragen der *actio libera in causa* stellen könnten. Diesbezüglich deutet sich bereits an, dass bei der Prüfung problematisiert werden muss, ob und inwieweit es für die Strafbarkeit eine Rolle spielt, dass ein Patient den Schrittmacher anschaltet, um schwere Symptome

\* Für unermüdliche Unterstützung als kritische und kluge Diskussionspartnerin und Hilfe bei der Recherche danke ich Wiss. Mit. ass. jur. *Frederike Seitz*, M.A.

<sup>1</sup> *Kaspar*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2017, S. 135.

<sup>2</sup> BGH NJW 1997, 137; *Streng*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 20 Rn. 148 ff.; *Puppe*, JuS 1980, 346 (350); *Ranft*, JA 1983, 193 (195); *Paeffgen*, ZStW 1997, 513 (524 f.); *Hardtung*, NVZ 1997, 97.

<sup>3</sup> *Bartsch u.a.*, Cephalalgia 2008, 285; *Rasche/Foethke/Gliemroth u.a.*, Der Schmerz 2006, 439; *Fisher u.a.*, Epilepsia 2010, 899; *Allert/Voges/Koulousakis u.a.*, Krauss u.a. 2004, 246; *Anderson/Burchiel/Hogarth u.a.*, Arch Neurol 62 (2005), 554; *Biseul/Sauleau/Haegelen u.a.*, Neuropsychologia 43 (2005), 1054; *Anderson/Frye/Abulseoud u.a.*, Neuroscience and biobehavioral reviews 36 (2012), 1920; *Delaloye/Holtzheimer*, Dialogues in Clinical Neuroscience 16 (2014), 83.

<sup>4</sup> *Schüpbach/Gargiulo/Welter u.a.*, Neurology 66 (2006), 1811.

<sup>5</sup> *Sensi/Eleopra/Cavallo u.a.*, Parkinsonism and Related Disorders 2004, 247; *Doshi/Bhargava*, Neurol India 2008, 474; *Reich/Volkmann*, Nervenarzt 2014, 147. Einzelne Case-studies hierzu finden sich bei: *Mandat/Hurwitz/Honey*, Acta Neurochirurgica 148 (2006), 895-7, discussion 898.

<sup>6</sup> Einige der Nebenwirkungen lassen sich ggf. durch Anpassung der Stimulationsparameter gut beschränken und kontrollieren. Hier ist die konkrete Situation gemeint – in dieser scheinen die Impulse zumindest in einigen Fällen doch recht schwer kontrollierbar zu sein.

<sup>7</sup> Jedenfalls nach dem Charaktermodell von Schuld, wohl aber auch bei traditionellem Modell bei der Möglichkeit dem Unrechtsbewusstsein entsprechend zu handeln. Vgl. zu diesen Überlegungen im Detail *Seitz*, Die Tiefe Hirnstimulation im Spiegel strafrechtlicher Schuld, (im Erscheinen).

unheilbarer Krankheiten zu verringern, also sozialadäquat<sup>8</sup> handelt.

### III. Meinungsstand zur a.l.i.c.

An dieser Stelle sei zunächst ein kurzer Blick auf den Meinungsstand zur a.l.i.c. geworfen: Bei dieser Figur geht es letztlich um eine Durchbrechung des Koinzidenzprinzips<sup>9</sup> – trotz Schuldunfähigkeit zum Zeitpunkt der Tatausführung soll der Täter deshalb belangt werden können, weil er die Schuldunfähigkeit sowie die anschließende Tatbegehung vorwerfbar herbeigeführt hat.

#### 1. Die Begründungsmodelle

Dieses Ergebnis wird über verschiedene Modelle zu begründen versucht: Nach dem Ausnahmmodell besteht für die entsprechenden Fälle eine gewohnheitsrechtlich gerechtfertigte Ausnahme vom Grundsatz des § 20 StGB, dass die Schuldfähigkeit „bei Begehung der Tat“ vorliegen muss.<sup>10</sup> Das Tatbestandsmodell sieht in der Herbeiführung des Zustands schon eine Tathandlung (hiernach zugleich Versuchsbeginn).<sup>11</sup> Das Ausdehnungsmodell verneint zwar den frühen Versuchsbeginn, dehnt jedoch in diesen Fällen den Tatbestand auf das Vorverhalten aus.<sup>12</sup> Schließlich nimmt das Modell der „mittelbaren Täterschaft“ an, dass sich der Täter selbst zum eigenen, schuldlosen Werkzeug macht.<sup>13</sup>

#### 2. Wesentliche Kritikpunkte

All diese Modelle werden – aus jeweils unterschiedlichen Gründen – kritisiert: Gegen das Ausnahmmodell wird ein Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz nach Art. 103 Abs. 2 GG eingewandt.<sup>14</sup> Gegen die Modelle, die von einem

sehr weiten Tatbegriff ausgehen, wird angeführt, dass dies dem Begriff von „Tat“ in anderen Normen nicht entspreche; hinzu kommt beim Tatbestandsmodell eine schwer vertretbare, weite Vorverlagerung der Versuchsstrafbarkeit.<sup>15</sup> Aber auch die Annahme des Ausdehnungsmodells, nachdem der Versuch erst im Anschluss an die Tathandlung beginnt, ist nicht unproblematisch.<sup>16</sup> Gegen die Annahme einer „mittelbaren Täterschaft“ wird argumentiert, dass diese das Handeln „eines anderen“ erfordere.<sup>17</sup> Es finden sich auch grundsätzlichere Einwände: Zum Teil wird die a.l.i.c. insgesamt in Frage gestellt<sup>18</sup> oder zumindest ihre Erforderlichkeit (für einige Fallkonstellationen) bezweifelt.<sup>19</sup>

#### 3. Die aktuelle Rechtsprechung

Der BGH hat, den Einwänden teilweise folgend, den Anwendungsbereich der a.l.i.c. inzwischen stark eingeschränkt, indem er für Fahrlässigkeitsdelikte ihre Notwendigkeit bestreitet (stattdessen an „das Sich-Betrinken trotz erkennbarer Gefahr einer Trunkenheitsfahrt“<sup>20</sup> anknüpft) und für verhaltensgebundene Delikte einen Verstoß gegen die Wortlautgrenze annimmt.

### IV. Das Dilemma zwischen vorsätzlicher Gefährdung und sozial akzeptierter Herbeiführung

Von dieser allgemeinen Schilderung ausgehend sei nun das oben genannte Beispiel in den Blick genommen. Sicherlich werden hierbei – ebenso wie bereits bei den bisherigen Debatten zur a.l.i.c. – auch dogmatische Fragen zur objektiven Zurechnung des Erfolgs oder des Vorsatzes im konkreten Fall eine zentrale Rolle spielen. Zweifellos wird es viele Konstellationen geben, in denen der Handelnde bei Einschalten des Hirnschrittmachers nur sehr vage ahnen kann, dass er in diesem Zustand irgendeine Straftat begehen könnte<sup>21</sup> – in einem solchen Fall von Vorsatz bezüglich der späteren Handlung, des Kausalverlaufs und des Erfolgs zu sprechen, wäre zweifellos wenig überzeugend. Aber es sind eben auch Situationen denkbar, in denen Erfolg und Handlung hinreichend

<sup>8</sup> Hierzu: *Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 13 Rn. 69 ff. m.w.N.; *Streng*, in: Fahl/Müller/Satzger/Swoboda (Hrsg.), Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015, S. 313.

<sup>9</sup> *Köbel*, JuS 2001, 417.

<sup>10</sup> *Hruschka*, JuS 1968, 554; *ders.*, SchwZStr 1974, 48; *ders.*, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 2. Aufl. 2011, S. 39 ff.; *ders.*, JZ 1989, 310; *ders.*, in: Dölling/Erb (Hrsg.), Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 2002, 2002, S. 145; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 20 Rn. 57 m.w.N., auch zu einer möglichen Gesetzesänderung.

<sup>11</sup> *Roxin* (Fn. 10), § 20 Rn. 59 ff.

<sup>12</sup> *Streng*, ZStW 1989, 273; *ders.*, JZ 1994, 709; *Schmidhäuser*, Die Actio libera in causa: ein symptomatisches Problem der deutschen Strafrechtswissenschaft, 1992, S. 26.

<sup>13</sup> *Hirsch*, NStZ 1997, 230; *ders.*, in: Eser (Hrsg.), Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag, 1998, S. 88 (100 f.), der jedoch betont, dass insofern Unterschiede bestehen, als es sich ja um eine „Handlung des Täters selbst“ handle. Genau dies wird wiederum dann dieser Ansicht auch vorgeworfen.

<sup>14</sup> BGHSt 42, 235: „Das Ausnahmmodell ist mit dem eindeutigen Wortlaut des § 20 StGB [...] nicht in Einklang zu bringen.“ Vgl. hierzu auch exemplarisch *Puppe*, JuS 1980, 346 (347); *Rönnau*, JA 1997, 711.

<sup>15</sup> *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 12 Rn. 12 m.w.N.

<sup>16</sup> *Roxin* (Fn. 10), § 20 Rn. 70; *Hettinger*, JZ 1993, 513; *ders.*, in: Schlüchter (Hrsg.), Kriminalistik und Strafrecht, Festschrift für Friedrich Geerds zum 70. Geburtstag, 1995, S. 623 (637, 644).

<sup>17</sup> *Roxin* (Fn. 10), § 20 Rn. 63.

<sup>18</sup> *Hettinger*, Die „actio libera in causa“ – Strafbarkeit wegen Begehungstat trotz Schuldunfähigkeit?, 1988, S. 450 ff.

<sup>19</sup> BGHSt 42, 235 (236); *Horn*, GA 1969, 289; gegen die Möglichkeit einer a.l.i.c. auch bei Fahrlässigkeit: *Hettinger* (Fn. 18), S. 450 ff.

<sup>20</sup> BGHSt 42, 235 (237).

<sup>21</sup> Wenn etwa der sich in den Zustand Begebende nur ganz allgemein vermutet, dass er in diesem Zustand eine deutlich erhöhte Libido aufweist, reicht das für einen Vorsatz für eine spätere Sexualstraftat nicht aus. Weiß er jedoch sicher, dass er in diesem Zustand jede Frau, der er begegnet, unangemessen berührt, wäre die Bejahung eines Vorsatzes denkbar.

konkret sind, um von einem Vorsatz sprechen zu können; wie es eben auch jetzt schon bei der a.l.i.c. in einigen Fällen getan wird.<sup>22</sup> Doch bleibt dies zum einen vor allem eine Tatfrage und wird deshalb hier nicht im Detail diskutiert; zum anderen sind die hier angestellten Überlegungen, wie im Folgenden zu zeigen sein wird, durchaus auch mit Blick auf die Beurteilung fahrlässigen Verhaltens von Bedeutung.

Stattdessen soll im Folgenden der Fokus darauf gerichtet werden, wie eine Strafbarkeit trotz Schuldunfähigkeit bei Tatbegehung anders als bisher begründet werden könnte – nicht zwingend als ersetzende, sondern vielleicht nur als ergänzende Begründung. Grund für diese Suche ist folgendes Dilemma, das sich im Beispielfall spiegelt: Zum einen besteht eine hohe Verantwortlichkeit desjenigen, der immer wieder, trotz Kenntnis seiner späteren Gefährlichkeit, eine bewusste Entscheidung für das Versetzen in den schuldunfähigen Zustand trifft – ein umfassendes Hinnehmen-Müssen dieser Gefahren durch die Gesellschaft bzw. eine umfassende Verneinung jeder Verantwortlichkeit des Täters ist deshalb jedenfalls nicht unproblematisch. Zum anderen aber scheint es gleichzeitig schwer vertretbar, einem unheilbar Kranken die wesentliche Linderung erheblicher körperlicher Symptome umfassend zu verweigern, nur weil er durch die Therapie die Rechtsgüter anderer in Gefahr bringen könnte.<sup>23</sup>

Die dargestellten Ansichten zur a.l.i.c. liefern keinen überzeugenden Ausweg aus diesem Dilemma, da sich aus ihnen (und zwar aus allen) nur eine Entweder-Oder-Lösung ergibt:

a) Handelt der Täter mit direktem oder zumindest bedingtem Doppelvorsatz, kann grundsätzlich nicht berücksichtigt werden, dass hinter der Tat eigentlich ein soziales akzeptiertes Motiv (die Symptomverringerung) steht. Nur bei Vorliegen eines anerkannten Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrunds entfällt seine Strafbarkeit. Als solcher käme hier (bis auf wenige Fälle, in denen auch ein Notstand denkbar wäre) wohl nur die Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens in Betracht. Diese wird jedoch nach h.M.<sup>24</sup> plausibel für

<sup>22</sup> Soweit man die Möglichkeit jeglicher Vorverlagerung auch in Konstellationen der a.l.i.c. ausschließt, weil der Vorsatz faktisch nicht hinreichend konkret sein könne, dann wäre dies natürlich auch für die hier vorliegenden Fälle anzunehmen. Soweit aber auch nur einige wenige Fälle in Betracht kommen, bei denen man im Sinne einer bewussten Konstruktion einer Gefahr für die Rechtsgüter Dritter in Form der eigenen, schuldunfähigen Person einen bedingten Vorsatz bejahen könnte, wird die hier vorliegende Frage relevant. Gerade bei einem Hirnschrittmacher, bei dem – anders als bei Psychopharmaka – die persönlichkeitsverändernde Wirkung direkt einsetzt und deutlich wahrgenommen werden sowie gesteuert werden kann, scheint die Möglichkeit, Vorsatz zu bejahen, in einigen Fällen durchaus plausibel.

<sup>23</sup> Aus strafrechtlicher Sicht kann hier auch keinesfalls pauschal auf die Möglichkeit des „Wegsperrens“ in eine psychiatrische Klinik verwiesen werden. Das Strafrecht muss vorrangig die Frage nach einer möglichen Verantwortlichkeit bejahen.

<sup>24</sup> Kühl (Fn. 15), § 12 Rn. 12 m.w.N.

vorsätzliche, durch aktives Tun begangene Taten nicht als Entschuldigungsgrund anerkannt.

b) Kommt dagegen – wenn die spätere Tat nicht hinreichend konkretisiert ist – eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit in Betracht, ist nach h.M. zu prüfen, ob die Herbeiführung sorgfaltswidrig war<sup>25</sup> (nach anderer Ansicht wäre die Erlaubtheit des herbeigeführten Risikos zu diskutieren). Dies wäre bei gesellschaftlich akzeptierter Herbeiführung der Schuldunfähigkeit – wie hier eindeutig der Fall – meist zu verneinen, da die Erkennbarkeit einer Gefährlichkeit eben gerade nicht in jedem Fall bedeutet, eine bestimmte Handlung nicht ausführen zu dürfen.

Der Täter macht sich also bei vorsätzlichem Handeln grundsätzlich strafbar, während bei fahrlässigem Handeln zumindest in den hier genannten Fällen aufgrund der Sorgfaltsgemäßheit des Vorverhaltens die Strafbarkeit wohl regelmäßig entfielen. Einen Zwischenweg zwischen umfassender und ausgeschlossener Verantwortlichkeit des Täters wird nicht eröffnet. Das Beispiel des Hirnschrittmachers verdeutlicht m.E., dass diese Entweder-Oder-Lösung nicht umfassend überzeugt: Gegen umfassende Verantwortlichkeit bei Vorsatz spricht die Nachvollziehbarkeit der Gründe für das Einschalten, gegen den umfassenden Ausschluss bei Fahrlässigkeit spricht, dass auch der sozialadäquat Handelnde für die Folgen verantwortlich bleibt.

## V. Der Anknüpfungspunkt des strafrechtlichen Vorwurfs

Die Überlegungen führen zu der Frage, was genau Inhalt des strafrechtlichen Vorwurfs in diesen Fällen ist und ob dieser dogmatisch anders erfasst werden könnte. Richtet sich der Vorwurf tatsächlich gegen das aktive Anschalten des Hirnschrittmachers? Oder nicht vielleicht vielmehr dagegen, dass der Patient keine hinreichenden Vorkehrungen trifft, um die Gesellschaft so weit möglich vor der Gefährlichkeit seines späteren Zustands zu schützen?

Denkbare Vorkehrungen wären etwa: Gegensteuern durch die Medikamente/Therapie; Warnungen im sozialen Umfeld; Engagieren einer zeitweiligen Begleitperson oder dauerhaften Aufsicht; Maßnahmen zur Verfolgung der Bewegungen (Fußfessel?); Zu-Hause-bleiben; gegebenenfalls zeitweiliges Einsperren(-Lassen); in Extremfällen die Klinikeinweisung. Diese Aufzählung zeigt m.E., dass man das Ergreifen derartiger Maßnahmen wohl auch erwarten würde, wenn der Täter nur die Möglichkeit erkennt, dass er später eine Tat begehen könnte.

### 1. Lösungsvorschlag für das Beispiel: Die Unterlassensstrafbarkeit

Es gibt eine Lösung, die dies berücksichtigen kann: Die Unterlassensstrafbarkeit. Der Vorwurf richtet sich nämlich insofern gegen das Unterlassen der möglichen und gebotenen Handlung. Zudem ist die Entschuldigung wegen Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens aufgrund des geringeren Unrechts und Schuldgehalts der Unterlassung plausibler.

<sup>25</sup> Roxin (Fn. 10), § 22 Rn. 142 ff. m.w.N.

a) *Anknüpfungspunkt der Vorwerfbarkeit*

Dies erfordert, dass als Anknüpfungspunkt der Vorwerfbarkeit das Unterlassen – und nicht das aktive Tun (Anschalten) – überhaupt herangezogen werden kann. Für die Frage nach der richtigen Anknüpfung wird üblicherweise auf den so genannten „Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit“<sup>26</sup> abgestellt. Konstruiert man die Tat entsprechend der Figur der *actio libera in causa*, liegt dieser in unserer Konstellation auf dem Anschalten des Hirnschrittmachers, auf dem aktiven Tun. Dabei ist aber zu beachten, dass dieses aktive Tun gerade nicht die Tathandlung im üblichen Sinn darstellt, sondern – je nach entsprechender Ansicht mit unterschiedlicher Begründung – im Sinne einer Vorverlagerung als solche konstruiert wird. Tatsächlich handelt es sich aber um das aktive Herbeiführen eines gefährlichen Zustands, und erst anschließend wird in diesem Zustand die Tat verwirklicht. Das ist aber nicht identisch mit einer aktiven Tathandlung im eigentlichen Sinn – sonst wäre die a.l.i.c. gerade überflüssig. Das Herbeiführen des Zustands hat aus sich heraus noch keine Außenwirkungen, und wenn der Täter dafür sorgt, dass das so bleibt und er in diesem Zustand keine weitere gefährliche Handlung durchführt, ist dieses aktive Tun per se strafrechtlich irrelevant. Der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit liegt deshalb jedenfalls nicht eindeutig auf diesem aktiven Tun.

Für die Annahme, dass er vielmehr durchaus auf dem Unterlassen liegen könnte, spricht dagegen ein Vergleich mit der Situation, dass der Täter den Zustand nicht selbst aktiv herbeiführt, aber erkennt, dass er demnächst in einen schuldunfähigen, für andere gefährlichen Zustand eintritt (z.B. als Epileptiker). In diesem Fall könnte ein strafrechtlicher Vorwurf durchaus an das fehlende Treffen von Vorkehrungen anknüpfen. Dass der Zustand nun vom Täter aktiv herbeigeführt wird, muss daran nichts ändern – denn es geht eben nur um die Herbeiführung eines bestimmten Zustands, und nicht um die konkrete Tathandlung, die Gefährdung oder Verletzung eines Guts bzw. Interesses. Überdies ist zu beachten, dass dieses aktive Herbeiführen des Zustands überhaupt nicht vorwerfbar ist – im Gegenteil: Dieser aktive Teil der Handlung ist vielmehr eindeutig sozialadäquat, er dient der Behandlung einer Krankheit. Darauf den Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit zu legen, erscheint auch deshalb zweifelhaft.

Das ist auch mit Blick auf die zur Konkretisierung der „Schwerpunkt-Formel“ gebildeten Fallgruppen plausibel.<sup>27</sup> In unserem Beispielfall liegt wohl ein zeitliches Zusammentreffen von Tun und Unterlassen vor – der Täter muss spätestens zeitgleich mit dem Einschalten des Hirnschrittmachers Vorkehrungen zur Sicherung der Öffentlichkeit treffen. In dieser Fallgruppe ist – wie etwa im bekannten „Ziegenhaar-Fall“<sup>28</sup> – dann von aktivem Tun auszugehen, wenn die damit verbundenen Vorkehrungen rechtlich vorgeschrieben sind.

Dann nämlich geht es um ein Verhalten, das vom Recht nur unter bestimmten Bedingungen gestattet wird, nämlich wenn die entsprechend vorgeschriebenen Vorkehrungen eingehalten werden. So ist nächtliches Radfahren nur mit angeschalteter Beleuchtung zulässig, das Ausgeben von Arbeitsmaterial nur bei Absicherung gegen Gefährdung der Arbeitnehmer etc. Werden die Vorkehrungen nicht getroffen, liegt der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit dann auf der Durchführung der Handlung und nicht auf dem Unterlassen der Vorkehrungen. Das ist jedoch bei der vom eigenen Körper ausgehenden Gefährlichkeit nicht der Fall. Hier geht es um die sozialadäquate Herbeiführung eines bestimmten körperlichen Zustands, was an sich keineswegs zwingend Außenwirkung hat. Würde der Hirnschrittmacher ausschließlich angeschaltet, wenn der Patient sich (allein) in der eigenen Wohnung befindet, wäre damit keinerlei Gefährdung eines anderen verbunden. Auch gibt es keine rechtlichen Vorgaben für das Herbeiführen eines solchen körperlichen Zustands. Schließlich ist die aktive Handlung eben als solche noch mit keinerlei Rechtsgutsverletzung oder auch nur -gefährdung verbunden, es bedarf vielmehr noch des Zwischenschritts der späteren, in dem herbeigeführten Zustand begangenen Straftat (bzw. des Ansatzens hierzu). All das sind wesentliche Unterschiede zu den geschilderten Konstellationen, in denen man den Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit im aktiven Tun sieht – es ist eben sozialadäquat, noch nicht rechtsgutsgefährdend und aus sich heraus nicht vorwerfbar, sich in den entsprechenden Zustand zu begeben. Vorwerfbar ist es jedoch, das zu tun, ohne entsprechende Vorkehrungen zu treffen – und deshalb ist hier, anders als in diesen Fällen, gerade an das Unterlassen eben dieser Vorkehrungen anzuknüpfen.

Doch muss m.E. in diesen Fällen auf die – zu recht oft kritisierte<sup>29</sup> – Schwerpunkt-Formel nicht einmal zurückgegriffen werden: Es ist für die folgenden Überlegungen sogar ausreichend, hier das Unterlassen als zusätzlichen Anknüpfungspunkt zu einem Tun anzusehen.<sup>30</sup> Hier handelt es sich gerade nicht um ein insofern weit vor der gefährlichen Handlung liegendes Unterlassen, bei dem eine selbstständige Anknüpfung kritisiert werden könnte – vielmehr tritt der gefährliche Zustand kurz nach oder gleichzeitig mit dem Unterlassen von Vorkehrungen ein. Wann genau sich diese Gefährlichkeit realisiert, ist hierfür irrelevant. Die Verhaltensweisen sind nicht derart verwoben, dass nicht an beide angeknüpft werden könnte. Somit ist es plausibel, hier das Unterlassen von entsprechenden Vorkehrungen zum Schutz der Gesellschaft jedenfalls auch als Anknüpfungspunkt des strafrechtlichen Vorwurfs zu wählen.

<sup>26</sup> BGHSt 6, 46 (59); BGHSt 40, 257 (265 f.); BGH NSZ 1999, 607; Heinrich, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 4. Aufl. 2014, Rn. 866 f.; kritisch Arzt, JA 1978, 557 (562); ausdrücklich ablehnend Rotsch, ZIS 2018, 1 (2 ff.).

<sup>27</sup> Einen Überblick liefert: Freund, in: Joecks/Miebach (Fn. 2), § 13 Rn. 1 ff.

<sup>28</sup> RGSt 63, 211.

<sup>29</sup> Vgl. bspw. Freund (Fn. 27), § 13 Rn. 5 f., der davon spricht, dass es sich nach dieser Formel um eine Abgrenzung auf Grund eines Gefühlsurteils handelt, bei dem der Wunsch Vater des Gedankens sei. Rotsch, ZIS 2018 1 (2), spricht von einer „klassischen *petitio principii*“, die „zudem [...] die zutreffende Lösung des Falles verbauen“ könne.

<sup>30</sup> Siehe hierzu auch Roxin (Fn. 10), § 31 Rn. 84 ff.

b) *Garantenstellung*

Für eine Garantenstellung kommen zwei Alternativen aus der Gruppe des Überwachergaranten in Betracht: Zum einen ließe sich aus der Gefährlichkeit des Einschaltens des Hirnschrittmachers eine Art „Ingerenz“ konstruieren (zwar wäre das gefährliche Verhalten nicht zeitlich vorgelagert, sondern fände gleichzeitig mit der Unterlassung statt, dies wäre jedoch wohl dogmatisch überwindbar). Hiergegen spräche jedoch, dass, wie bei der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit, jedenfalls nach h.M.<sup>31</sup> bei jedem sozialadäquatem Vorverhalten die Garantenpflicht zu verneinen wäre. Im Vergleich zu der ursprünglichen Lösung wäre also wenig gewonnen.

Es besteht jedoch noch eine weitere Begründungsmöglichkeit: Teilweise wird an den Beispielen von Epileptikern und Schlafwandlern vertreten, dass jeder Mensch Überwachungsgarant bezüglich der Gefahren, die von seinem Körper ausgehen, ist.<sup>32</sup> Es ist überzeugend, dass der Mensch, der ja die Hoheit und grundsätzliche Kontrolle über seinen Körper hat, dem Grunde nach auch verantwortlich für die von ihm ausgehenden Gefahren ist – und dies (wenn alle anderen Voraussetzungen vorliegen) auch für die Zeitpunkte, in denen er dessen Funktionen, Bewegungen und Auswirkungen nicht mehr geistig kontrollieren kann. Es ist kein Grund ersichtlich, warum diese Verantwortung nicht auch für die Situationen gelten sollte, in denen bestimmte und dem Willen des Täters unterliegende Einwirkungen auf die Körperfunktionen bewirken, dass man zu einer schuldunfähigen und für den Rest der Gesellschaft potentiell gefährlichen Person wird. Im Gegenteil, die Verantwortung erhöht sich gerade dadurch, dass die Entscheidung für diesen Zustand bewusst erfolgte – das gilt unabhängig davon, ob der Patient den Hirnschrittmacher selbst anschaltet oder das Anschalten von medizinischem Personal vorgenommen wird. Gerade weil es sich um eine bewusste Entscheidung handelt, knüpft ja die bisherige Diskussion der a.l.i.c. an dieses aktive Herbeiführen an, übersieht dabei jedoch m.E., dass dies an sich (wie gerade das Beispiel des Hirnschrittmachers zeigt) noch nicht verwerflich sein muss. Verwerflich wäre jedenfalls in diesem Fall vielmehr das Unterlassen von Vorkehrmaßnahmen mit Blick auf diesen Zustand. Wenn also wie hier der Täter weiß, dass bestimmte Veränderungen seiner Gehirnfunktionen ihn zu einer Gefahr für die Gesellschaft werden lassen, und diese Veränderungen dennoch herbeiführt, kann man ihn durchaus als Überwachungsgarant für die Gefahrenquelle „eigener Körper“ ansehen. Dies verpflichtet ihn insbesondere dazu, im schuldfähigen Zustand Vorkehrungen zu treffen, die die Gefahren für die Gesellschaft minimieren.

c) *Weitere Voraussetzungen der Unterlassensstrafbarkeit*

Im Einzelfall wären überdies für die Strafbarkeit insbesondere folgende Fragen relevant:

<sup>31</sup> Vgl. zu dieser Debatte *Heinrich* (Fn. 26), Rn. 957 ff. m.w.N.

<sup>32</sup> *Freund* (Fn. 27), § 13 Rn. 114 f.; *Kaspar/Haverkamp*, JuS 2006, 895.

Welche Vorkehrmaßnahmen sind im konkreten Fall überhaupt möglich? Wie bereits angedeutet können diese von Zuhause-Bleiben über zeitweiliges Einsperren(-Lassen) bis hin zur Klinikeinweisung reichen. Im Fall der Tiefen Hirnstimulation sind aber auch weniger einschneidende Mittel wie die Anpassung der Stimulationsparameter bzw. die Zugabe von Psychopharmaka denkbar.

Welche Vorkehrmaßnahmen sind im Einzelfall geboten? An dieser Stelle ist eine Abwägung zwischen unter anderem der Schwere des drohenden Taterfolgs, der Wahrscheinlichkeit ihres Eintritts, der Härte der jeweiligen Maßnahme und der Gründe für das Handeln des Täters erforderlich – so ist eine Tiefen Hirnstimulation eben anders zu bewerten und in die Abwägung einzubringen als ein dem Spaß dienendes Berauschen.

Ist das Wissen des Täters hinreichend konkret für die Bejahung eines Vorsatzes?<sup>33</sup> Der Täter muss die spätere Tat handlung, den Kausalverlauf und Taterfolg zumindest für möglich halten und eine entsprechend konkrete Vorstellung haben; er muss zudem seine eigene Gefährlichkeit ebenso für möglich halten wie ein Bewusstsein bezüglich der denkbaren und gebotenen Vorkehrmaßnahmen haben.

Welches normgemäße Verhalten ist dem Täter jeweils zumutbar? Letztlich überschneiden sich diese Überlegungen zum Teil mit der Gebotenheit, es ist allerdings durchaus denkbar, dass hier mit Blick auf die Schwere der jeweiligen Krankheit und die Massivität der einzig möglichen Vorkehrungen (Einsperren-Lassen) noch weitere Grenzen zu ziehen sind.

Im Übrigen stellt sich noch die Frage, inwieweit das Unterlassen im konkreten Fall dem aktiven Tun gleichzustellen ist, § 13 Abs. 1 S. 2 StGB.<sup>34</sup> Unabhängig von den Problemen im Zusammenhang mit verhaltensgebundenen Delikten (vgl. V. 2. c) ergeben sich hier jedoch keine zentralen Besonderheiten zu anderen Unterlassenskonstellationen. So gibt es zweifellos Situationen und Delikte, bei denen eine derartige Gleichstellung schwerer zu vertreten ist als bei anderen – das ist aber hier nicht anders als in anderen Fällen des Unterlassens.

Diese Überlegungen führen im Übrigen nicht dazu, dass es sich bei der hier vorgeschlagenen Lösung um eine *omissio libera in causa*<sup>35</sup> handelte, die sich denselben Kritikpunkten wie die *actio libera in causa* ausgesetzt sieht. Vielmehr wer-

<sup>33</sup> Überdies muss selbstverständlich das jeweilige Willenselement vorliegen, d.h. für bedingten Vorsatz eben zumindest das bekannte „billigende Inkauf-Nehmen“. Insofern bestehen hier aber m.E. keine Unterschiede zu anderen Tätergruppen.

<sup>34</sup> *Freund* (Fn. 27), § 13 Rn. 202 ff.; *Heuchemer*, in: v. Heintzel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.2.2018, § 13 Rn. 74; *Kühl*, in: Lackner/Kühl (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 13 Rn. 16.

<sup>35</sup> Zu dieser Figur siehe bspw. *Baier*, GA 1999, 272; *Gimbernat Ordeig*, in: Hefendehl/Hörnle/Greco (Hrsg.), Streitbare Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014, 2014, S. 351.

den von der Konstruktion der *omissio libera in causa* Fälle erfasst, in denen die Gefahr für ein Rechtsgut, zu deren Abwendung der Täter verpflichtet wäre, in einem Moment auftritt, in dem er bereits schuldunfähig ist – der Täter wäre allerdings ebenfalls verpflichtet gewesen, sich handlungs- und schuldfähig zu halten. In unserem Fall geht es aber um ein Versäumnis zu einem Moment, in dem der Täter noch schuldfähig war, also gerade nicht um eine Vorverlagerung der Handlungspflichten.

### 2. Übertragung auf andere Fälle der *a.l.i.c.*

Da die Fragen nach der dogmatischen Auflösung des Einzelfalls nach § 13 StGB m.E. mit der bestehenden Unterlassensdogmatik beantwortbar sind, soll im Folgenden die Übertragbarkeit auf andere Fallkonstellationen der *a.l.i.c.* diskutiert werden.

Zum einen sähe sich dieses Vorgehen den klassischen Einwendungen gegen die *a.l.i.c.* gerade nicht ausgesetzt, da es sich weder um eine Ausnahme noch um eine Ausdehnung des Tatbestands oder eine Überdehnung der mittelbaren Täterschaft handelt. Zum anderen eröffnet es, neben der Gebotenheitsprüfung, im Rahmen der Frage nach einer Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens, Raum für eine Einzelfallabwägung. Beim Hirnschrittmacher oder der Medikamenteneinnahme könnten die Schwere der Krankheit, die Möglichkeit anderer therapeutischer Maßnahmen, die Verminderungschancen des Risikos und die Schwere der drohenden Delikte berücksichtigt werden. Aber auch bei anderen Mitteln der Herbeiführung der Schuldunfähigkeit könnten verschiedene Aspekte einfließen (etwa die größere Sozialadäquanz von Alkoholgenuss im Vergleich zur Einnahme von illegalen Drogen o.ä.). Hierbei handelt es sich zweifellos um eine eher funktionale Betrachtung der dogmatischen Konstruktion; zugleich ist m.E. eben durchaus möglich, diese überzeugende Anpassung an die Umstände der Tat bzw. der Situation des Täters in die bestehende Dogmatik einzufügen. In diesen Überlegungen mögen Elemente der Vorstellung von *Jakobs*<sup>36</sup> stecken, dass man für die Ermöglichung eines pflichtgemäßen Verhaltens bzw. für das Ausbilden einer normgemäß handelnden Persönlichkeit verantwortlich sein kann. M.E. ist das in den hier vorgelegten Überlegungen jedoch nicht abstrakt und auf die Persönlichkeit an sich bezogen, sondern hinreichend konkret – und eben gerade nicht auf die Vermeidung bestimmter Persönlichkeitsveränderungen und schuldunfähigen Zustände gerichtet, sondern gerade auf die Gestaltung von Umständen, die jedem einzelnen die Verhaltensweisen (vom Bekämpfen von Krankheitssymptomen bis zum Berauschen) ermöglichen, die er als wünschenswert erachtet. Insofern handelt es sich nicht nur doch um eine konkrete, tatbezogene Bewertung, sondern auch um eine durchaus realistische und praxisnahe Forderung.

<sup>36</sup> *Jakobs*, Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, 1996, S. 18 f.; wobei sich dies nicht auf das Individuum, sondern auf die normative Konstruktion der Person bezieht.

### a) Fahrlässigkeitsstrafbarkeit

Bei Fahrlässigkeitsstrafbarkeit geht der BGH inzwischen davon aus, dass eine Anknüpfung an die *a.l.i.c.* nicht erforderlich ist. Dem wurde die hier vorgetragene Überlegung zustimmen, wobei jedoch gerade nicht an „das Sich-Betrinken trotz erkennbarer Gefahr einer Trunkenheitsfahrt“<sup>37</sup>, sondern an das Unterlassen von Vorkehrungen angeknüpft würde – zumindest zusätzlich zu dem aktiven Versetzen in den Rauschzustand.

So könnte jemand, der weiß, dass er trotz erheblicher Alkoholisierung häufig Auto fährt und dabei Leib und Leben Dritter gefährdet, seinen Schlüssel abgeben, sein Auto für ihn unzugänglich machen (durch weit weg oder zu Hause parken), vorab ein Taxi bestellen etc. Bei drohender Aggressivität nach Drogenkonsum könnten etwa das Verlassen bestimmter Orte, eine Aufsicht durch Freunde, oder Nachbar-Hause-Gehen möglich und geboten sein.

Für die Vorwerfbarkeit (entweder ausschließlich oder zusätzlich, vgl. oben) an diese Vorkehrungen anzuknüpfen, ist auch aus folgender Überlegung heraus plausibel: Den Bürgern verbliebe dann nämlich grundsätzlich die Möglichkeit, sich in einen schuldunfähigen Zustand zu versetzen – dies würde nicht per se als verwerfliches Handeln eingestuft. Diesen Umgang mit dem eigenen Körper nicht mehr als per se pflichtwidrig zu bewerten entspricht m.E. dem liberalen Menschenbild des Rechtssystems:<sup>38</sup> Wer sich in seiner eigenen Wohnung betrinkt, handelt nicht pflichtwidrig. Den Vorwurf würde ich hiernach dann ansetzen, wenn das Verhalten Auswirkungen auf die Gesamtgesellschaft hätte, weil der Täter nicht hinreichend absichert, dass von ihm in einem bestimmten, gefährlichen Zustand keine Gefahren ausgehen. Insofern ist auch relevant, dass die Frage der späteren Schuldfähigkeit für die Sorgfaltspflicht m.E. keine zentrale Rolle spielt – sondern das Wissen um die spätere eigene Gefährlichkeit und die Weigerung, hiergegen etwas zu unternehmen. M.E. unterscheidet sich die Pflicht eines Trinkers, der weiß, dass er später zwar nicht schuldunfähig, aber dennoch gefährlich wird, bestimmte Vorkehrungen zu treffen, in keiner Weise von der Pflicht desjenigen, der ahnt, dass er bei der späteren Deliktsbegehung auch noch schuldunfähig sein wird.

Die Sorgfaltswidrigkeit bzw. die Garantienpflicht ergeben sich auch hier aus der generellen Überwachungspflicht über die Gefahren, die vom eigenen Körper ausgehen.

Erneut zeigt sich der Vorteil davon, dass im konkreten Einzelfall bewusst geprüft werden kann, welche Vorkehrungen geboten sind: Während bei jemandem, der nur gelegentlich unter erheblichem Alkoholeinfluss vergisst, die Rechnung zu bezahlen, eine Vorabinformation des Gastwirts aus-

<sup>37</sup> BGHSt 42, 235 (237).

<sup>38</sup> Zum „Menschenbild“ im Strafrecht siehe *Jeschek*, Das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform, 1957; *Schild*, Dimensionen der Schuldunfähigkeit, 1990, S. 3; *Hörnle*, in: Sieber/Dannecker/Kindhäuser/Vogel/Walter (Hrsg.), Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht, Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen, Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, 2008, S. 325.

reichen dürfte, wäre bei einem Drogenabhängigen, der unter dem Einfluss halluzinogener Rauschmittel andere Menschen angreift, ggf. Einsperren-Lassen geboten.

*b) Vorsatzstrafbarkeit*

Im Vergleich dazu deutlich seltener sind Taten, bei denen der Täter sowohl bezüglich des Sich-Versetzens in den schuldunfähigen Zustand als auch bezüglich der späteren Straftat mit direktem oder auch nur bedingtem Vorsatz handelt.<sup>39</sup> Denn in vielen Fällen wird es an der hinreichenden Konkretetheit des Vorsatzes zum Zeitpunkt der Herbeiführung der Schuldunfähigkeit fehlen. Dennoch gibt es solche Konstellationen, und gerade an ihnen zeigt sich die Plausibilität der hier gewählten Lösung: Der Täter ist dann gerade aufgrund der positiven Kenntnis seiner Gefährlichkeit verpflichtet, Vorkehrungen zu treffen. Zwar ist er m.E. nicht verpflichtet, sich niemals zu berauschen. Wenn man aber sicher oder zumindest hinreichend sicher weiß, dass man in diesem Zustand eine Straftat begehen wird, entsteht eine Pflicht, diese Gefahr zu verhindern – und sei es letztlich durch ein Sich-Einsperren-Lassen. Somit ist dieses Unterlassen zumindest auch ein geeigneter, eigenständiger Anknüpfungspunkt für den strafrechtlichen Vorwurf.

Dabei ist für den Vorsatz neben dem voluntativen Element mit Blick auf das Wissenselement grundsätzlich ausreichend (aber auch notwendig!), dass der Täter sicher um die spätere Deliktsbegehung und seine eigene Gefährlichkeit weiß, ebenso – im Rahmen einer Parallelwertung in der Laiensphäre – um seine Pflicht, die von seinem eigenen Körper ausgehenden Gefahren zu kontrollieren. Er muss schließlich um die Möglichkeit wissen, die Gesellschaft vor sich zu schützen. Eine umfassende Konkretisierung bezüglich der spezifischen Maßnahme, die er hätte ergreifen müssen, ist dagegen nicht erforderlich, solange er sich mit Blick auf einen möglichen konkreten Erfolg und seine diesbezügliche Garantenpflicht „für das Untätigbleiben entscheidet, obwohl er weiß, dass er tätig werden müsste“.<sup>40</sup>

Problematischer erscheint die Konstruktion in Fällen, in denen der Täter sich absichtlich in den Zustand versetzt, entweder um Mut zur Tat zu fassen, oder um wegen Schuldunfähigkeit nicht bestraft zu werden. Es ist jedenfalls nicht unplausibel, hier den Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit in dem verwerflichen, absichtlichen Tun zu sehen. Ohne Zweifel steigert die Absicht dessen Unwertgehalt erheblich. Zugleich ließe sich aber mit Blick auf die im Rahmen von Fahrlässigkeit und bedingtem Vorsatz dargelegten Überlegungen auch ein Erst-Recht-Schluss der Form anführen, dass der den Zustand absichtlich herbeiführende Täter aufgrund der Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts gerade besonders verpflichtet ist, Vorkehrungen zu treffen (auch wenn dies seinem Willen widerspricht). Also ist auch dieses Unterlassen besonders vorwerfbar. Die Absicht alleine muss deshalb noch nicht zu

<sup>39</sup> Zum Doppelvorsatz siehe *Kühl* (Fn. 34), § 20 Rn. 26; *Streng* (Fn. 2), § 20 Rn. 141 ff.; *Eschelbach*, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 34), § 20 Rn. 74 ff.

<sup>40</sup> *Heinrich* (Fn. 26), Rn. 911.

einer Verschiebung des Schwerpunkts der Vorwerfbarkeit auf das aktive Tun führen.

Davon, dass sich die von seinem in den Funktionen veränderten Körper ausgehende Gefahr in der Verletzung realisieren wird, hat der Täter auch in diesen Fällen Kenntnis – es ist gerade das Ziel seiner Handlung. Damit entsteht unabhängig vom entgegenstehenden Willen eine rechtliche Pflicht, die Realisierung dieser Gefahr als Überwacher zu verhindern.<sup>41</sup>

*c) Verhaltensgebundene Delikte*

Wie alle oben erläuterten Meinungen zur a.l.i.c. ist auch der hier vorgeschlagene Lösungsweg mit der Sonderproblematik der verhaltensgebundenen Delikte (insbesondere die insofern praxisrelevanten §§ 315b, 315c StGB) konfrontiert.<sup>42</sup> Und tatsächlich ist zuzugeben, dass auch die Lösung über die Unterlassensstrafbarkeit diese Fälle dogmatisch nicht einholen kann: „Führen eines Kraftfahrzeugs“ ist nur in ganz wenigen Ausnahmefällen durch Unterlassen begehbar.<sup>43</sup> Doch ist dies m.E. hinzunehmen. Der lückenhafte Charakter des Strafrechts kann eben nicht in allen Fällen durch die Dogmatik „verbessert“ werden (wenn dies überhaupt eine Verbesserung wäre). Einige Normen sehen bestimmte Tathandlungen als derart verwerflich an, dass sie der Strafe bedürfen<sup>44</sup>. Der Unwertgehalt ergibt sich also gerade hieraus – es entspricht daher nicht dem Gesetzeszweck, andere Verhaltensweisen (wie nach einigen Ansichten zur a.l.i.c. das „Sich-Berauschen“ oder nach dem hier vorgeschlagenen Vorgehen das Unterlassen von Vorkehrmaßnahmen) zu sanktionieren. Dass bei dem Vergleich mit anderen Straftaten ein gewisses Unbehagen verbleibt, liegt in der Natur dieser Delikte und ist im Strafrecht aufgrund der Wortlautgrenze zu akzeptieren.

<sup>41</sup> Damit soll die Unterscheidung zwischen aktivem Tun und Unterlassen keineswegs umfassend aufgegeben werden (vgl. zu einem solchen Vorgehen etwa *Herzberg*, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972, S. 323 ff.). Die Forderung ergibt sich aus der besonderen Konstellation der späteren Schuldunfähigkeit und daraus, dass m.E. der zentrale Vorwurf nicht im Berauschen an sich liegt.

<sup>42</sup> Insofern liegt die strafbarkeitsbegründende Verwerflichkeit eben gerade in der Begehung des eigenhändigen Aktes, also weder in der Herbeiführung des schuldunfähigen Zustands noch im Unterlassen von Vorkehrmaßnahmen. Dies betrifft überdies (insofern plausibel *Roxin* [Fn. 10], § 20 Rn. 62) Delikte, bei denen bestimmte Tät ereigenschaften gefordert werden, die zum Zeitpunkt der Herbeiführung des schuldunfähigen Zustands – und damit auch zum spätestmöglichen Zeitpunkt eines in Schuldfähigkeit begangenen Unterlassens von Vorkehrmaßnahmen – noch nicht vorliegen, wie z.B. Eidespflicht.

<sup>43</sup> Unzureichende Absicherung nach Ende der Fahrt, a.A. auch für diese Delikte BayObLGSt 1978, 128.

<sup>44</sup> Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts: *Vormbaum*, ZStW 2011, 660; *Kulhanek*, ZIS 2014, 674.

## **VI. Zusammenfassung**

Die Konstruktion der a.l.i.c. ist in der Strafrechtsdogmatik seit langem umstritten. Bei genauerer Betrachtung muss sich der Vorwurf in vielen der unter diesem Begriff diskutierten Fälle jedoch nicht gegen das aktive Herbeiführen eines Zustands der Schuldunfähigkeit richten, sondern kann sich – oft wohl sogar ausschließlich, jedenfalls aber zusätzlich – auf das Unterlassen von Vorkehrmaßnahmen gegen die Gefährdung der Gesellschaft in diesem Zustand beziehen. Dies zeigt sich deutlich am Beispiel von Personen unter Einwirkung von THS, lässt sich aber auch auf klassischer Weise im Rahmen der a.l.i.c. diskutierte Konstellationen übertragen, wie etwa die absichtliche Begehung eines Delikts in vorsätzlich herbeigeführter Schuldunfähigkeit oder auch die fahrlässige Verursachung der Schuldunfähigkeit durch Konsumieren von Alkohol in Verbindung mit Fahrlässigkeit bezüglich einer späteren Straftat. Im Einzelfall muss dann konkret geklärt werden, welche Vorkehrmaßnahmen möglich, welche geboten sind, wie weit die Garantspflicht des Täters reicht, und insbesondere auch, ob sein Vorsatz bezüglich der unterlassenen Vorkehrungen und des Erfolgs konkret genug war bzw. ob hinreichende (objektive und subjektive) Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit vorlagen und schließlich, welches normgemäße Verhalten dem Täter zumutbar war. Gerade diese Einzelfallbezogenheit ist aber – wie sich am gewählten Beispiel des Hirnschrittmachers zeigt – ein zentraler Vorteil der hier vorgeschlagenen Lösung. Somit spricht jedenfalls eine funktionale Betrachtung für ihre Einführung; und diese Funktionalität lässt sich auch hinreichend plausibel in die bestehenden dogmatischen Figuren des Unterlassens einpassen.