

Jan C. Joerden

Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder)

ACTIO LIBERA IN SE UND ACTIO LIBERA IN (SUA) CAUSA IM STRAFRECHT UND BEI SUPEREROGATORISCHEM VERHALTEN*

Zusammenfassung

Dieser Artikel befasst sich mit dem Phänomen der *actio libera in causa*. Mit diesem Ausdruck werden traditionell diejenigen Fallkonstellationen in Recht und Ethik bezeichnet, in denen eine Person eine Handlung im Zustand der Zurechnungsunfähigkeit begeht, aber für diesen Zustand selbst verantwortlich ist. So etwa in einem Fall, in dem der A im Zustand der Volltrunkenheit den B erschlägt, aber wegen seiner Volltrunkenheit dafür nicht verantwortlich gemacht werden kann (vgl. § 20 dStGB). Fraglich ist nun, ob man ihn wegen der Tötung des B gleichwohl zur Verantwortung ziehen kann, wenn man bedenkt, dass er den Zustand der Volltrunkenheit selbst frei herbeigeführt hat. Diskutiert werden dazu vertretene Modelle der Zurechnung im Strafrecht. Weiterhin werden Beispiele aus dem Bereich supererogatorischen Handelns hinzugezogen, die auch darauf hinweisen, welche Zurechnungsmodelle man im Strafrecht bei Fällen einer *actio libera in causa* bevorzugen sollte.

349

Schlüsselwörter:

actio libera in causa, Zurechnung, Strafrecht, Supererogation

ACTIO LIBERA IN SE AND ACTIO LIBERA IN (SUA) CAUSA IN CRIMINAL LAW AND SUPEREROGATORY BEHAVIOUR

Abstract

This article deals with the phenomenon of the *actio libera in causa*. With this expression traditionally those case constellations in law and ethics are denoted in which a person commits an act in a state of mental incapacity, but is responsible for this state himself.

* Der nachfolgende Beitrag ist *Professor Dr. Andrzej M. Kaniowski* mit herzlichen Glückwünschen zu seinem 70. Geburtstag gewidmet. Verbunden sei diese Widmung mit ebenso herzlichem Dank für die langjährige intensive Zusammenarbeit auf den Feldern der Ethik, der Philosophie und des Rechts.

For example, in a case in which A kills B while A is completely drunk, and cannot be held responsible for killing because he is completely drunk (see Sec. 20 of the German Criminal Code). It is now questionable whether one can still hold A accountable for killing B, considering that he himself freely brought about his own state of full drunkenness. In this context represented models of imputation in criminal law will be discussed. Furthermore, examples from the area of supererogatory action are used, in order to indicate which model of imputation should be preferred in criminal law cases of *actio libera in causa*.

Keywords:

actio libera in causa, Imputation, Criminal Law, Supererogation

1. ZUM BEGRIFFSFELD DER *ACTIO LIBERA*

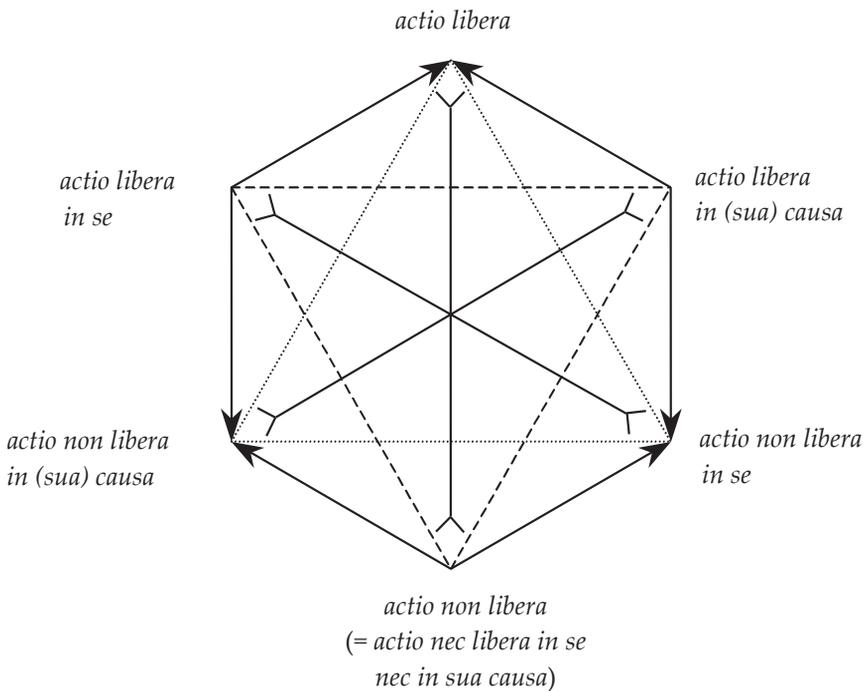
Der Gedanke der Unterscheidung einer *actio libera in (sua) causa* (wörtlich: „in ihrer Ursache freie Handlung“) von einer *actio libera in se* („an sich selbst betrachtet freie Handlung“) lässt sich zumindest bis zur *Nikomachischen Ethik* des Aristoteles zurückverfolgen (vgl. Hruschka, 2003: 687 ff.).¹ Er beruht auf der Überlegung, dass es Fälle geben kann, in denen eine Handlung zwar im Moment ihrer Vornahme als *unfrei* und daher an sich als nicht zurechenbar anzusehen ist, diese Unfreiheit aber auf das (freie) Verhalten des Handelnden selbst zurückgeführt werden kann und daher die Handlung doch als *frei* anzusehen ist. Obwohl demnach eine solche Handlung keine *actio libera in se* darstellt, kommt doch ihre Zurechnung als *actio libera in (sua) causa* in Betracht, sofern sie gleichsam in ihrem Ursprung, bzw. in ihrer Ursache (*causa*), frei war. Im Ergebnis ist folglich nicht nur die *actio libera in se*, sondern auch die *actio libera in (sua) causa* als eine freie Handlung (*actio libera*) anzusehen, und deshalb sind beide dem Handelnden grundsätzlich zurechenbar. Demgegenüber ist eine Verhaltensweise, die weder an sich selbst betrachtet noch in ihrer Ursache frei ist (*actio non libera*), keine freie Handlung und deshalb auch nicht zurechenbar.

Die logischen Zusammenhänge zwischen den drei hier verwendeten Grundbegriffen (*actio libera in se*, *actio libera in [sua] causa* und *actio non libera*) sowie den ihnen korrespondierenden Negationsbegriffen lassen sich in einem strukturell dem logischen Sechseck² gleichenden, Sechseck zusammenfassen. Wie man sieht, besteht zwischen den drei soeben genannten Grundbegriffen jeweils paarweise die logische Beziehung der *Exklusion*,

¹ Vgl. zur Geschichte des Begriffs auch Hruschka (1988: 343 ff. m. w. N.).

² Näher zum *logischen Sechseck* und seinen Verwendungsmöglichkeiten bei entsprechend strukturierten Begriffsfeldern Joerden (2018: 173 ff.; 2019: 169 ff.).

weil sich diese Grundbegriffe wechselseitig ausschließen,³ aber durchaus jeweils zwei von ihnen zugleich nicht vorliegen können, und zwar genau dann, wenn der dritte Begriff erfüllt ist. Außerdem impliziert jeder Grundbegriff die Negate der beiden jeweils anderen Grundbegriffe, was durch die *Implikationspfeile* in der Zeichnung dargestellt wird. Zwischen den drei Negaten besteht jeweils die logische Beziehung der Disjunktion, weil diese Begriffe nicht nur einzeln, sondern auch jeweils zwei dieser Begriffe zugleich erfüllt sein können, und zwar genau dann, wenn der dritte, nicht negierte, Grundbegriff erfüllt ist.⁴



→ = Implikation; = Disjunktion; ----- = Exklusion; >< = Kontravalenz

³ Das gilt (hinsichtlich desselben Zurechnungsausschlusses) insbesondere auch für das logische Verhältnis von *actio libera in se* und *actio libera in (sua) causa*, da die letztere gerade voraussetzt, dass keine *actio libera in se* vorliegt. Und umgekehrt kann eine *actio libera in se* auch nie zugleich eine *actio libera in (sua) causa* sein, weil sonst eine doppelte Zurechnung desselben Erfolges gegeben wäre; vielmehr kommt die *actio libera in (sua) causa* überhaupt nur dann in Betracht, wenn die Feststellung einer *actio libera in se* gescheitert ist.

⁴ Geht es nicht um den Begriff der Handlung (*actio*), sondern um den einer Unterlassung (*omissio*), lässt sich ein entsprechendes Sechseck zeichnen, in dem das Wort *actio* jeweils durch das Wort *omissio* ersetzt wird.

2. ACTIO LIBERA IN CAUSA ALS ZURECHNUNGSFIGUR

Die klassischen Fälle, die im Rahmen der Denkfigur einer *actio libera in (sua) causa* im Strafrecht zur Diskussion stehen, sind insbesondere Fälle der Begehung einer Straftat in einem Zustand alkoholischer⁵ Beraus- schung, der eine Zurechnung dieser Tat als frei eigentlich ausschließen würde (*actio non libera in se*).⁶ Man fragt hier allerdings, ob es denn nicht eine Rolle spielt, wenn der Handelnde sich zuvor (freiwillig) selbst be- trunken hat. Nimmt man einmal den extremen Fall, dass der Handelnde sogar in Kenntnis der juristischen Konsequenzen einer Beraus- chung für die Zurechenbarkeit seiner Handlung als Straftat gerade darauf abgezielt hat, diesen Zustand der Zurechnungsunfähigkeit bei sich selbst herbeizu- führen, um seine Tat (z.B. die Tötung eines Menschen) straflos begehen zu können, so wird die rechtliche Brisanz dieses Vorgehens deutlich: Sollte es ein potentieller Straftäter tatsächlich in der Hand haben, dass seine Tat nicht bestraft wird, da er dafür sorgen kann, dass ihm die Tat wegen des von ihm selbst herbeigeführten Rauschzustandes nicht zugerechnet wird?

Die Antwort darauf scheint das Rechtsgefühl mit Klarheit zu geben: Nein! Es kann nicht sein, dass jemand einen Zurechnungsausschluss (we- gen des Rauschzustandes) für sich in Anspruch nimmt, den er selbst (ab- sichtlich)⁷ herbeigeführt hat. Diese Überzeugung liegt nahezu allen dies- bezüglichen Diskussionen in Philosophie- und Rechtsgeschichte in der Nachfolge von Aristoteles zugrunde, wobei die „Konstruktionen“, mit de- ren Hilfe man dieses Ergebnis, d.h. (strafrechtliche) Haftung nicht nur für eine *actio libera in se*, sondern auch für eine *actio libera in (sua) causa*, erzielt, durchaus voneinander abweichen mögen (siehe dazu noch die Darstellung der Diskussion im heutigen deutschen Strafrecht im Abschnitt III.1).⁸ Dabei

⁵ Es kann auch irgendein anderes Rauschmittel sein, das dieselben Auswirkungen auf die Schuldfähigkeit hat.

⁶ Ein solcher Zurechnungsausschluss sei hier zumindest vorausgesetzt; vgl. etwa § 20 dStGB. Über die Berechtigung dieses Zurechnungsausschlusses kann man natürlich auch diskutieren; er wird aber in den meisten Rechtsordnungen anerkannt (und zwar regelmäßig als Entschuldigungsgrund) und auch in der historischen Diskussion der Fälle einer *actio libera in causa* zumeist vorausgesetzt.

⁷ Wenn erst einmal die Frage für die absichtliche Herbeiführung geklärt ist, kann man erwägen, die Konstruktion auch auf andere Vorsatzformen und auf fahrlässiges Verhalten zu erweitern.

⁸ Näher zur Argumentations- und Begriffsgeschichte, die sich von Aristoteles ausgehend über die Schriften von Thomas von Aquin, Pufendorf, Kant, Feuerbach bis in die heutige Strafrechtslehre hinein nachweisen lässt, insbesondere bei Hruschka (2003: 687 ff.) und Hettinger (1988; jeweils m. w. N.).

sind die zur Illustration verwendeten Beispiele oft ähnlich, es zeigt sich aber auch, dass sich der Gedanke weit über den in der heutigen Strafrechtslehre oftmals auf die Berausungsproblematik begrenzten Rahmen hinaus erstrecken lässt. So wird etwa der *actio libera in causa*-Gedanke auch auf die Fälle bezogen, in denen eine Person sich (freiwillig) in den Einflussbereich einer Gefahr begibt und nunmehr in dieser Gefahr – wie man heute sagen würde – unzurechenbar zu Lasten Dritter agiert, weil er der Gefahr im eigenen Interesse ausweichen will. Hier ist ganz analog zu der Problematik der oben skizzierten freiwilligen Berausung zu fragen, ob ihm die an sich nicht zurechenbare Handlung in der Gefahrensituation nicht doch zugerechnet werden kann, weil er die Gefahr selbst (mit) herbeigeführt hat.⁹

Bei Kant kommt zusätzlich zum Ausdruck, dass der *actio libera in causa*-Gedanke sich auch auf die Problematik der Fahrlässigkeit beziehen lässt. Denn wer aus Unvorsichtigkeit eine Handlung vornimmt, die einen anderen schädigt, ist gleichsam *causa libera* seiner eigenen Unwissenheit im Augenblick der Handlungsvornahme. Diese Unwissenheit würde ihn eigentlich entlasten (sein Vorsatz entfällt); ihm wird sein Verhalten aber doch vorgeworfen wird, weil er selbst seine Unwissenheit zu vertreten hat (er hätte sich besser informieren können bzw. besser aufpassen können). Dies gilt etwa für einen Autofahrer, der nicht weiß, dass er mit seinem Verhalten (z.B. unvorsichtiges „Schneiden“ der Kurven) einen Unfall verursacht, bei dem es zum Tod eines anderen Verkehrsteilnehmers kommt. Hier wird er zwar nicht wegen einer Vorsatztat (also etwa wegen Totschlags gemäß § 212 dStGB) verurteilt, da er ja gar nicht wusste, was er tat, aber doch für sein Verhalten wegen einer korrespondierenden Fahrlässigkeitstat (Fahrlässige Tötung gemäß § 222 dStGB) zur Verantwortung gezogen.¹⁰

In einer Passage in der von Vigilantius angefertigten Nachschrift einer Vorlesung Immanuel Kants über Moralphilosophie werden denn auch die hier bereits hervorgehobenen Grundbegriffe der Handlungslehre in sehr knapper, eleganter Weise zueinander in Beziehung gesetzt (V-MS/Vigil, XXVII: 563).

Die *consectaria facti libera sive moralia*, so nämlich aus der Freiheit des Handelnden entspringen, sind allein imputabel, das *oppositum* sind alle *eventus inevitabiles*, und in *delictis* die *delicta fortunae*, von denen man nicht die Ursache ist oder sie nicht einsieht, oder die man nicht in seiner Gewalt hat:

⁹ Hierauf läuft insbesondere die Fassung der aktuellen Strafrechtsnorm des § 35 Abs. 1, S. 2 dStGB hinaus, die eine Entschuldigung des Täters wegen Notstands dann ausschließt, wenn der Notstandstäter die Gefahr „selbst verursacht“ hat; näher dazu unten im Abschnitt III.2.

¹⁰ Dass die Fahrlässigkeitstat dabei zumeist milder bestraft wird als die korrespondierende Vorsatztat, ist eine davon getrennt zu betrachtende Frage der Bewertung solcher Fahrlässigkeitstaten.

nämlich 1) sie gehen über die Kräfte eines Menschen, oder 2) der Mensch hat sie nicht vorhersehen können, oder 3) sie doch nicht hindern können, 4) oder es war ihm moralisch nicht erlaubt, oder er nicht befugt, sie zu hindern; von allen diesen Umständen gilt die Regel: *ultra posse nemo obligatur*, und sie sind nicht imputabel.

Jedoch ist diese Impotenz zu handeln oder eine Handlung zu unterlassen, die hier als absolut angenommen wird, nur dann nicht imputabel, insofern der Handelnde nicht *causa libera* dieser Impotenz ist, oder sie nur durch eine Bedingung entstand, die in ihm lag. *Causa causati est causa causae*.

Mit der Vorsicht hätte er z.B. den Erfolg einsehen können, – die nächste Ursache war zwar zufällig, aber die entfernte lag in ihm.

Dieser Schlüsseltext zur Zurechnung macht den Zusammenhang zwischen anerkannten Grundsätzen deutlich und expliziert damit zugleich den Inhalt des Begriffsfeldes der *actio libera*: Die von der Formel *causa causae est etiam causa causati* („Die Ursache der Ursache ist auch die Ursache des Verursachten“)¹¹ gebildete Ursachenreihe für die Verantwortungszuschreibung wird erst an der Stelle abgebrochen, an der das Wirken einer freien Ursache (*causa libera*) konstatiert werden kann. Hier hat man es *prima facie* mit dem Beginn einer *actio libera in se* zu tun, wenn etwa der A mit seinem Gewehr auf den B schießt, um ihn mit diesem Schuss zu Tode zu bringen. Denn hier beginnt der A eine auf den Tod des B zulaufende Ursachenkette, indem er gezielt sein Gewehr abfeuert. A ist dabei die erste *causa libera*, auf die man trifft, wenn man vom Tod des B zurück die Kette der Ursachen für diesen verfolgt. Alle Zwischenursachen (Zünden des Schießpulvers nach Auslösen des Gewehrs, Herausfliegen der Kugel aus dem Gewehr, Auftreffen der Kugel auf dem Körper des B etc.) sind keine „freien“ Ursachen und können deshalb bei der Zuschreibung der Verantwortlichkeit für den Tod des B übersprungen werden. Erst das Erreichen einer freien Ursache in diesem Regress entlang der Ursachenkette charakterisiert den Beginn einer *actio libera* (hier: einer Tötungshandlung).

Eine solche *freie* Ursache ist mit dem Verhalten eines Menschen allerdings nicht gegeben, wenn – wie Kant dies in der obigen Passage ausdrückt – ihre Vermeidung über die „Kräfte eines Menschen“ geht, oder eine ähnliche Lage besteht – *ultra posse nemo obligatur*.¹² Solche Verhaltensweisen sind nicht zurechenbar, „nicht imputabel“ (sie sind bloße „delicta fortunae“). Sie sind aber doch (ausnahmsweise) „imputabel“,

¹¹ Zu Inhalt und Entwicklung dieser Formel, die die Transitivität der Kausalrelation kennzeichnet und deren Verwendung sich bis ins 13. Jahrhundert nachweisen lässt, näher Joerden (1988:16 ff.).

¹² „Über sein Können hinaus ist niemand verpflichtet“. Näher zu Herkunft und Bedeutung dieses Satzes für Strafrecht und Moralphilosophie vgl. Joerden (2017: 425 ff. m. w. N.).

wenn der Handelnde *causa libera* „dieser Impotenz zu handeln oder eine Handlung zu unterlassen“ ist; denn dann gilt wieder der von Kant hier mit *causa causati est causa causae*¹³ wiedergegebene allgemeine Zurechnungsgrundsatz. Die entsprechende Handlung wird als *actio libera in (sua) causa* bezeichnet.

3. ACTIO LIBERA IN (SUA) CAUSA BEI DELIKTEN UND BEI SUPEREROGATORISCHEM VERHALTEN

Dass es sich bei dem Gedanken der *actio libera in causa* um einen Zurechnungsgedanken (und nicht um einen Bewertungsgedanken) handelt, kann man deutlich erkennen, wenn man die Fälle so verändert, dass es nicht mehr um die Zurechnung (straf-) rechtswidrigen, schuldhaften Verhaltens, sondern um die Zurechnung supererogatorischen,¹⁴ lobenswerten Verhaltens geht. Dann zeigt sich die Unabhängigkeit des Gedankens der *actio libera (in se bzw. in causa)* von dem jeweiligen Bewertungssystem. Das macht etwa der Fall deutlich, in dem eine Person im Zustand einer die Zurechnung ausschließenden Trunkenheit einer wohlthätigen Organisation einen nennenswerten Geldbetrag spendet (*actio non libera in se*). Von der Frage der zivilrechtlichen Wirksamkeit einer solchen Vermögensübertragung einmal ganz abgesehen, würden wir den großzügigen Spender in diesem Fall kaum für sein Verhalten loben, was wir zweifellos täten, wenn er voll zurechenbar gehandelt hätte. Wusste der Spender allerdings im Vorhinein, dass er im Zustand der erheblichen Trunkenheit besonders spendabel zu sein pflegt, und hat er sich gerade im Hinblick darauf („vorsätzlich“) betrunken, etwa um seinen im Zustand der Nüchternheit überwiegenden Geiz auszuschalten, so wird man ihn für seine Spende – eine *actio libera in (sua) causa* – durchaus loben können und wollen.

355

¹³ Diese von Kant abgekürzte und leicht umgestellte Formel zur Transitivität der Kausalrelation (vgl. ob. bei Fn. 11) sollte (übersetzt) so betont werden: „Ursache des Verursachten ist [auch] die Ursache der Ursache“, damit klar wird, dass die Formel von Kant mit identischem Sinn wie die ursprüngliche Formel verwendet wird.

¹⁴ Supererogatorisch ist ein Verhalten, das über die Grenzen der Anforderungen eines rechtlichen oder moralischen Normensystems in aner kennenswerter Weise hinausgeht; z.B. die Spende eines Geldbetrages für eine wohlthätige Organisation. – Näher zum Begriff der Supererogation und deren Begriffsgeschichte Heyd, 1982; zur systematischen Begriffsbildung Joerden, 2018: 195 ff. m. w. N.; siehe ausführlich zur Supererogation auch Kaniowski, 1999.

Auch wenn es um die Interpretation fahrlässigen Verhaltens als *actio libera in causa* geht (vgl. oben), kann man Parallelen zum supererogatorischen Verhalten ziehen; allerdings ist dabei darauf zu achten, dass es um eine „Fahrlässigkeit“ gehen muss, die sich zu Lasten des Handelnden selbst auswirkt, da supererogatorisches Verhalten immer mit einem Opfer des Handelnden, gleichsam einer „altruistischen Selbstschädigung“, verbunden sein muss.¹⁵ Wer sich deshalb etwa bei einer Rettungshandlung zugunsten eines anderen unvorsichtiger Weise selbst verletzt, weil er weniger auf die eigene Unversehrtheit achtet als auf die Rettung des unmittelbar Gefährdeten, ist für seine unvorsichtige Selbstverletzung durchaus zu loben, weil es lobenswert ist, dass er die Vorsicht in eigenen Angelegenheiten hintangestellt hat. Möglicherweise würden wir ihn *noch mehr* loben, wenn er die eigene Verletzung „sehenden Auges“, also vorsätzlich, auf sich genommen hätte, um dem Gefährdeten zu helfen. Aber diese „größere Lobwürdigkeit“ beruht wieder lediglich auf der parallelen Wertung bei der Differenzierung zwischen fahrlässigem und vorsätzlichem Verhalten und deren unterschiedlicher Strafwürdigkeit bei Delikten.

Das moderne Strafrecht kennt über die schon genannten Beispiele hinaus eine ganze Reihe von Anwendungsbereichen des *actio libera in causa*-Gedankens. Allerdings steht im Vordergrund der Diskussion regelmäßig die im Kontext von § 20 dStGB¹⁶ betrachtete selbstverschuldete Berausung eines Delinquenten mit Alkohol (oder anderen Drogen). Mit dieser Thematik wird deshalb die Analyse der Bereiche zu beginnen haben, in denen sich der *actio libera in causa*-Gedanke wiederfindet. In gewisser Weise wird damit allerdings das Pferd vom Schweif her aufgezümt, da die Diskussion zu § 20 dStGB ja (erst) auf der Ebene der strafrechtlichen Schuld stattfindet, während der *actio libera in causa*-Gedanke schon auf der sog. Tatbestandsebene – wie soeben im Hinblick auf Fahrlässigkeitstaten schon angedeutet wurde und im Folgenden noch näher zu zeigen sein wird – eine maßgebliche Rolle spielen kann. In Bezug auf diese Fälle findet sich die Bezeichnung als *actio libera in causa* indes nur selten (vgl. Hruschka, 2003: 687 ff.). Dadurch entsteht der – wie sich ebenfalls noch zeigen wird – unzutreffende Eindruck, es gehe dabei *nur* um Probleme bei der Anwendung von § 20 dStGB. Doch zunächst zu dem gleichsam etablierten Anwendungsbereich der Denkfigur der *actio libera in causa* im Bereich der Schuld.

¹⁵ Näher dazu Joerden, 2015: 221 ff.

¹⁶ § 20 dStGB lautet: „Schuldunfähigkeit wegen seelischer Störungen. Ohne Schuld handelt, wer bei Begehung der Tat wegen einer krankhaften seelischen Störung, wegen einer tiefgreifenden Bewußtseinsstörung oder wegen Schwachsinnns oder einer schweren anderen seelischen Abartigkeit unfähig ist, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln“.

1. Handeln (und Unterlassen) im Zustand selbstverschuldeter Berauschung

Über die Straf*würdigkeit* einer Handlung (oder Unterlassung) im Zustand selbstverschuldeter Berauschung besteht im heutigen strafrechtlichen Schrifttum in Deutschland im Ergebnis weitgehend Einigkeit, und zwar über alle Modelle¹⁷ zur Begründung der Strafbarkeit des Täters in den Fällen der *actio libera in causa* hinweg.¹⁸ Selbst diejenigen Autoren,¹⁹ die die Begründung für eine Strafbarkeit der *actio libera in causa* im Kontext von § 20 dStGB vor dem Hintergrund der derzeitigen Gesetzeslage in Deutschland prinzipiell ablehnen, sind doch der Ansicht, dass das Verhalten des Täters – insgesamt betrachtet – zu bestrafen ist, allerdings nicht hinsichtlich der im Zustand der Berauschung vorgenommenen Handlung, sondern hinsichtlich der *actio praecedens*, also der Berauschung als solcher, und zwar unter Anwendung von § 323a dStGB.²⁰

Das in diesen Wertungen sich manifestierende Rechtsgefühl, ein solcher Täter habe doch Strafe verdient, beruht nun auch durchaus auf plausiblen Grundlagen der Zurechnungslehre. Denn, wenn es so ist, dass eine Handlung nicht zugerechnet werden kann, weil sie nicht frei ist, weil sie m. a. W. keine *actio libera* ist, dann muss der Regress entlang der Ursachenkette auf der Suche nach einem Verantwortlichen nicht abgebrochen werden.²¹ Vielmehr kann und muss gefragt werden, wie es denn zu dieser Unfreiheit gekommen ist; und es gilt einmal mehr der Grundsatz *causa causae est etiam causa causati*; oder schon in einer Formulierung von J. L. Banniza (1773: Lib. I, Cap. V, § 86):

357

¹⁷ Zu nennen sind insbesondere das Tatbestandsmodell und das Ausnahmmodell; näher dazu noch im Folgenden.

¹⁸ Vgl. dazu etwa die Darstellung bei Perron/Weißer (Schönke/Schröder, 2019: § 20 Rn. 33 ff.).

¹⁹ So im Ergebnis etwa Hettinger (1988; m. w. N.).

²⁰ Vgl. wiederum Hettinger (1988; m. w. N.) – § 323a dStGB lautet: „*Vollrausch*. (1) Wer sich vorsätzlich oder fahrlässig durch alkoholische Getränke oder andere berauschende Mittel in einen Rausch versetzt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn er in diesem Zustand eine rechtswidrige Tat begeht und ihretwegen nicht bestraft werden kann, weil er infolge des Rausches schuldunfähig war oder weil dies nicht auszuschließen ist. (2) Die Strafe darf nicht schwerer sein als die Strafe, die für die im Rausch begangene Tat angedroht ist. (3) Die Tat wird nur auf Antrag, mit Ermächtigung oder auf Strafverlangen verfolgt, wenn die Rausch Tat nur auf Antrag, mit Ermächtigung oder auf Strafverlangen verfolgt werden könnte“. – An der Rechtsfolge (maximal 5 Jahre Freiheitsentzug) sieht man indes, dass diese Vorschrift nicht hinreicht, etwa das Unrecht eines Mordes (§ 211 dStGB) als Rausch Tat angemessen zu erfassen, da dieser als *actio libera in se* zwingend mit lebenslangem Freiheitsentzug bestraft werden würde.

²¹ Zum diesbezüglichen Regressverbot, wenn eine *causa libera* erreicht worden ist, vgl. oben, Abschnitt II.

Non tamen quis existimet, & has personas [...] recensitas ab omni crimine, omnique poena esse immunes: sic 1) ...; 2) ...; 3) summe ebrii, qui sponte se inebriarunt, quoniam is, qui est causa causae, quoque est causa causati, seu effectus illius, qui exinde fluit.²²

Die Probleme der Fälle einer *actio libera in causa* bei selbstverschuldetem Rauschzustand liegen daher offenkundig nicht bei dem Dass der Bestrafung, sondern beim Wofür? Die meisten dieser Probleme ergeben sich dabei aus einem weiteren Grundsatz des Strafrechts: *nullum crimen, nulla poena sine lege* (kein Verbrechen, keine Strafe ohne Gesetz) (vgl. Feuerbach, 1801: § 24), wobei hier vor allem die Ausdifferenzierungen ...*sine lege scripta* und ...*sine lege certa* wichtig sind.²³ Die Probleme liegen einerseits in der aktuellen Fassung des § 20 dStGB²⁴ und andererseits in der Fassung der Deliktstatbestände²⁵ im Besonderen Teil des deutschen Strafgesetzbuches.

Die Begriffsgeschichte der *actio libera in causa* zeigt (vgl. Hruschka, 2003: 687 ff.), dass der ursprüngliche Gedanke einer *actio libera in (sua) causa* („eine in ihrer Ursache freie Handlung“) den komplementären Begriff einer *actio libera in se* („eine an sich selbst betrachtet freie Handlung“) voraussetzt. Eine Handlung, die frei ist, d.h. ohne das Eingreifen von (gesetzlich anerkannten) Zurechnungsausschlussgründen vorgenommen wird, ist eine *actio libera in se* und damit voll zurechenbar. Greift indes ein Zurechnungsausschlussgrund ein, kann nur noch (wenn überhaupt)²⁶ eine *actio non libera in se* („eine an sich selbst betrachtet unfreie Handlung“) gegeben sein. Das schließt allerdings nicht die Möglichkeit aus, dass eine *actio libera in (sua) causa* („eine in ihrer Ursache freie Handlung“) vorliegt. Diese kommt dann in Betracht, wenn der Handelnde für das Vorliegen der Umstände selbst verantwortlich ist, die an sich den Zurechnungsausschluss eingreifen lassen (vgl. oben Abschnitt II.). Denn dann lässt sich die

358

²² Übersetzt: „Das bedeutet allerdings nicht, dass die genannten Personen in jedem Fall von Verbrechen und Strafe frei wären: So [...] insbesondere (nicht) die Betrunkenen, die sich freiwillig betrunken haben, da ja der, der die Ursache der Ursache ist, auch die Ursache des Verursachten ist, bzw. des Effektes, der daraus hervorgeht“.

²³ Vgl. dazu Art. 103 Abs. 2 Grundgesetz und § 1 dStGB.

²⁴ Hiermit hat vor allem das sog. Ausnahmemodell Probleme; weiter dazu noch im Folgenden.

²⁵ Hiermit hat vor allem das sog. Tatbestandsmodell Probleme; weiter dazu noch im Folgenden.

²⁶ Bei einer *Handlung* bleibt es auch dann, wenn nicht ausnahmsweise der Zurechnungsausschluss des Fehlens einer Handlungsalternative eingreift, da es dann schon an einer Handlung fehlt; eine Situation, die mithin zwar nicht von dem Handlungsbegriff umfasst wird, aber durchaus von dem Begriff der *actio*, weil dieser auch anwendbar ist, wenn keine Handlungsalternative mehr besteht: *actio non libera*; vgl. ob. Abschnitt I. Gemeint sind im obigen Text indes in erster Linie die Zurechnungsausschlüsse, die strafrechtlichen Entschuldigungsgründen korrespondieren; vgl. dazu noch näher nachfolgenden Abschnitt III.4.

an sich unfreie Handlung demjenigen, der den ihn begünstigenden Zurechnungsausschluss freiverantwortlich herbeigeführt hat, *ausnahmsweise* doch zurechnen.

Bezieht man dieses Verständnis des *actio libera in causa*-Gedankens auf die Regelung des § 20 dStGB, so zeigt sich indes, dass diese Vorschrift des deutschen Rechts beim Wort genommen eine Bestrafung der *actio libera in causa*, die ja zugleich eine *actio non libera in se* ist, nicht zulässt. Denn § 20 dStGB sieht – anders als parallele Regelungen in anderen Rechtsordnungen²⁷ – *keine Ausnahme* für die Fälle vor, in denen die Zurechnungsunfähigkeit des Handelnden von diesem selbst zu verantworten ist. Das sog. *Ausnahmemodell* (vgl. Hruschka, 2003: 687 ff.) der *actio libera in causa* korrespondiert daher zwar der denkgeschichtlichen Entwicklung des Begriffs und der Logik des Verhältnisses von *actio libera in se* und *actio libera in (sua) causa* (vgl. dazu die obige Skizze in Abschnitt I.), ist aber mit der gegenwärtigen Fassung von § 20 dStGB unvereinbar.²⁸ Das ändert aber natürlich nichts an der Schlüssigkeit des Zurechnungsmodells, das eine *Ausnahme* von dem betreffenden Zurechnungsausschluss vorschlägt, um zur Bestrafung des Handelnden wegen seines Verhaltens zum Zeitpunkt des Vorliegens eben jenes Zurechnungsdefekts zu gelangen. Würde § 20 dStGB eine entsprechende Ausnahme vorsehen, gäbe es insoweit keine Diskussion mehr darüber, ob das Ausnahmemodell nun „richtig“ ist oder nicht;²⁹ man würde die Ausnahmevorschrift schlicht anwenden.

Da dies aber *de lege lata* nicht möglich ist, gibt es Vorschläge, die Problematik anders zu bewältigen. Insbesondere das sog. *Tatbestandsmodell* versucht zu zeigen, dass schon die zu dem Defektzustand (z. B. Rausch) führenden Verhaltensweisen als Beginn der jeweiligen tatbestandsmäßigen Handlung anzusehen seien. Vom Standpunkt einer Zuschreibung von Verantwortlichkeit für einen Erfolg (z. B. den Tod des Opfers) aus betrachtet, ist gegen eine solche Argumentation auch nichts einzuwenden, da auch das Tatbestandsmodell dem Grundsatz folgt, wonach bei einer unfreien Handlung weiter nach deren Ursachen gefragt werden kann und muss (*causa causae est causa causati*) und hier eben kein Regressverbot eingreift, das daran etwas ändern würde. Die Probleme, die mit dieser Vorgehensweise jedoch verbunden sind, liegen auf einer anderen Ebene:³⁰

²⁷ Vgl. etwa Art. 31 § 3 KK; Art. 19 Abs. 4 schweizStGB.

²⁸ Vgl. auch Perron/Weißer (Schönke/Schröder, 2019: § 20 Rn. 33 ff.), § 20 Rn. 35a m. w. N.; daher konsequent Hettinger (1988), der die Anwendung der Rechtsfigur der *actio libera in causa* im deutschen Strafrecht ganz ablehnt und für eine Bestrafung der *actio praecedens* (Sich-Berauschen) aus § 323a dStGB eintritt; vgl. oben bei Fn. 19 und 20.

²⁹ Siehe dazu noch unten Abschnitt III.2. u.a. zu § 35 dStGB.

³⁰ Vgl. auch Hruschka (2003: 687 ff.) dazu, dass der Begriff der *actio libera in causa* für das Tatbestandsmodell nicht passt.

Fraglich ist nämlich, ob man es als den Beginn z.B. einer Tötungshandlung auffassen kann, wenn jemand sich erst im Hinblick auf die Begehung einer Tötungshandlung Mut antrinkt.

Dieses Problem stellt sich vor allem im Hinblick auf die Fassung der Tatbestände des Besonderen Teils des dStGB und den Grundsatz *nullum crimen sine lege certa*. Denn wenn etwa in § 212 dStGB die Worte verwendet werden „Wer einen Menschen tötet [...]“, so ist damit offenbar auf eine Tötungshandlung Bezug genommen und nicht nur auf eine (Mit-) Verursachung des Todeserfolges.³¹ Nun gilt zwar auch für § 212 dStGB nach h.M. die sog. Äquivalenztheorie, wonach auch diejenigen Ursachen als Anknüpfungspunkte für die Zurechnung einer Handlung in Betracht kommen, die zeitlich weit vor dem Eintritt des Erfolges in der Ursachenkette verortet sind. Aber sofern – wie etwa bei der Begehung eines Delikts im Zustand des § 20 dStGB – jedenfalls noch ein Willensentschluss des Täters im Defektzustand erforderlich ist, dürfte sich der *Handlungsbegriff* gegen eine diesen Willensentschluss gleichsam überspringende Konzeption sperren (anders als die oben diskutierte „bloße“ Frage nach der Verantwortlichkeit für den Todeserfolg).³² Denn es erscheint wenig überzeugend, von einer Person zu sagen, sie habe schon mit einer Tötungshandlung begonnen, während sie sich etwa gemütlich zu Hause betrinkt, um dann in einen Fernzug zu steigen und nach Ankunft am Zielbahnhof das Opfer aufzusuchen und es im Zustand des § 20 dStGB zu erschlagen.

Auch dann, wenn der Modus (Handeln bzw. Unterlassen) des Verhaltens wechselt, wird deutlich, worum es hier geht: Wer es (vorsätzlich) unterlässt, ein erforderliches und zuhandenes Medikament einzunehmen, das ihn – wie er weiß – vor dem Wiederaufflackern seiner Geistesstörung i. S. d. § 20 dStGB schützen soll, und dann im Zustand des § 20 dStGB vorsätzlich einen Totschlag begeht, ist für eine Totschlagshandlung verantwortlich und nicht (nur) für eine Tötung durch *Unterlassen*. Demgegenüber ist der Schrankenwärter, der sich bis zum Zustand des § 20 dStGB betrinkt und es dann mit tödlichen Folgen für einen anderen versäumt, die Schranke zu schließen, nicht für eine Tötungshandlung verantwortlich,

³¹ Anders wohl bei der fahrlässigen Tötung gemäß § 222 dStGB, wo es heißt: „Wer durch Fahrlässigkeit den Tod eines Menschen verursacht [...]“, weshalb hier die Figur der *actio libera in causa* nach dem Tatbestandsmodell insofern als weniger problematisch erscheint.

³² Dies verkennt m. E. Jakobs, wenn er es für widersprüchlich erklärt, einerseits eine Verantwortungszuschreibung zu ermöglichen, andererseits aber die Zuschreibung der Herbeiführung des Defektzustandes als Tötungshandlung zu verweigern (vgl. Jakobs, 1998: 105 ff.). Es geht demgegenüber gerade um zwei unterschiedliche Aspekte: (1) die Zuschreibung von Verantwortung als solche und (2) die Beantwortung der Frage, ab wann eine Tötungshandlung konstatiert werden kann.

sondern (nur) für einen Totschlag durch *Unterlassen*. Diese Ergebnisse lassen sich allerdings nur dann erzielen, wenn man dem obigen *Ausnahmemodell* den Vorzug gibt (freilich mit der geschilderten Problematik *de lege lata*). Ein *Tatbestandsmodell* müsste demgegenüber jeweils auf den Verhaltensmodus (Handeln bzw. Unterlassen) beim Herbeiführen des Defektzustandes abstellen und käme dadurch zu wenig plausiblen Ergebnissen.

Demnach erscheint das Tatbestandsmodell nicht geeignet, die Strafbarkeit in den Fällen eines selbstverschuldeten Zurechnungsdefekts adäquat zu begründen, weil die Tatbestände des Besonderen Teils des dStGB eben überwiegend auf *Handlungen* Bezug nehmen und nicht auf „Verursachungen“. Dies alles einmal ganz abgesehen davon, dass das Tatbestandsmodell zumindest in bestimmten Fallkonstellationen in Probleme mit der Fixierung des Versuchsbeginns gerät, indem der „Beginn der tatbestandsmäßigen Handlung“ ja ggf. auf einen Zeitpunkt (Betrinken) vorverlegt wird, zu dem im Regelfall noch nicht einmal der Eintritt in das Versuchsstadium angenommen würde (sog. Vorbereitungsstadium). Dass daraus weitere Probleme hinsichtlich der Möglichkeiten eines strafbefreienden Rücktritts vom Versuch entstehen können, sei hier nur am Rande erwähnt.

Nicht zu überzeugen vermag auch der Ansatz, die beschriebene Problematik über die Figur der mittelbaren Täterschaft i. S. d. § 25 Abs. 1 2. Alt. dStGB zu lösen, wonach der Täter sich selbst als „Werkzeug“ für die Tat verwenden soll. Abgesehen von dem Problem, dass § 25 Abs. 1 2. Alt. dStGB ausdrücklich vom Handeln „durch einen anderen“ spricht und man den (schon) schuldunfähigen Täter im Hinblick auf *denselben* noch nicht schuldunfähigen Täter kaum als einen *anderen* bezeichnen kann,³³ ist auch die Konstruktion ganz unabhängig vom Wortlaut des § 25 Abs. 1 2. Alt. dStGB brüchig.³⁴ Denn es bleibt unklar, wie es eine Tötungshandlung sein kann, sich zu betrinken, wenn *dieselbe* Person noch gar nicht („endgültig“) entschieden hat, dass *sie* im Zustand des Defektes (Rausch) dann eine Tötungshandlung vornehmen wird. Anders als im „Normalfall“ einer mittelbaren Täterschaft, wenn eine *andere* Person zur Tatdurchführung eingesetzt wird, hat der Alleintäter in den hier diskutierten Fällen, seine Entscheidung über die Durchführung der Tat gerade noch nicht gefällt („aus seinem Willen entlassen“), sondern muss sich erst noch („endgültig“) dazu entscheiden. Die These von der *actio*

³³ Das Argument der Inkongruenz mit dem Gesetz *de lege lata* wendet sich also gegen dieses Modell ebenso wie gegen das (schlichte) Tatbestandsmodell und gegen das Ausnahmemodell. *Insofern* besteht *de lege lata* ein argumentatives „Patt“ zwischen den beiden Modellen.

³⁴ Zusätzliche Probleme entstehen bei den sog. eigenhändigen Delikten im Zustand der Zurechnungsunfähigkeit, für die der Täter selbst verantwortlich ist, da bei diesen die Anwendung des Konzepts der mittelbaren Täterschaft von vornherein ausscheidet.

libera in causa als Fall einer mittelbaren Täterschaft des Täters durch sich selbst als sein eigenes Werkzeug käme demgegenüber zu dem wenig plausiblen Ergebnis, der Täter habe *zwei* Tötungshandlungen an demselben Opfer vorgenommen: eine durch sich Sich-Betrinken und eine durch Erschlagen des Opfers im Rauschzustand. Tötungshandlung kann aber nur ein solches Verhalten sein, mit dem der Täter *seine letzte* Entscheidung über die Tat fällt.

Deshalb kann man unter Zugrundelegung des konkurrierenden Ausnahmемодells auch bei Handlungen, die keiner negativen Bewertung unterliegen, sondern supererogatorisch sind, sinnvoll von Fällen einer *actio libera in (sua) causa* reden, wie es etwa der eingangs dieses Beitrags schon erwähnte Fall des (freiwillig) betrunkenen Spenders gezeigt hat. Der Grund dafür, dass man dem Spender sein Verhalten trotz Zurechnungsunfähigkeit wegen seiner Trunkenheit zum Zeitpunkt der Vornahme der Spende zum Verdienst zurechnen kann, liegt in seiner eigenen Verantwortlichkeit für seine Trunkenheit. Diese war für ihn vermeidbar und ihre Nicht-Vermeidung kann ihm folglich zugerechnet werden. Deshalb entfällt der spätere Zurechnungsausschluss und es bleibt möglich, die betreffende Person trotz ihrer Trunkenheit zu loben. Man lobt sie auch nicht etwa für ihre Trunkenheit, sondern für die im Zustand der (selbstverantworteten) Trunkenheit bewirkte Spende.

362

2. Selbstverschuldete Notstandslage

Die Figur der *actio libera in (sua) causa* ist im Strafrecht keineswegs auf den Kontext von § 20 dStGB beschränkt (vgl. Hruschka, 2003: 687 ff.), sie tritt in anderen Bereichen in der aktuellen Debatte nur weniger in Erscheinung, insbesondere dann, wenn das Gesetz bereits eine „Lösung“ bereithält, die den Streit über die Problematik schon im Keim erstickt. Ein wichtiges Beispiel ist dafür § 35 Abs. 1 S. 2 dStGB.³⁵ Danach ist derjenige

³⁵ § 35 dStGB lautet: „Entschuldigender Notstand. (1) Wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib oder Freiheit eine rechtswidrige Tat begeht, um die Gefahr von sich, einem Angehörigen oder einer anderen ihm nahestehenden Person abzuwenden, handelt ohne Schuld. Dies gilt nicht, soweit dem Täter nach den Umständen, namentlich weil er die Gefahr selbst verursacht hat oder weil er in einem besonderen Rechtsverhältnis stand, zugemutet werden konnte, die Gefahr hinzunehmen; jedoch kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 gemildert werden, wenn der Täter nicht mit Rücksicht auf ein besonderes Rechtsverhältnis die Gefahr hinzunehmen hatte. (2) Nimmt der Täter bei Begehung der Tat irrig Umstände an, welche ihn nach Absatz 1 entschuldigen würden, so wird er nur dann bestraft, wenn er den Irrtum vermeiden konnte. Die Strafe ist nach § 49 Abs. 1 zu mildern“.

nicht entschuldigt, der in einer von ihm selbst verschuldeten³⁶ Notstandslage i. S. d. § 35 Abs. 1 S. 2 dStGB eine rechtswidrige (an sich gem. § 35 Abs. 1 S. 1 dStGB entschuldigte) Handlung vornimmt. Dem offenkundig auch hier zugrunde liegenden *actio libera in causa*-Gedanken wird in dieser Vorschrift im Sinne des sog. *Ausnahmemodels* (vgl. dazu im vorangehenden Abschnitt III.1.) Rechnung getragen: Das Handeln in der Situation des § 35 Abs. 1 dStGB ist rechtswidrig und *prima facie* auch schuldhaft; es wird aber in einer ersten gesetzlichen Ausnahme gem. § 35 Abs. 1 S. 1 dStGB entschuldigt (es ist also keine *actio libera in se*, sondern eine *actio non libera in se*), wovon das Gesetz gem. § 35 Abs. 1 S. 2 dStGB dann allerdings eine (Gegen-) Ausnahme macht, wenn der Handelnde die Gefahr *selbst verschuldet* hat; ihm wird mithin sein Verhalten als eine *actio libera in (sua) causa* vorgeworfen. Bereits bei *A. Baumgarten* wird dies so formuliert (Baumgarten, 1911: 47).

In dem Sich-in-Notstandversetzen liegt die Verursachung des üblen Erfolges, dessen unmittelbare Ursache die Notstandshandlung ist (*causa causae est causa causati*).³⁷

Als es die Vorschrift des § 35 dStGB noch nicht gab (also vor der Neufassung des Allgemeinen Teils des dStGB per 1.1.1975), kannte die in mancher Hinsicht parallele Vorschrift des § 52 dStGB a. F. zum entschuldigenden Nötigungsnotstand noch keine Ausnahmeregelung. Es nimmt daher nicht Wunder, dass das Bayerische Oberste Landesgericht (*BayObLG*) in einem Fall,³⁸ in dem sich eine Person durch Mitgehen über die Staatsgrenze der damaligen Tschechoslowakei mit anderen Personen, die sich später als Agenten eines fremden Geheimdienstes herausstellten, schuldhaft in eine Nötigungsnotstandslage gebracht und in dieser Notstandslage, um die ihr nunmehr drohende Gefahr für ihre körperliche Unversehrtheit abzuwenden, eine rechtswidrige Handlung (Verrat von Staatsgeheimnissen) vorgenommen hatte, auf der Basis der alten Gesetzesfassung die „Grundsätze der *actio libera in causa*“ zur Anwendung brachte. Im Verständnis des *BayObLG* von einer *actio libera in causa* im Rahmen des Tatbestandsmodells erfolgte seine Argumentation durch Vorverlegung der tatbestandlichen Handlung auf den Zeitpunkt der Herbeiführung der Notstandslage,

³⁶ Das Gesetz verwendet – ungenau – den Ausdruck „verursacht“. Gemeint ist nach ganz herrschender Meinung (schon wegen des verfassungsrechtlich anerkannten Schuldprinzips) „verschuldet“.

³⁷ Wobei hier allerdings noch die bloße „Verursachung“ der Notstandslage und nicht die Verschuldung als haftungsauslösender Grund bezeichnet wird. Aber jene „Verursachung“ ist natürlich nur dann vorwerfbar, wenn sie ihrerseits „frei“ (*causa libera*) und das heißt (bis auf die Ebene der Verschuldung) voll zurechenbar ist.

³⁸ Vgl. *BayObLG* MDR 1955, 247.

sodass das Mitgehen mit den späteren Nötigern von dem Gericht schon als Anfang der Ausführung der Landesverratshandlung interpretiert wurde. Mit Einführung von § 35 dStGB (mit seiner Ausnahmeklausel in § 35 Abs. 1 S. 2 dStGB) waren Konstruktionen wie diese obsolet und wurden im Rahmen einer selbstverschuldeten (Nötigungs-)Notstandslage auch nicht mehr verwendet. Ein ähnliches Schicksal würde aller Voraussicht nach auch die Diskussion im Strafrecht um die *actio libera in causa* ereilen, wenn eine Ausnahme zu § 20 dStGB in das deutsche Strafgesetzbuch aufgenommen würde.³⁹

3. Selbstverschuldete Unkenntnis (u.a. Fahrlässigkeit)

Aber der Gedanke der *actio libera in causa* ist auch dort virulent, wo man ihn vielleicht nicht gleich vermuten würde, und zwar in allen Fällen, in denen Unwissenheit bzw. Irrtum des Handelnden (oder Unterlassenden) grundsätzlich zu einem Ausschluss der Zurechnung führen würde. Also insbesondere bei Unkenntnis der relevanten Tatsachenlage (Tatumstandsirrtum i. S. d. § 16 Abs. 1 S. 1 dStGB⁴⁰), bei Unkenntnis der relevanten Rechtslage (Verbotsirrtum i. S. d. § 17 dStGB⁴¹), bei irriger Annahme einer (entschuldigenden) Notstandslage i. S. d. § 35 Abs. 1 dStGB (Irrtum i. S. d. § 35 Abs. 2 dStGB) und ganz entsprechend bei den gesetzlich in Deutschland nicht explizit geregelten Irrtümern, wie insbesondere der irrigen Annahme rechtfertigender Umstände. Beruht in diesen Fällen die Unkenntnis bzw. der Irrtum auf einem zurechenbaren Verhalten des Täters, war die Unwissenheit bzw. der Irrtum m. a. W. für den Täter *vermeidbar*, dann findet (in aller Regel) trotz des an sich gegebenen Zurechnungsausschlusses eine Zurechnung statt (vgl. Fahrlässigkeitshaftung bei vielen Delikten; weiterhin § 17 S. 2, § 35 Abs. 2 S. 1 dStGB). Die betreffende Handlung ist dann zwar keine *actio libera in se*, aber eine *actio libera in (sua) causa*, weil der Täter seine Unwissenheit bzw. seinen Irrtum selbst verschuldet hat.⁴²

³⁹ Wie bereits in Polen und in der Schweiz; vgl. ob. Fn. 27.

⁴⁰ § 16 dStGB lautet: „*Irrtum über Tatumstände*. (1) Wer bei Begehung der Tat einen Umstand nicht kennt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört, handelt nicht vorsätzlich. Die Strafbarkeit wegen fahrlässiger Begehung bleibt unberührt. (2) Wer bei Begehung der Tat irrig Umstände annimmt, welche den Tatbestand eines milderen Gesetzes verwirklichen würden, kann wegen vorsätzlicher Begehung nur nach dem milderen Gesetz bestraft werden“.

⁴¹ § 17 dStGB lautet: „*Verbotsirrtum*. Fehlt dem Täter bei Begehung der Tat die Einsicht, Unrecht zu tun, so handelt er ohne Schuld, wenn er diesen Irrtum nicht vermeiden konnte. Konnte der Täter den Irrtum vermeiden, so kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 gemildert werden“.

⁴² Vgl. noch einmal die bei ob. Fn. 11 wiedergegebene Passage in der Vorlesungsnachschrift von *Vigilantius* a. E.

Dass in diesen Fällen der *actio libera in causa* im Gesetz manchmal eine obligatorische „Strafmilderung“ (bzw. „Unrechtsreduktion“) vorgenommen wird (so etwa, wenn gegenüber dem Vorsatzdelikt die separate Kategorie des Fahrlässigkeitsdelikts gebildet wird) und teilweise nur eine fakultative Strafmilderung erfolgt (vgl. etwa § 17 S. 2 dStGB), ist kein zwingendes Erfordernis und daher der insofern kontingenten Fassung des Gesetzestextes zuzuschreiben (gerade bei der Fahrlässigkeit könnte man sich *de lege ferenda* auch eine nur fakultative Strafmilderung gegenüber dem Vorsatzdelikt vorstellen, womit etwa die bekannten Probleme mit der Grenze zwischen *dolus eventualis* und sog. bewusster Fahrlässigkeit ebenfalls beseitigt wären⁴³).

Wie gezeigt, beruht auch die strafrechtliche Fahrlässigkeitshaftung auf dem Grundgedanken einer *actio libera in causa*, weil hier der Täter für das ihn eigentlich entlastende Fehlen des jeweiligen Tatwissens (also für das Fehlen des Vorsatzes) selbst verantwortlich ist und ihm daher seine Tat als *actio libera in causa* zugerechnet werden kann. Es stellt sich die Frage, ob es zu deliktisch-fahrlässigem Verhalten auch eine entsprechende Parallele bei lobwürdigem Verhalten geben kann. Es müsste sich dabei um ein Verhalten handeln, das eigentlich der betreffenden Person nicht zugerechnet werden kann, weil sie gar nicht weiß, dass sie sich supererogatorisch verhält, d.h. sie handelt in diesem Sinne ohne Vorsatz, weil sie die Tatsachenlage verkennet.⁴⁴ Anders jedoch als beim Fahrlässigkeitsdelikt, bei dem der Täter den *fremdschädigenden* Effekt seines Verhaltens nicht kennt (A erschießt den B, ohne zu erkennen, dass B in seine Schussbahn geraten ist), übersieht der fahrlässig supererogatorisch Handelnde den *selbstschädigenden* Effekt seines Verhaltens, wie etwa in folgendem Fall.

A verliert Geld aus seiner Hosentasche, das einem am Straßenrand sitzenden Bettler in den Schoß fällt. Dieses Verlieren ist eine fahrlässige supererogatorische Handlung, allerdings ein Fall *unbewusster* Fahrlässigkeit. Es ist durchaus fraglich, ob man hier dem A für seine „Spende“ ein Lob aussprechen sollte. Das dürfte davon abhängen, ob für ein lobenswertes Verhalten nicht nur diese selbstständige Komponente, sondern auch ein Bewusstsein im Sinne der bewussten Erbringung eines Opfers für erforderlich gehalten wird. Damit stellt sich eine Frage, die ganz ähnlich auch bei der strafrechtlichen Fahrlässigkeitshaftung aufzuwerfen ist, wenn es um Fälle unbewusster Fahrlässigkeit geht: Reicht das Unrecht bei unbewusster Fahrlässigkeit wirklich für einen strafrechtlichen Vorwurf aus? Die Frage wird bekanntlich in der strafrechtlichen Literatur unterschiedlich beantwortet, so

⁴³ Vgl. dazu näher Joerden (2018: 167 ff.).

⁴⁴ Verkennet sie die „Rechtslage“, liegt ein anderer Fall vor, der den Fällen des Verbotsirrtums im Strafrecht („Rechtsfahrlässigkeit“) korrespondiert; dazu später, hier geht es um „Tatsachenfahrlässigkeit“.

wie wohl auch die Ansichten bei der Beurteilung einer unbewusst fahrlässigen supererogatorischen Handlung auseinander gehen werden.

Durchaus anders sieht dies bei bewusst fahrlässigem Verhalten⁴⁵ aus. Dieses führt im strafrechtlichen Kontext (zumindest bei entsprechend schweren Delikten der Fremdschädigung) unbestritten zu einer Haftung. Denkt man sich einen Parallellfall aus dem Bereich lobender Zurechnung, bei dem eine hinreichende Schwere der Selbstschädigung (bzw. -gefährdung) in Rede steht, wird man wohl auch zur Zurechnung von Verdienst und zur Erteilung eines Lobes kommen; z.B.: A will den ihm unbekanntem B aus einem brennenden Haus retten und dabei erhebliche eigene Gefahren von Verbrennungen in Kauf nehmen; dass er sich in Lebensgefahr bringt, hält er zwar für möglich, geht dieses Risiko aber bewusst ein, wobei er allerdings auf einen guten Ausgang vertraut. Kommt A bei seiner Rettungsaktion zu Tode wird man ihn sicher (postum) loben, resp. auszeichnen.⁴⁶ Oder um ein weiteres Beispiel zu verwenden, bei dem der Handelnde noch zu Lebzeiten gelobt werden kann: A ist sich nicht sicher, ob er das Geld, das er dem Bedürftigen B leiht, auch zurück bekommen wird (so wie es ihm von B gutgläubig versprochen wurde). Im Hinblick auf die Bedürftigkeit von B geht A dieses Risiko indes bewusst ein.

4. Selbstverschuldete Handlungsunfähigkeit

Ein Verhalten, bei dem die betreffende Person keine Handlungsalternative hat, kann ihr grundsätzlich weder als ihre Handlung noch als ihre Unterlassung zugerechnet werden. Dazu folgendes Beispiel: Wer einen auf der Straße liegenden Menschen tödlich überfährt, obwohl er sofort mit allen Mitteln bremst, tötet nicht, obwohl er doch den Tod des Opfers verursacht. Dass dies keine Tötungshandlung ist, liegt daran, dass der Fahrer das Überrollen des Opfers nicht vermeiden konnte, also keine Alternative zu seinem Verhalten hatte (*ultra posse nemo obligatur*). Auch derjenige, der als Nichtschwimmer einen Menschen in einem See ertrinken sieht, tötet diesen nicht durch Unterlassen, weil er – mangels anderer Möglichkeiten, zu helfen oder Hilfe herbeizuholen⁴⁷ – ihn gar nicht retten konnte.

⁴⁵ Wobei ich hier die Debatte nicht vertiefen kann, ob sich bewusst fahrlässiges Verhalten von vorsätzlichem Verhalten abgrenzen lässt, und wenn ja, wie; dazu vgl. Joerden (2018: 167 ff.).

⁴⁶ Dies allerdings nur dann, wenn seine Risikobereitschaft im konkreten Fall nicht als „unvernünftig“ zu klassifizieren ist, weil er ein Risiko eingegangen ist, das man vernünftiger Weise nicht eingehen würde; vgl. zu diesem Ansatz auch OLG Stuttgart, StraFo 2008, 176 ff.

⁴⁷ Davon sei hier ausgegangen, weil er sonst natürlich eine Handlungsalternative hätte, und zwar Hilfe anderer herbeizuholen.

Nun kann man aber in bestimmten Fällen erwägen, trotz Vorliegens einer *actio non libera in se* bzw. einer *omissio non libera in se* auf die Zurechnungsfigur einer *actio* bzw. *omissio libera in (sua) causa* zu rekurrieren. So etwa dann, wenn der Autofahrer im obigen Fall selbst verschuldet hat, dass er nicht mehr effektiv genug bremsen konnte, weil er zuvor zu schnell gefahren war.⁴⁸ Hier könnte man ihm sein Verhalten ausnahmsweise doch als Tötungshandlung zurechnen, nur eben als *actio libera in (sua) causa* und nicht als *actio libera in se*. Und man kann erwägen, den Nichtschwimmer wegen einer *omissio libera in (sua) causa* haftbar zu machen und ihm die Tötung des Ertrinkenden durch Unterlassen trotz des Zurechnungsdefektes zuzurechnen, etwa weil er nicht rechtzeitig schwimmen gelernt hat. Zwar wird eine solche Zurechnung regelmäßig daran scheitern, dass man nicht rechtlich gehalten ist, schwimmen zu lernen, aber die Struktur der möglichen Zurechnung einer solchen *omissio libera in (sua) causa* wird davon nicht berührt.

Legt man demnach in diesen Fällen jeweils die Denkfigur der *actio* (bzw. *omissio*) *libera in (sua) causa* zugrunde, so kann ein Verhalten u. U. auch dann als eine Handlung (bzw. Unterlassung) zugerechnet werden, wenn sie *in se* nicht frei ist, diese Unfreiheit aber wiederum auf zurechenbares Verhalten der betreffenden Person zurückgeführt werden kann. Dass dabei das sog. *Ausnahmемodell* (vgl. oben Abschnitt III.1.) dieses Gedankens die überzeugenderen Ergebnisse liefert (jedenfalls soweit es um den Handlungsbegriff bzw. den Unterlassungsbegriff geht), zeigt der Blick auf die Fallkonstellationen, in denen der Modus (Handeln bzw. Unterlassen) des Verhaltens sich im Hinblick auf die relevanten Zeitpunkte „ändert“: Ist etwa zum Zeitpunkt der Unfreiheit (wegen Handlungsunfähigkeit) eine Handlung des Pflichtadressaten gefordert (z.B. der Schrankenwärter müsste die Schranke öffnen, ist aber wegen Schlafens zu keiner entsprechenden Handlung in der Lage) und beruht seine Unfreiheit auf einer Handlung (z.B. Betrinken), so wäre es kaum verständlich zu machen, mit dem sog. Tatbestandsmodell (oder seinen Spielarten) den Pflichtadressaten wegen eines Totschlags durch Begehen (§ 212 dStGB: ein Verkehrsteilnehmer wird wegen der offen gebliebenen Schranke tödlich überfahren) zur Verantwortung zu ziehen. Allzu marginal erscheint hier das Moment des Handelns, das in dem Trinken liegt. Vielmehr ist der Schrankenwärter wegen seiner Pflichtverletzung zum Zeitpunkt der selbstverschuldeten Unfreiheit aus dem entsprechenden Unterlassungsdelikt (§§ 212, 13 dStGB) haftbar zu machen.

Ganz ähnlich liegt es in dem reziproken Fall, in dem das Verhalten zum Zeitpunkt der Unfreiheit an sich eine Handlung darstellt und der

⁴⁸ Dafür bedarf es dann selbstverständlich wiederum entsprechender Regeln.

Täter zuvor seine Unfreiheit durch ein Unterlassen heraufbeschworen hat; z.B.: Der Pflichtadressat überfährt ein Kind, weil er nicht mehr rechtzeitig bremsen kann, und er konnte nicht mehr rechtzeitig bremsen, weil er es vorher unterlassen hatte, seine Bremsen angemessen zu reparieren. Hier erscheint allein eine Haftung unter Gesichtspunkten eines Begehungsdelikts (Überfahren) adäquat.

Diese Thesen werden wiederum bestätigt, wenn man die Fälle lobender Beurteilung eines Verhaltens in die Betrachtung einbezieht. Auch hier kann zwischen lobenswertem Handeln und lobenswertem Unterlassen unterschieden werden, wenngleich – anders als im Strafrecht – diese Differenzierung nicht so erhebliche Konsequenzen für die Bewertung hat. Im Strafrecht erfordert bekanntlich die Strafbarkeit wegen eines (sog. unechten) Unterlassungsdelikts das Vorliegen einer Garantenstellung, was deutlich macht, dass die Strafbarkeit von Unterlassungen regelmäßig (Ausnahmen bilden die sog. echten Unterlassungsdelikte) von (gegenüber Begehungsdelikten) zusätzlichen Anforderungen begleitet wird. Vergleichbares findet sich bei lobenswertem Verhalten wohl nicht. Gleichwohl lässt sich zwischen lobenswertem Handeln und lobenswertem Unterlassen differenzieren und es ist eine Ordnung bewertender Normen in diesem Kontext durchaus denkbar, die etwa ein Lob für Unterlassungen ganz ausschließt und überhaupt nur ein Lob für Handlungen in Betracht zieht.

368

Als typische Beispiele für lobenswerte *Handlungen* wurden bereits die Geldspende und die Rettung eines Anderen aus Gefahr bei eigener erheblicher Gefährdung des Retters genannt. Beide Handlungen sind deshalb lobenswert, weil sie zugleich für den Handelnden ein Opfer bedeuten und für die andere Person eine Begünstigung herbeiführen. Entsprechendes gilt auch für *Unterlassungen*, so etwa dann, wenn eine Person auf die Beibehaltung einer Schuld bei einem sonst verzweifelnden Schuldner verzichtet. Und doch könnte man sich für solche Fälle eine Position vorstellen, die in der Nicht-Geltendmachung eines Anspruchs eher ein zu missbilligendes Verhalten sieht, indem durch ein solches Verhalten die Säumigkeit von Schuldnern gefördert wird. Es soll hier zwar nicht behauptet werden, dass diese Position die allein zutreffende ist (eher das Gegenteil dürfte der Fall zu sein); aber dass sie zumindest vertretbar erscheint, macht deutlich, dass die Bewertung von Unterlassungen auch im Kontext supererogatorischen Verhaltens durchaus anders ausfallen kann, als die von Handlungen.

Das aber legt es nahe, auch im Bereich supererogatorischen Verhaltens zwischen der Herbeiführung eines Zustands fehlender Handlungsfähigkeit durch Handeln einerseits und durch Unterlassen andererseits durchaus zu differenzieren, aber den Modus des schließlich erfolgenden Verhaltens davon *nicht* abhängig zu machen, sondern danach auszurichten, welcher der Modus des betreffenden Verhaltens wäre, hätte die betreffende

Person noch eine Handlungsalternative gehabt. Um es wieder an einem Beispiel zu zeigen: Wer ein Schlafmittel einnimmt und es deshalb unterlässt, eine rechtmäßige Forderung zu einem Zeitpunkt einzutreiben, zu dem sie noch geltend gemacht werden kann (danach tritt z.B. Verjährung ein), weil er den Schuldner nicht in die Verzweiflung treiben will, ist wohl zu loben. Aber nicht wegen seines Handelns (Einnahme des Schlafmittels) ist er zu loben, sondern wegen der Unterlassung der Schuldeintreibung.

5. Selbstverschuldete Rechtfertigungslage; sog. *actio illicita in causa*

Unter dem Stichwort *actio illicita in causa* wird eine Rechtsfigur diskutiert, die offenkundig eine Parallelbildung zu der Zurechnungsfigur der *actio libera in causa* sein soll.⁴⁹ Es geht dabei um Fälle, in denen eine Person in einer konkreten Situation bei ihrem Handeln (oder Unterlassen)⁵⁰ gerechtfertigt ist, es aber selbst zu verantworten hat, dass es zu dieser Rechtfertigungslage gekommen ist. Insbesondere wird dies diskutiert für die Fälle einer schuldhaft herbeigeführten Notwehrlage i. S. d. § 32 dStGB (sog. Notwehrprovokation) und einer schuldhaft herbeigeführten Notstandslage i. S. d. § 34 dStGB (Provokation eines rechtfertigenden Notstands).

Wenige Probleme mit dieser Denkfigur hat dabei das sog. *Tatbestandsmodell* der *actio libera in causa*. Denn dieses Modell greift einfach auf das Täterverhalten zum Zeitpunkt der Herbeiführung der Rechtfertigungslage zurück und sieht bereits darin die tatbestandsmäßige und zu diesem Zeitpunkt auch noch rechtswidrige Handlung (bzw. Unterlassung). Dass es im Hinblick auf den Handlungsbegriff wenig plausibel erscheint, etwa die Provokation einer Notwehrlage als den Beginn der Ausführungshandlung der Verteidigung gegen den provozierten Angriff zu bezeichnen, ist dabei kein spezifisches Problem der *actio illicita in causa*, sondern spricht schon gegen die Konzeption des Tatbestandsmodells bei der *actio libera in causa* (vgl. obigen Abschnitt III.1.). Schwieriger ist dagegen die Frage zu beantworten, ob es überhaupt Fälle einer Notwehrprovokation geben kann, da dann, wenn schon die Provokation voraussetzungsgemäß rechtswidrig (*illicitum*) war, der provozierte Angriff in der Regel (soweit insbesondere die Grenzen der Erforderlichkeit und der Sozialadäquanz eingehalten werden) seinerseits rechtmäßig ist. Denn der Provozierte wehrt sich dann nach § 32 dStGB (Notwehr) gerechtfertigt gegen den Provozierenden, womit die dagegen gerichtete Abwehrhandlung des Provozierten ohnehin

⁴⁹ Ausführlich zur Problematik etwa Küper (1983); s. a. zusammenfassend Satzger (2006: 513 ff.).

⁵⁰ Bei Unterlassungen wird der Ausdruck *omissio in causa* verwendet.

ihrerseits rechtswidrig ist und es gar keine Probleme mit einer selbstverschuldeten Rechtfertigungslage geben kann. Überschreitet demgegenüber der Provozierte die Grenzen erlaubter Verteidigung, so ist sein Verhalten rechtswidrig und wird vom Provozierenden zu Recht abgewehrt.

„Echte“ Provokationsfälle, bei denen der Provozierte rechtswidrig handelt, kommen daher nur dann in Betracht, wenn der Provozierende sich mit seinem Provokationsverhalten (z.B. Sticheleien etc.) unterhalb der Schwelle der Rechtswidrigkeit hält. Dann aber ist der Gedanke der *actio illicita in causa* schon *per definitionem* nicht anwendbar und man muss auf andere (allerdings schwer plausibel zu machende) Argumente (Rechtsmissbrauch, Unfairness) zurückgreifen, um das Verteidigungsrecht des Provozierenden gegen den Angriff des Provozierten noch einzuschränken. Denkbar erscheint immerhin eine Reduktion des „scharfen“ Notwehrrechts auf das dahinter stehende allgemeine Defensivnotstandsrecht (§ 228 BGB analog), das insbesondere dann kein Abwehrrecht vorsieht, falls der Gefährdete (hier: der Provozierende) eine Möglichkeit hat, dem Angriff des von ihm Provozierten auszuweichen.⁵¹ Dies hat dann aber nur noch etwas mit der „Doppelnatur“ der Begründung des Notwehrrechts zu tun (einerseits Interessenschutz für den Angegriffenen, andererseits Verteidigung der Rechtsordnung, wobei letzterer Grund bei Provokation – möglicherweise – in Wegfall gerät) und ist jedenfalls nicht mehr der Gedanke einer Parallelbildung zur *actio libera in causa*.

370

Legt man indes das sog. *Ausnahmemodell* bei der *actio libera in (sua) causa* (vgl. oben Abschnitt II.1.) auch für die Fälle zugrunde, in denen über eine *actio illicita in causa* nachzudenken ist, dann ergeben sich andere Schwierigkeiten. Denn hier wäre nun zu fragen, ob von der Rechtfertigungsregelung, die zum Zeitpunkt des späteren Verhaltens eingreift, deshalb eine Ausnahme gemacht werden sollte, weil der Täter die Rechtfertigungslage selbst herbeigeführt hat. Dies ist offenkundig eine andere Frage als die, die bei einer Ausnahme von einem Zurechnungsdefekt (wie bei der *actio libera in [sua] causa*) zu stellen ist. Denn nun geht es um eine Bewertungsregel und nicht mehr um eine Zurechnungsregel. Damit aber tauchen zusätzliche Fragen auf: Ginge es nur um den Zurechnungsaspekt, wäre gegen eine Ausnahme bei Selbstverschuldung nichts einzuwenden. Es steht aber nun auch noch die Regelung anderer Interessen auf dem Spiel. Besonders deutlich wird dies in Fällen, die als Kandidaten für eine *actio illicita in causa* in Betracht kommen, wenn die Interessen eines *Dritten* mitbetroffen sind. So beispielsweise dann, wenn ein Chirurg eine andere Person im Straßenverkehr lebensgefährlich mit seinem Kfz angefahren hat. Sollte es dem Chirurg nun verboten sein, die Person zu operieren,

⁵¹ Vgl. in diesem Sinne schon Hruschka (1988: 371 ff.).

weil er die Notstandslage dieser Person und damit seine Rechtfertigung aus § 34 dStGB (bzw. genauer: wegen mutmaßlicher Einwilligung) selbst herbeigeführt hat?⁵² Das wäre ein offenbar unplausibles Ergebnis.⁵³ Bei der rechtlichen *Bewertung* eines Verhaltens spielen eben auch noch andere Kriterien eine Rolle als bei der (individuellen) *Zurechnung* eines Verhaltens.

Nur scheinbar anders sieht es aus, wenn in der Notstandslage nur die Interessen des Handelnden selbst in Gefahr geraten. So etwa dann, wenn der X mutwillig einen Löwen aus dem Tierpark freilässt, der ihn jetzt verfolgt und aufzufressen droht, und der X sich daraufhin hinter dem hohen Zaun des E auf dessen Grundstück in Sicherheit bringt. Hier sind auf den ersten Blick nur Interessen des X in Gefahr. Man könnte daher erwägen, dass er den Rechtfertigungsgrund des § 34 dStGB (bzw. § 904 dBGB) nicht in Anspruch nehmen dürfe, weil er die Lage selbst herbeigeführt hat. Doch selbst dann, wenn davon auszugehen ist, dass X es geradezu darauf abgesehen hatte, entgegen § 123 dStGB (Hausfriedensbruch) auf das Grundstück des E vorzudringen, wird man keine Ausnahme von § 34 dStGB für diesen Fall plausibel machen können. Denn die Rechtsordnung kann nicht wollen, dass ein so hochwertiges Rechtsgut wie das Leben eines Menschen verloren geht, wenn in der akuten Notlage dieses durch Eingriff in den Hausfrieden des E immerhin noch gerettet werden könnte. Es ist daher nicht der Individualschutz des X, der hier im Vordergrund steht, sondern der Lebensschutz für alle Bürger, einschließlich derjenigen, die sich regelwidrig verhalten. Zu Recht hat daher der Gesetzgeber in § 34 dStGB auch keine Ausnahme bei selbstverschuldeter Herbeiführung der Notstandslage vorgesehen (anders als in § 35 Abs.1 S.2 dStGB) und auch die Rechtsprechung erkennt die *actio illicita in causa* nicht als vertretbare Rechtsfigur an.

Dies dürfte allenfalls in solchen Fällen anders zu sehen sein, in denen lediglich nicht so hoch zu veranschlagende Rechtsgüter des Handelnden von ihm in Gefahr gebracht werden und sich eine Anwendbarkeit von § 34 dStGB überhaupt nur deswegen ergibt, weil der Wertunterschied zwischen gefährdetem und durch den Notstandseingriff beeinträchtigtem Interesse groß ist. Wenn daher beispielsweise jemand einen nur ihm gehörenden hohen Sachwert mutwillig in Gefahr bringt und dann diesen Sachwert aus der Gefahr rettet, indem er einen relativ geringfügigen Sachwert eines Dritten vernichtet, sollte eine Ausnahme von § 34 dStGB in Betracht kommen. Mangels ausdrücklicher Ausnahmeklausel insoweit könnte in

⁵² Vorausgesetzt sei, dass kein anderer Chirurg für diese Aufgabe zur Verfügung steht.

⁵³ Bestraft werden kann der Chirurg hier aber natürlich wegen der (fahrlässigen) Körperverletzung, die er durch das Anfahren bewirkt hat; nicht aber sinnvollerweise auch noch wegen der (vorsätzlichen) Körperverletzung, die in der Operation zu sehen ist.

solchen Fällen *de lege lata* an eine Anwendung der Angemessenheitsklausel gemäß § 34 S. 2 dStGB zu denken sein.

Abgesehen von diesem Fall, in dem auf Seiten des Gefährdeten nur nicht allzu hoch zu veranschlagende Rechtsgüter betroffen sind, muss es aber bei der Herbeiführung einer Notstandslage i. S. d. § 34 dStGB grundsätzlich dabei bleiben, dass keine Ausnahme von der Rechtfertigung gemacht werden kann, weil auch drittschützende oder andere übergeordnete Gesichtspunkte der Allgemeinheit in Betracht zu ziehen sind. (Das hat auch schon die Reduktion von § 32 dStGB in den Fällen der Notwehrprovokation auf § 228 dBGB analog indirekt gezeigt; s. o.). Wenn demnach (unter Zugrundelegung des *Ausnahmемodells*) keine Ausnahme von der Rechtfertigungsregel in Betracht kommt, bleibt es insoweit bei der Straflosigkeit des Täters.

Eine andere Frage ist es, ob man die betreffende Person wegen der *actio praecedens* unter Strafe stellt, also etwa für die *Herbeiführung* einer Notstandssituation i. S. d. § 34 dStGB. Dies müsste dann aber ausdrücklich (*de lege ferenda*) geschehen. Das o. g. Tatbestandsmodell kommt zwar (aus seiner Perspektive vertretbar) zu demselben Ergebnis, doch hat es den Einwand mangelnden Rückhalts im Gesetz ebenso gegen sich wie im Parallellfall der *actio libera in (sua) causa* (vgl. oben Abschnitt III.2.).

IV. RESÜMEE

Es hat sich mithin gezeigt, dass der Gedanke der *actio libera in causa* auf sehr unterschiedlichen Ebenen des Verbrechensaufbaus eine Rolle spielen kann und keineswegs nur im Rahmen von § 20 dStGB. Das liegt daran, dass ihn eine allgemeine Überlegung trägt, die etwa auch in der Formulierung von § 162 Abs. 2 des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) zum Ausdruck kommt: „Wird der Eintritt der Bedingung von der Partei, zu deren Vorteil er gereicht, wider Treu und Glauben herbeigeführt, so gilt der Eintritt als nicht erfolgt“. Auf den strafrechtlichen Kontext übertragen: Niemand soll sich auf einen zu seinen Gunsten wirkenden Zurechnungsausschluss berufen können, wenn er dessen tatsächliche Voraussetzungen selbst schuldhaft herbeigeführt hat. Dieser Grundsatz hat zur Konsequenz, neben einer *actio libera in se* auch eine *actio libera in (sua) causa* für die Zurechnung von Verantwortlichkeit zu akzeptieren, sofern der Täter *causa libera* des betreffenden Zurechnungsausschlusses war. Dass dieser Gedanke bisher noch nicht flächendeckend im deutschen Strafrecht gesetzlich integriert ist, tut seiner grundlegenden Funktion keinen Abbruch.

Geht es nicht um die tatsächlichen Voraussetzungen eines Zurechnungsausschlusses, sondern um die eines Rechtfertigungsgrundes, die der Täter selbst zurechenbar herbeigeführt hat, muss berücksichtigt werden, ob eine Ausnahme von der betreffenden Bewertungsregel (Rechtfertigungsgrund) in Betracht kommen kann (*actio illicita in causa*). Dies wird regelmäßig nicht der Fall sein, weil die Rechtfertigungsgründe nur selten allein den Schutz des Gerechtfertigten bezwecken, sondern darüber hinaus andere Belange (Interessen Dritter oder der Gesellschaft) mit betreffen, die bei einer Ausnahme von dem jeweiligen Rechtfertigungsgrund nicht das Nachsehen haben dürfen. Die Figur der *actio illicita in causa* hat daher allenfalls einen schmalen Anwendungsbereich (vgl. oben Abschnitt III.5.).

LITERATUR

- Banniza, J. L. (1773). *Delineatio juris criminalis secundum Constitutionem Carolinam ac Theresianam. Pars Prima et secunda*. Oeniponti: Joann. Thomas nob. de Trattner, https://gutenberg.beic.it/view/action/nmets.do?DOCCHOICE=14438798.xml&dvs=1622737500129~981&locale=pl&search_terms=&show_metadata=true&adjacency=&VIEWER_URL=/view/action/nmets.do?&DELIVERY_RULE_ID=7&divType (zuletzt abgerufen am 23.02.2021).
- Baumgarten, A. (1911). *Notstand und Notwehr. Eine Studie im Hinblick auf das künftige Strafrecht*, Tübingen: J. C. B. Mohr.
- Feuerbach, von, P. J. A. (1801). *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*. Gießen: Heyer.
- Hettinger, M. (1988). *Die „actio libera in causa“: Strafbarkeit wegen Begehungstat trotz Schuldunfähigkeit? Eine historisch-dogmatische Untersuchung*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Heyd, D. (1982). *Supererogation. Its status in ethical theory*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Hruschka, J. (1988). *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*. 2. Auflage. Berlin: De Gruyter.
- Hruschka, J. (2003). „Der Einfluß des Aristoteles und der Aristoteles-Rezeptionen auf die Bildung heutiger Rechtsbegriffe am Beispiel der *actio libera in causa*“. In: Wall, H. de und Germann, M. (Hrsgg.), *Bürgerliche Freiheit und Christliche Verantwortung: Festschrift für Christoph Link zum 70. Geburtstag*. Tübingen: Mohr Siebeck, 687–704.
- Jakobs, G. (1998). „Die sogenannte *actio libera in causa*“. In: Eser, A. (Hrsg.), *Festschrift für Nishihara zum 70. Geburtstag*. Baden-Baden: Verlagsgesellschaft, 105–121.
- Joerden, J. C. (1988). *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Joerden, J. C. (2015). „Lob und Tadel: Relevante Regelarten und ihr Zusammenwirken“. In: Arnold, S. und Lorenz, S. (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Hannes Unberath*. München: Verlag C. H. Beck.
- Joerden, J. C. (2017). „Zur Rolle des Satzes *ultra posse nemo obligatur* bei lobender und tadelnder (insb. strafender) Zurechnung“. In: Joerden, J. C. und Schmoller, K. (Hrsg.), *Rechtsstaatliches Strafen, Festschrift für Keiichi Yamanaka zum 70. Geburtstag*. Berlin: Duncker & Humblot, 45–65.

- Joerden, J. C. (2018). *Logik im Recht*. 3. Auflage. Heidelberg: Springer.
- Joerden, J. C. (2019). „Das logische Sechseck als Hilfsmittel bei der Kant-Interpretation“. *Jahrbuch für Recht und Ethik*, 27, 167–181.
- Kaniowski, A. (1999). *Supererogacja. Zagubiony wymiar etyki. Czyny chwalebne w etykach uniwersalistycznych*. Warszawa: Wydawnictwo Oficyna Naukowa.
- Kant, I. (1900-). *Gesammelte Schriften* (Hrsg.): Bd. 1–22 Preussische Akademie der Wissenschaften, Bd. 23 Deutsche Akademie der Wissenschaften zu Berlin, ab Bd. 24 Akademie der Wissenschaften zu Göttingen.
- Küper, W. (1983). *Der „verschuldete“ rechtfertigende Notstand. Zugleich ein Beitrag zur „actio libera in causa“*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Satzger, H. (2006). „Dreimal in causa – actio libera in causa, omissio libera in causa und actio illicita in causa“. *Jura*, 28, 513–520.
- Schönke, A. und Schröder, H. (Hrsgg.) (2019). *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 30. Auflage bearbeitet von A. Eser et al. München: Verlag C. H. Beck (zit. nach Bearbeitern).