

Kurt Schmoller

Paris Lodron Universität Salzburg, Österreich

e-mail: kurt.schmoller@plus.ac.at

ORCID: 0000-0003-3432-3169

DIE BEDEUTUNG VON „KÖNNEN“ BEI FAHRLÄSSIGKEIT UND SCHULD¹

THE MEANING OF “(S)HE COULD HAVE” IN NEGLIGENCE AND GUILT

Abstract

In connection with criminal negligence, the focus is regularly on whether the perpetrator “could have” recognized and avoided the situation he brought about, whether (s)he “could have” acted more carefully or complied with the requirements of due diligence. When examining guilt, it is also important (in the case of intentional as well as negligent offenses) whether the perpetrator “could have” recognized the wrongfulness of his/her act and “could have” acted according to this insight. If the “(s)he could have” perspective is rejected, the offender remains unpunished. On the other hand, there is a controversy regarding the extent humans can freely choose their perceptions and behaviour at all or whether these are ultimately determined by external and internal circumstances. The article explores the question of how a “(s)he could have” requirement can be conceived in law and especially in criminal law in a way that remains unaffected by the unsolved debate between “free will” and “determinism”. The author proposes

¹ Für die Einladung zur Publikation dieses Beitrags gilt mein besonderer Dank Frau prof. dr hab. Małgorzata Antonina Król-Bogomilska.

that in the phrase “(s)he could have” the word “can” should not be understood in the (indeterministic) sense of alternative perceptions or behaviour, but simply as the existence of specific psycho-physical properties which, according to empirical knowledge, are necessary for compliance with a norm, just as it can be said, for example, that someone “can” speak French or that he “can” play the piano. It is also compatible with the function of “punishment” in modern (secular) criminal law to understand the “(s)he could have” requirement of punishability as a mere statement about existing, empirically ascertainable psychophysical properties of a person (and in this way to decouple it from the problem of determinism).

KEYWORDS

negligence, guilt, free will, determinism, meaning of “(s)he could have”, purpose of punishment

SŁOWA KLUCZOWE

zaniedbanie, wina, wolna wola, determinizm, znaczenie zwrotu „mógł (mogła) mieć”, cel kary

1. „KÖNNEN” ALS KRITERIUM IM STRAFRECHT

In der Dogmatik des Strafrechts, teilweise auch unmittelbar im Gesetz, wird als Kriterium der Strafbarkeit in verschiedenen Zusammenhängen darauf abgestellt, ob beim Täter ein bestimmtes „Können” vorliegt. Gemeint ist dabei ein persönliches „Können”, das sich an den individuellen Eigenschaften der Person zum Tatzeitpunkt orientiert. Es geht somit nicht darum, was „man” oder „jemand” in der betreffenden Situation „gekonnt” hätte, sondern ob gerade die zu beurteilende Person ein entsprechendes „Können” aufwies. Hauptanwendungsfälle sind die Voraussetzungen strafrechtlicher Fahrlässigkeit sowie generell (also auch bei Vorsatzdelikten) die Voraussetzungen strafrechtlicher Schuld.

a) „Konnte erkennen/voraussehen”

Eine vorsätzliche Begehung setzt voraus, dass der Täter die jeweiligen Tatbestandsmerkmale herbeiführen „will”, wobei Mindestvoraussetzung dafür ist, dass er diese Herbeiführung ernstlich für möglich hält und sich mit ihr abfindet (so ausdrücklich § 5 österrStGB). Demgegenüber wird als Mindestvoraussetzung fahrlässiger Begehung verlangt, dass der Täter die Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale (nach seinen persönlichen Fähigkeiten) „erkennen/voraussehen kann”². Während in Bezug auf Folgen der Tat das „Voraussehen-Können” im Vor-

² Z. B. O. Triffterer, Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, 1994, Kap. 13 Rz. 20; D. Sternberg-Lieben/J. Eisele, (in:) A. Schönke/H. Schröder, *Strafgesetzbuch Kommen-*

dergrund steht, geht es bei Tatbestandsmerkmalen, die bereits zum Tatzeitpunkt vorliegen (etwa Eigenschaften des Täters, des Opfers oder eines Tatobjekts), vorrangig um das „Erkennen-Können“. Die individuelle Erkennbarkeit bzw. Voraussehbarkeit der Tatbestandsverwirklichung ist bei den Fahrlässigkeitsdelikten das Pendant zum Vorsatz bei den Vorsatzdelikten³.

Zwar umfasst die Fahrlässigkeit auch jene Fälle, in denen der Täter die mögliche Tatbestandsverwirklichung nicht nur erkennen „kann“, sondern tatsächlich erkennt, sie aber nicht herbeiführen will (bewusste Fahrlässigkeit, § 6 Abs 2 österrStGB). Die Existenz der bewussten Fahrlässigkeit ändert aber nichts daran, dass sich die Mindestvoraussetzungen fahrlässigen Verhaltens aus der unbewussten Fahrlässigkeit ergeben (§ 6 Abs 1 österrStGB), die dadurch gekennzeichnet ist, dass der Täter nach seinen individuellen Fähigkeiten die Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung „erkennen/voraussehen kann“.

b) „Konnte die Sorgfalt einhalten“

Für die Beurteilung einer fahrlässigen Begehung wird zuweilen auch darauf abgestellt, ob der Täter in der konkreten Situation die erforderliche „Sorgfalt einhalten konnte“⁴. Diese Anforderung baut darauf auf, dass schon auf der objektiven (äußeren) Tatseite eine Handlung erforderlich ist, die die Grenzen sorgfaltsgemäßen Verhaltens überschreitet und dadurch ein unerlaubtes Risiko der Tatbestandsverwirklichung schafft. Für eine strafbare Fahrlässigkeit müssen zusätzlich auch die subjektiven (individuellen, inneren) Voraussetzungen der Fahrlässigkeit vorliegen; diese seien erfüllt, wenn der Täter sich nach seinen persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen „sorgfaltsgemäß verhalten konnte“⁵. In diese Richtung deutet auch § 6 Abs 1 österrStGB, nach dem für fahrlässiges Verhalten unter anderem erforderlich ist, dass der Täter „die Sorgfalt außer Acht lässt, zu der er (...) nach seinen geistigen und körperlichen Verhältnissen befähigt ist“.

Bei einer näheren Betrachtung wird allerdings deutlich, dass sich das Erfordernis des „Einhalten-Könnens der Sorgfalt“ kaum von dem zuvor genannten Kriterium des „Erkennen/Voraussehen-Könnens“ der Tatbestandsverwirkli-

tar, 30. Auflage, 2019, § 15 Rz. 199 f.; G. Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, 1993, 9. Abschn. Rz. 2; H. Frister, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9. Auflage, 2020, 12. Kap. Rz. 4.

³ Während die traditionelle Strafrechtslehre die individuelle Fahrlässigkeitskomponente der Schuld zuordnet, geht die neuere Tendenz darin, die Fahrlässigkeit – ebenso wie den Vorsatz – als Determinante (bereits) des Unrechts anzusehen; als Konsequenz sind im (verbleibenden) Bereich der Schuld bei Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikten dieselben Voraussetzungen zu prüfen; näher mit Nachweisen K. Schmoller, *Der „subjektive Tatbestand“ des Fahrlässigkeitsdelikts*, (in:) M. Heger/B. Kelker/E. Schramm, *Festschrift für Kristian Kühn*, 2014, S. 433 ff.; K. Schmoller, *Zur Konturierung von „Unrecht“ und „Schuld“. Überlegungen anhand des Fahrlässigkeitsunrechts*, ZStW 2017, S. 1063 ff.

⁴ Z.B. M. Burgstaller/H. Schütz, (in:) F. Höpfel/E. Ratz (Hrsg.), *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2. Auflage, 174. Lieferung 2017, § 6 Rz. 28 und 85; H.-H. Jescheck/T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, 1996, S. 565; K. Kühn, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7. Auflage, 2012, § 17 Rz. 90.

⁵ Vgl. erneut M. Burgstaller/H. Schütz (wie Fn. 4).

chung unterscheidet. Denn einem Fahrlässigkeitsdelikt liegt, wie im Schrifttum anerkannt ist, grundsätzlich *keine* Pflicht zur Vornahme einer sorgfaltsgemäßen Handlung zugrunde⁶. Vielmehr geht es allein darum, sorgfaltswidrige Handlungen zu unterlassen. So hat insbesondere *Jakobs* plakativ formuliert, dass es keine Pflicht zum sorgfältigen Umgang mit Streichhölzern gibt, weil man gar keine Handlung in Bezug auf Streichhölzer vornehmen muss; verboten ist allein ein unsorgfältiger Umgang mit Streichhölzern⁷. Wenn aber die Einhaltung der Sorgfalt stets darin bestehen kann, die sorgfaltswidrige Handlung schlicht zu unterlassen, bedarf es keiner besonderen Prüfung, ob der Täter „sich sorgfaltsgemäß verhalten konnte“. Denn zu einem Untätigbleiben ist keine besondere Fähigkeit erforderlich, jedermann „kann“ eine bestimmte Handlung unterlassen. Voraussetzung ist jedoch, dass der Betreffende die bevorstehende Tatbestandsverwirklichung „erkennen/voraussehen kann“, weil gerade diese Einsicht ihm das Unterlassen des sorgfaltswidrigen Verhaltens ermöglicht. Somit fällt das „Einhalten-Können“ der Sorgfalt letztlich mit dem „Erkennen/Voraussehen-Können“ der Tatbestandsverwirklichung (oben a) zusammen⁸.

Abweichendes gilt nur dann, wenn *ausnahmsweise* tatsächlich eine Pflicht zur aktiven Vornahme einer bestimmten (sorgfältigen) Handlung besteht. In dieser Konstellation geht es aber um die Besonderheit eines Unterlassungsdelikts, das der Täter verwirklicht, wenn er die gebotene (sorgfältige) Handlung unterlässt. Bei (vorsätzlichen wie fahrlässigen) Unterlassungsdelikten spielt tatsächlich ein spezifisches „Können“ ebenfalls eine Rolle. Denn da jedermann nur zu Handlungen verpflichtet werden kann, zu deren Vornahme er fähig ist, gilt als allgemeine Voraussetzung aller Unterlassungsdelikte, dass der Täter nach seinen Fähigkeiten in der Lage sein muss, die gebotene Handlung vorzunehmen, er diese Handlung also persönlich vornehmen „kann“⁹.

c) „Konnte auch anders handeln“

Bei dem Bemühen um Präzisierung der strafrechtlichen Schuld geht eine klassische und insbesondere vom deutschen BGH verwendete Formulierung dahin, dass es darauf ankomme, ob der Täter in der jeweiligen Situation auch „anders handeln kann“, nämlich die Wahl hat, sich normwidrig oder auch normgemäß zu verhalten¹⁰. Wenn sich feststellen lässt, dass der Täter so oder anders handeln konnte, begründe dies seine strafrechtliche Schuld. Fehlt dem Täter in

⁶ Ausführlich K. Schmoller, *Fahrlässigkeit als „subjektive Erkennbarkeit“ der Tatbestandsverwirklichung – Das Pendant zum Vorsatz*, (in:) M. Böse/K. H. Schumann/F. Toepel (Hrsg.), *Festschrift für Urs Kindhäuser*, 2019, S. 441 (S. 448 ff.) mit zahlreichen Nachweisen.

⁷ G. Jakobs (Fn. 2), Abschn. 9 Rz. 6.

⁸ Erneut K. Schmoller (Fn. 6), S. 449 f. mit weiteren Nachweisen.

⁹ K. Schmoller (Fn. 6), S. 451 ff. mit weiteren Nachweisen.

¹⁰ BGHSt 2, S. 194 (S. 200 f.); ferner z.B. H. Fuchs/I. Zerbes, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 11. Auflage, 2021, Kap. 2 Rz. 26 ff. und Kap. 21 Rz. 4; K. Kühl (Fn. 4), § 10 Rz. 3.

der konkreten Situation hingegen die Möglichkeit, ein alternatives (normgemäßes) Verhalten zu wählen, führe dies zu einer Verneinung strafrechtlicher Schuld.

In der Kurzbezeichnung „Anders-handeln-Können“ kommt allerdings nicht zum Ausdruck, dass es darum geht, ob der Täter „auch normgemäß handeln konnte“. Dementsprechend wird heute zur Umschreibung strafrechtlicher Schuld überwiegend eine präzisere Formulierung verwendet, die die Befolgung der Norm in den Mittelpunkt des „Könnens“ rückt (nachfolgend d).

d) „Konnte das Unrecht der Tat erkennen und danach handeln“

In der modernen Strafrechtsdogmatik wird das Vorliegen strafrechtlicher Schuld überwiegend daran bemessen, ob der Täter in der Lage war, die von ihm verletzte Norm zu befolgen, sich also normgemäß zu verhalten. Der Täter müsse in der jeweiligen Situation durch die rechtliche Norm ansprechbar gewesen sein; Schuld könne somit als „normative Ansprechbarkeit“ gedeutet werden¹¹. Das für die Bejahung strafrechtlicher Schuld zu prüfende „Können“ wird somit auf die Befolgung der Norm bezogen.

Um eine Norm befolgen zu können, müssen nach allgemeiner Ansicht zwei Voraussetzungen erfüllt sein: Erstens ist erforderlich, dass der Täter die Existenz und den Inhalt der Norm „erkennen kann“, zweitens muss er sich dem Norminhalt entsprechend „motivieren können“. In der Strafrechtslehre werden diese beiden schuld begründenden Fähigkeiten als „Diskretions-“ und „Dispositionsfähigkeit“ bezeichnet; fehlt eine von ihnen, handelt der Täter nicht schuldhaft. Die Relevanz eines entsprechenden „Könnens“ für die strafrechtliche Schuld ist auch unmittelbar ins Gesetz eingeflossen, wenn etwa bei der Regelung der Schuldfähigkeit darauf abgestellt wird, ob der Täter zum Tatzeitpunkt fähig war, „das Unrecht seiner Tat einzusehen“ und „nach dieser Einsicht zu handeln“¹²; der Täter muss somit die von ihm verletzte Norm erkennen und sein Verhalten an dieser Norm ausrichten „können“.

2. DETERMINISTISCHE EINWÄNDE

a) Ausgangsposition

Die dargestellten Kriterien, die die Strafbarkeit des Täters (insbesondere das Vorliegen von Fahrlässigkeit sowie generell von Schuld) von einem „Können“ des Täters abhängig machen, unterliegen allerdings seit langem Einwendungen aus dem Weltbild des Determinismus. Seit dem Vordringen der empirischen

¹¹ C. Roxin/L. Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*, 5. Auflage, 2020, § 19 Rz. 36 ff. mit zahlreichen Nachweisen; für Österreich z.B. D. Kienapfel/F. Höpfel/R. Kert, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 16. Auflage, 2020, Rz. 16.8.

¹² § 11 österrStGB, ganz ähnlich § 20 deutschStGB, Art. 19 Abs. 1 schweizStGB.

Wissenschaften ist das traditionelle indeterministische Weltbild, das zur Natur des Menschen die „Willensfreiheit“ zählt, zunehmend in Frage gestellt¹³. Nach der Vorstellung des Indeterminismus wählt der Mensch aus verschiedenen Verhaltensmöglichkeiten durch Ausübung seines „freien Willens“ aus; vorausgesetzt wird dabei, dass es irgendwo im Menschen einen Bereich gibt, in dem sein „freier Wille“ angesiedelt ist. Demgegenüber geht die deterministische Weltansicht davon aus, dass auch das Verhalten des Menschen durch seine genetischen Anlagen, durch äußere Einflüsse und bio-chemische Prozesse in Gehirn und Körper determiniert ist. Demnach verhält sich der Mensch stets so, wie dies anhand der genannten Faktoren vorgegeben ist. Freilich sind die Vorgänge, vor allem im menschlichen Gehirn, so komplex, dass sie nicht im Einzelnen nachgezeichnet und schon gar nicht vorausgesagt werden können; diese Komplexität ändere aber nichts an der grundsätzlichen Determiniertheit.

Traditionell wird davon ausgegangen, dass etwa Pflanzen und niedere Tiere wie Mücken oder Quallen determiniert (re-)agieren, also keinen „freien Willen“ entfalten. Selbst bei höheren Tierarten wird das Verhalten häufig als determiniert vorgestellt. Letztlich sprechen aber auch gute Gründe dafür, dass für menschliches Verhalten – trotz höherer Komplexität – nichts grundsätzlich anderes gilt. Gerade die zunehmende empirische Erforschung der Verhaltenssteuerung des Menschen bestätigt die These des Determinismus zunehmend¹⁴.

Aus deterministischer Sicht lassen sich gegen das strafrechtliche Abstellen auf ein „Können“ des Täters Einwände vorbringen.

b) Keine Handlungsalternativen

Am deutlichsten richten sich die Einwände gegen das Kriterium, strafrechtliche Schuld setze voraus, dass der Täter in der betreffenden Situation „anders handeln konnte“ (oben 1c). Denn wenn aus deterministischer Sicht menschliches Verhalten – wenngleich in äußerst komplexer Weise – durch die genetischen Anlagen, die äußeren Umstände und bio-chemische Prozesse im Gehirn und Körper vorgegeben ist, bestehe für den Täter neben der von ihm tatsächlich vorgenommenen Verhaltensweise kein Spielraum für ein anderes Verhalten, das er vornehmen hätte können. Denn er kann aus der Verhaltensdetermination nicht „ausbrechen“. Deshalb gelange man zu keinem sinnvollen Ergebnis, wenn man die Beurteilung der Schuld von der Möglichkeit eines „Anders-Handeln-Könnens“ abhängig macht¹⁵.

Derselbe Einwand lässt sich auch gegen die Anforderung vorbringen, Schuld setze voraus, dass der Täter „seiner Unrechtseinsicht entsprechend handeln

¹³ Vgl. z.B. M. Król-Bogomilska, „*Formy winy*“ w prawie karnym w świetle psychologii, 1991, S. 47 ff.

¹⁴ Eine zusammenfassende Auseinandersetzung mit den einschlägigen naturwissenschaftlichen Erkenntnissen findet sich etwa bei C. Roxin/L. Greco (Fn. 11), § 19 Rz. 52a ff.; J. Eisele, (in:) A. Schönke/H. Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Auflage, 2019, Vor §§ 13 ff. Rz. 110a f.

¹⁵ Z.B. C. Roxin/L. Greco (Fn. 11), § 19 Rz. 20 f.

konnte” (oben 1d). Denn auch wenn ein Täter bewusst gegen seine Normkenntnis gehandelt hat, war diese Verhaltensweise aus deterministischer Sicht vorgegeben, was ausschließt, dass auch eine andere, normkonforme Verhaltensweise gewählt werden hätte können.

Gleiches lässt sich etwa auch gegen den Maßstab des „Einhalten-Könnens der Sorgfaltsanforderungen” (oben 1b) bei der Fahrlässigkeit vorbringen. War das die Sorgfaltsanforderungen verletzende Verhalten determiniert, bestand kein Spielraum für eine andere, sorgfaltskonforme Verhaltensweise.

c) Keine Erkenntnisalternativen

Legt man den Maßstab des Determinismus konsequent an, richtet sich dieselbe Kritik nicht nur gegen das Kriterium eines bestimmten „Handeln-Könnens”, sondern ebenso gegen jenes des „Erkennen/Voraussehen-Könnens”. Denn aus der Sicht des Determinismus ist nicht nur das Verhalten eindeutig vorgegeben, sondern auch, welche Erkenntnis ein Mensch gewinnt. Denn auch, ob jemand einen Umstand oder ein Ereignis erkennt bzw. voraussieht, ist danach Ergebnis seiner genetischen Anlagen, äußerer Umstände und bio-chemischer (Erkenntnis-) Prozesse. Der Mensch erkennt danach deterministisch bestimmte Inhalte oder er erkennt sie eben nicht. Eine Instanz der „Willensfreiheit”, die dem Menschen einen Spielraum dahin einräumt, dass er in derselben Situation je nach seinem Willen etwas erkennt oder nicht erkennt, ist mit einer deterministischen Sicht nicht vereinbar. Diese Kritik lässt sich unabhängig davon vorbringen, ob es um das „Erkennen-Können” von Sachverhalten (wie bei der Fahrlässigkeit; oben 1a) oder um das „Erkennen-Können” von rechtlichen Normen (wie im Bereich der Schuld; oben 1d) geht.

Somit sind strafrechtliche Kriterien, die ein „Handeln-Können” oder ein „Erkennen/Voraussehen-Können” zum Gegenstand haben, stets der Kritik des Determinismus ausgesetzt¹⁶. Es stellt sich deshalb die Frage, ob es eine Möglichkeit gibt, diesen Kriterien auch bei einem deterministischen Weltbild eine sinnvolle Bedeutung zuzuweisen.

d) Nicht hilfreich: Maßstabfiguren

Um den deterministischen Einwänden entgegenzutreten, wird teilweise vorgeschlagen, bei der Beurteilung der Schuld nicht auf ein „Anders-Handeln-Können” des Täters abzustellen, sondern auf den Vergleich mit einer Maßstabfigur. Ein schuldhaftes Verhalten sei dann anzunehmen, wenn sich die Maßstabfigur in der Situation des Täters anders, nämlich normkonform, verhalten hätte. Hätte sich dagegen auch die Maßstabfigur gleich wie der Täter verhalten, sei die Schuld zu verneinen¹⁷.

¹⁶ Dieses „Determinismus-Dilemma” des Strafrechts ist seit langem bekannt; vgl. ausführlich etwa C. Roxin/L. Greco (Fn. 11), § 19 insb. Rz. 38 ff.; J. Eisele (Fn. 14), Vor §§ 13 ff. Rz. 108 ff.

¹⁷ Z.B. R. Moos, (in:) O. Triffterer/C. Rosbaud/H. Hinterhofer, *Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 10. Lieferung 2004, § 4 Rz. 64 ff. und Rz. 79 ff.; H.-H. Jescheck/T. Weigend (Fn. 4), S. 565; D. Kienapfel/F. Höpfel/R. Kert (Fn. 11), Rz. 16/9 ff.

Allerdings wird durch den Vergleich mit der Maßstabfigur das Determinismus-Dilemma lediglich verdeckt. Denn es bestehen zwei Möglichkeiten der Konzeption dieser Maßstabfigur: Weist man der Maßstabfigur genau die Eigenschaften des Täters zu, so ist ihr Verhalten infolge der gleichen genetischen Anlagen, äußeren Einflüsse und bio-chemischen Reaktionen aus deterministischer Sicht ebenso vorgegeben wie jenes des Täters, d.h. die Maßstabfigur hätte sich stets ebenso verhalten wie der Täter. Konzipiert man dagegen die Maßstabfigur so, dass sie sich in derselben Situation anders als der Täter verhalten hätte, weicht sie notwendigerweise in ihren Eigenschaften vom Täter ab. In diesem Fall lässt das Verhalten der Maßstabfigur aber – eben wegen der Abweichung von den Eigenschaften des Täters – gerade keinen verlässlichen Schluss auf die Gegebenheiten beim konkreten Täter zu; gerade auf dessen individuelles „Können“ käme es aber an¹⁸.

Da somit auch die Konstruktion einer Maßstabfigur die Problematik nicht wirklich entschärft, muss nach einer anderen Möglichkeit gesucht werden, Aussagen über ein „Können“ des Täters mit einer deterministischen Weltansicht zu vereinbaren.

3. „KÖNNEN“ ALS VORHANDENE FÄHIGKEIT

Als Lösungsansatz zur Vereinbarkeit der Strafrechtsdogmatik mit einer deterministischen Weltansicht kommt in Betracht, den Begriff „Können“ in einer etwas veränderten Weise zu verstehen. Der Begriff ist im vorliegenden Zusammenhang nicht im Sinn von „frei wählbaren“ Handlungs- oder Erkenntnisalternativen zu verstehen, weil diese aus deterministischer Sicht gerade nicht vorhanden sind. Demgegenüber erscheint es weiterführend, den Ausdruck „Können“ schlicht als Aussage über das Vorhandensein bestimmter psycho-physischer Fähigkeiten beim konkreten Täter auszulegen. Denn dass eine Person eine bestimmte Fähigkeit aufweist, steht jedenfalls nicht im Widerspruch zu einer deterministischen Weltansicht.

a) Ein Auto „kann“ 200 km/h fahren, eine Mücke „kann“ fliegen

Ausgangspunkt eines solchen Verständnisses ist, dass Aussagen über ein „Können“ auch in Bereichen möglich sind, in denen offenkundig kein Bezug zu einer Willensfreiheit im Sinn des Indeterminismus besteht. So lässt sich beispielsweise die Aussage treffen, ein Auto „kann“ mit einer Geschwindigkeit von

¹⁸ Ebenso kritisch z.B. C. Roxin/L. Greco (Fn. 11), § 19 Rz. 22 und Rz. 27 ff.; J. Eisele (Fn. 14), Vor §§ 13 ff. Rz. 109a.

200 km/h fahren oder eben nicht¹⁹. Damit ist nicht gemeint, dass das Auto Handlungsalternativen habe, sondern es wird lediglich eine Aussage über die Beschaffenheit, insbesondere die Motorisierung des Autos getroffen. Obwohl feststeht, dass das Fahrverhalten eines Autos determiniert ist, lässt sich somit ein „Können“ des Autos feststellen. Nicht anders zu bewerten ist etwa die Aussage, dass eine Mücke „fliegen kann“. Dieser Satz enthält eine Aussage über die psycho-physischen Fähigkeiten einer Mücke, ohne dass damit eine indeterministische „Willensfreiheit“ der Mücke gemeint ist. Festgestellt wird nur, dass eine Mücke das Potential hat zu fliegen. Diese Aussage gilt ungeachtet dessen, dass man sich das Verhalten einer Mücke – was empirisch naheliegt – als determiniert vorstellt, also davon ausgeht, dass dieses durch die genetischen Anlagen der Mücke, äußere Einflüsse und bio-chemische Prozesse innerhalb der Mücke vorgegeben ist. Scheucht man eine Mücke auf, wird ihr Potential zu fliegen deterministisch aktiviert. „Können“ und Determinismus bilden somit keinen grundsätzlichen Widerspruch.

b) Jemand „kann“ Französisch sprechen, Klavier spielen

Die Verwendung des Begriffs „Können“ als Information über das Vorhandensein bestimmter Eigenschaften erweist sich auch in Zusammenhängen gebräuchlich, in denen es um menschliches Verhalten geht. Beispielsweise nimmt die Formulierung, jemand „kann“ Französisch sprechen, nicht auf eine Willensfreiheit im Sinn des Indeterminismus Bezug²⁰. Vielmehr wird damit eine psycho-physische Fähigkeit des betreffenden Menschen angesprochen, die auch empirisch feststellbar ist, etwa dadurch, dass man sich mit ihm bereits auf Französisch unterhalten hat²¹. Auch wenn man menschliches Verhalten deterministisch deutet, lässt sich somit sinnvoll die Aussage treffen, dass eine bestimmte Person entweder Französisch sprechen „kann“ oder eben nicht.

Aus deterministischer Sicht ist freilich der Umstand, ob die betreffende Person ihre Fähigkeit, Französisch zu sprechen, in einer bestimmten Situation konkret einsetzt, deterministisch vorgegeben. Dabei ist es möglich, dass eine andere Person diesen deterministischen Vorgang beeinflusst, etwa indem sie mit jener Person, die die französische Sprache beherrscht, eine Unterhaltung auf Französisch beginnt und damit (deterministisch) auslöst, dass diese auf Französisch antwortet (wobei die beeinflussende Person ebenfalls determiniert handelt).

Nicht anders verhält es sich etwa mit der Aussage, jemand „kann“ Klavier spielen. Wiederum wird damit eine psycho-physische Fähigkeit festgestellt, die sich jemand durch Mühe und Übung angeeignet hat und die empirisch festgestellt

¹⁹ Vgl. A. Ross, „*He Could Have Acted Otherwise*“, (in:) A. J. Merkl/R. Marcic/A. Verdroß/R. Walter (Hrsg.), *Festschrift für Hans Kelsen*, 1971, S. 242 (S. 244 ff. zur Bedeutung der Aussage „This car can go 150 kilometer per hour.“).

²⁰ Vgl. A. Ross (Fn. 19), S. 247.

²¹ A. Ross (Fn. 19), S. 247: „That Peter can speak English means that his brain, through learning and practice, is organized in a particular way.“

werden kann, etwa indem man dem kunstvollen Klavierspiel dieser Person zugehört hat²². Ob die Person dann in einer konkreten Situation tatsächlich Klavier spielt, unterliegt freilich wieder deterministisch den Umständen. Die Fähigkeit zum Klavierspiel liegt jedoch unabhängig davon vor und wird durch das „Können“ ausgedrückt. Eine andere Person kann das Klavierspiel unter Umständen (deterministisch) auslösen, indem sie die betreffende Person bittet, ein Stück am Klavier vorzutragen.

c) Strafrechtliches „Können“ als psycho-physische Fähigkeit

Die aufgezeigte Bedeutung von „Können“ als Beschreibung bestimmter psycho-physischer Fähigkeiten des Menschen kann auch für die Strafrechtslehre nutzbar gemacht werden. Dazu ist erforderlich, dass die Feststellung, jemand „kann erkennen/voraussehen“, „kann normgemäß handeln“, „kann das Unrecht der Tat erkennen und danach handeln“ etc. nicht in einem indeterministischen Sinn dahin verstanden wird, dass die Person zu einem bestimmten Zeitpunkt mehrere Handlungs- bzw. Erkenntnisalternativen habe, sondern schlicht als Feststellung bestimmter Fähigkeiten dieser Person²³. Danach bedeutet etwa die Aussage, jemand „kann“ eine bestimmte Folge seines Verhaltens erkennen bzw. voraussehen, nichts anderes, als dass diese Person eine entsprechend gute Wahrnehmungsfähigkeit, hinreichende Intelligenz, Erfahrung, Verständnis *etc.* aufweist, die nach dem empirischen Wissensstand erforderlich sind, um die von einem Verhalten ausgehenden Gefahren angemessen einzuschätzen. Ebenso bedeutet die Aussage, jemand „kann das Unrecht einer Tat erkennen und danach handeln“, nichts anderes, als dass bei der betreffenden Person jene psycho-physischen Fähigkeiten vorliegen, die nach empirischem Wissensstand erforderlich sind, um eine rechtliche Norm als solche zu verstehen und das eigene Verhalten daran auszurichten. Mit dieser Feststellung wird keine Aussage über eine indeterministische Willensfreiheit getroffen. Denn auch aus deterministischer Sicht lassen sich Personen, die bestimmte psycho-physische Fähigkeiten aufweisen, von solchen Personen unterscheiden, denen diese Fähigkeiten fehlen. Dass das konkrete Verhalten der betreffenden Person deterministisch geprägt ist, ändert am Vorliegen oder Fehlen ihrer Eigenschaften nichts.

Ein einprägsames Beispiel für Fälle, in denen sich Menschen an einer rechtlichen Norm orientieren „können“ (also die psycho-physische Fähigkeit dazu haben), bildet die Beobachtung einer ampelgeregelten Straßenkreuzung: Bei Rotlicht (= Norm) halten die Fahrzeuge an, bei grünem Licht setzen sie ihre Fahrt fort. Eine indeterministische Erklärung würde dahin gehen, dass die Fahrzeuglenker das Rotlicht erkennen, sich „willensfrei“ entscheiden, anzuhalten, und diesen Entschluss umsetzen. Ebenso trifft aber die deterministische Erklärung zu, dass

²² A. Ross (Fn. 19), S. 248; zum Ganzen auch K. Schmoller, *Der „subjektive Tatbestand“...* (Fn. 3), S. 442 f.

²³ K. Schmoller, *Der „subjektive Tatbestand“...* (Fn. 3), S. 442 f.; K. Schmoller, *Zur Konturierung...* (Fn. 3), ZStW 2017, S. 1070.

der rote Lichtstrahl auf das Auge des Fahrzeuglenkers auftrifft, neuronale Reize an das Gehirn weiterleitet und diese dort komplizierte bio-chemische Reaktionen auslösen, die schließlich in einen Reiz an den Muskel münden, der den Tritt gegen das Bremspedal auslöst. Die Betrachtung der ampelgeregelten Kreuzung spricht dafür, dass Menschen unter gewöhnlichen Umständen die psycho-physische Fähigkeit haben, das Rotlicht der Ampel zu befolgen.

Die Besonderheit der empirisch beobachteten „Fähigkeit“ zur Normbefolgung besteht nun darin, dass diese offenbar solange besteht, als nicht eine Sonder-situation vorliegt, bei der man umgekehrt durch empirische Erfahrung festgestellt hat, dass eine entsprechende „Fähigkeit“ fehlt. Allein der Umstand, dass jemand gegen eine Norm verstößt, ist demnach noch kein hinreichendes Argument für ein Fehlen der psycho-physischen Fähigkeit der Normbefolgung. Vielmehr müsste der Entfall der „Fähigkeit“ durch das zusätzliche, empirisch feststellbare Vorliegen einer Sondersituation begründet werden, die erfahrungsgemäß die Normbefolgungsfähigkeit ausschließt. Auch wenn jemand in einer bestimmten Situation nicht Französisch spricht oder nicht Klavier spielt, lässt sich allein daraus nicht ableiten, dass ihm die „Fähigkeit“ dazu fehle.

d) Verstärkte Einbindung empirischer Wissenschaften

Das dargelegte Verständnis von strafrechtsrelevantem „Können“ als (mit dem Determinismus vereinbare) Aussage über bestimmte psycho-physische Eigenschaften des Menschen legt eine verstärkte Hinwendung zu jenen empirischen Wissenschaften nahe, die sich mit den physischen oder psychischen Eigenschaften des Menschen befassen. Gerade in zweifelhaften Grenzfällen wird man für die Beurteilung des Vorhandensein oder Fehlens bestimmter psycho-physischer „Fähigkeiten“ auf die empirischen Erkenntnisse der Medizin einschließlich Neurologie und Psychiatrie sowie der Psychologie zurückgreifen müssen²⁴. Darin liegt letztlich ein Fortschritt gegenüber dem pauschaleren Postulat einer indeterministischen Willensfreiheit. Zwar ist auch aus indeterministischer Sicht anerkannt, dass die Willensfreiheit in bestimmten psycho-physischen Situationen entfallen kann. Die hier vorgeschlagene Sichtweise verdeutlicht aber besser, dass es für eine strafrechtliche Haftung auf das empirisch feststellbare Vorliegen bestimmter psycho-physischer „Fähigkeiten“ ankommt.

e) Zwischenergebnis

Somit zeigt sich, dass das Kriterium eines bestimmten „Könnens“ als Voraussetzung strafrechtlicher Haftung (insbesondere im Bereich der Fahrlässigkeit und generell der Schuld) dann mit einer deterministischen Weltsicht vereinbar ist, wenn unter „Können“ schlicht das empirische Vorhandensein bestimmter psycho-physischer Fähigkeiten des Menschen verstanden wird. Denn eine Aussage darüber, ob ein Mensch bestimmte Fähigkeiten aufweist oder nicht, setzt keine

²⁴ Für die verstärkte Berücksichtigung der Erkenntnisse der Psychologie schon M. Król-Bogomilska (Fn. 13), S. 278 (deutsche Zusammenfassung).

Willensfreiheit des Menschen im indeterministischen Sinn voraus. Das Vorliegen bestimmter Fähigkeiten kann vielmehr mittels empirischer Wissenschaften festgestellt werden, wobei in zweifelhaften Grenzfällen auf die Expertise dieser Wissenschaften zurückzugreifen ist. Strafrechtlich verantwortlich ist ein Täter dann, wenn er nach dem verfügbaren empirischen Erfahrungswissen alle psychischen „Fähigkeiten“ zur Normbefolgung hatte, sich aber dennoch – aufgrund empirisch nicht nachvollziehbarer Gründe – normwidrig verhielt.

Als entscheidende Frage, auf die im Folgenden einzugehen ist, bleibt aber, ob ein solches (begrenzt)es Verständnis von „Können“ genügend Legitimation für eine so einschneidende Sanktion wie eine Strafe bietet.

4. VORHANDENE FÄHIGKEIT ALS HINREICHENDER GRUND FÜR STRAFE?

a) Zu Sinn und Funktion der Strafe

Um beantworten zu können, ob das Vorliegen bestimmter psycho-physischer Eigenschaften ein angemessenes Kriterium für die Verhängung einer Strafe sein kann, muss zur Legitimation und Funktion einer „Strafe“ allgemein Stellung genommen werden.

Mit einer Bestrafung wird dem Betroffenen ein Übel, eine Verletzung seiner Interessen, zugefügt. Die einseitige Zufügung eines Übels kann dabei nicht Selbstzweck sein und lässt sich in einem freiheitlichen säkularen Staat auch nicht mit metaphysischen Gerechtigkeitsvorstellungen begründen. Vielmehr findet das Strafrecht (und auch jede Strafe als Teil des Ganzen Strafrechtssystems) ihre Legitimation in dem wichtigen gesellschaftlichen Anliegen, schwere, das Zusammenleben gravierend störende Verhaltensweisen möglichst einzudämmen, also in präventiven Zielen²⁵. Es ist anzunehmen, dass ohne Strafrecht solche schädlichen Verhaltensweisen wesentlich häufiger vorkämen. Jedenfalls ist keine entwickelte Gesellschaft bekannt, die gänzlich ohne Strafrecht ausgekommen wäre.

Das Anliegen der Eindämmung von schweren Rechtsverletzungen legitimiert die Existenz des Strafrechts, erklärt aber noch nicht die spezifische Wirkungsweise einer Strafe. Vielmehr sieht das moderne Strafrecht neben „Strafen“ auch Sanktionen anderer Art vor, z.B. vorbeugende Maßnahmen, die zwar ebenfalls

²⁵ Näher C. Graf/K. Schmoller, *Entsprechen die gesetzlichen Strafdrohungen und die von den Gerichten verhängten Strafen den aktuellen gesellschaftlichen Wertungen?*, Verhandlungen des 19. Österreichischen Juristentages Band III/1 (Gutachten), 2015, S. 82 ff. Allgemein zum Zweck von Strafrecht und Strafe: C. Roxin/L. Greco (Fn. 11), § 3 Rz. 1 ff.; J. H. Ebner, (in:) F. Höpfel/E. Ratz (Hrsg.), *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2. Auflage, 192. Lieferung 2018, Vor §§ 32–36 Rz. 6 ff.

dem Anliegen der Prävention dienen, sich in ihrer Wirkungsweise aber von einer Strafe deutlich unterscheiden²⁶. Die spezifische Wirkungsweise einer Strafe besteht darin, dem Täter und der Allgemeinheit durch die Übelzufügung (drastisch) vor Augen zu führen, dass ein bestimmtes vorangegangenes Verhalten als Unwert beurteilt wird. Die Strafe hat somit die Funktion, den Unwertgehalt eines vorangegangenen Verhaltens zu verdeutlichen. Dabei soll allerdings nicht nur zum Ausdruck gebracht werden, dass das betreffende Verhalten einen Unwert darstellt, sondern gleichzeitig auch *die Schwere* dieses Unwerts. Dies bedingt, dass sich das Ausmaß der Strafe an der Schwere des zuvor verwirklichten Unwerts orientiert; eine hohe Strafe bringt zum Ausdruck, dass das vorangegangene Verhalten einen hohen Unwert darstellt, eine geringere Strafe lässt auf einen weniger hohen Unwert schließen²⁷. Deshalb ist das zentrale Maßkriterium einer Strafe stets die Schwere des zuvor verwirklichten Unwerts. Eine Sanktion ist demnach richtigerweise nur dann als „Strafe“ zu bezeichnen, wenn sich deren Ausmaß an der Schwere des verwirklichten Unwerts orientiert. Umgekehrt kann daraus, dass sich die Bemessung einer Sanktion am Unwert eines vorangegangenen Verhaltens orientiert, rückgeschlossen werden, dass es sich inhaltlich um eine „Strafe“ handelt²⁸. Andere Sanktionen des modernen Strafrechts wie z.B. vorbeugende Maßnahmen, die unmittelbar der Gefahrenabwehr dienen und sich in ihrem Ausmaß nicht an der Schwere des verwirklichten Unwerts, sondern an der Höhe und Dauer einer fortbestehenden Gefährlichkeit orientieren, stellen keine „Strafe“ dar. Eine „Strafe“ ist vielmehr eine spezifische Sanktion, bei der es gerade darum geht, durch ihre Bemessung dem Täter und der Allgemeinheit die Höhe des zuvor verwirklichten Unwerts zu verdeutlichen.

b) Legitimation auch aus deterministischer Sicht

Die umschriebene Legitimation des Strafrechts und die Funktion der Strafe werden durch eine deterministische Weltsicht nicht in Frage gestellt. Denn die Aufgabe des Strafrechts, schwere gesellschaftsstörende Rechtsverletzungen durch Strafen möglichst einzudämmen, bleibt auch bei einer deterministischen Deutung menschlichen Verhaltens aufrecht. Allein die Erklärung der Wirkungsweise ändert sich etwas.

Aus indeterministischer Sicht soll eine Bestrafung den Täter und die Allgemeinheit dazu motivieren, künftig von ihrer Willensfreiheit in der Weise Gebrauch zu machen, dass sie entsprechende gesellschaftsstörende Handlungen möglichst unterlassen. Aus einer deterministischen Sicht stellt sich eine Bestra-

²⁶ Vgl. §§ 21 ff. österrStGB (vorbeugende Maßnahmen), §§ 61 ff. deutschStGB (Maßregeln der Besserung und Sicherung), Art. 56 ff. schweizStGB (Maßnahmen).

²⁷ Z.B. Ch. Graf/K. Schmoller (Fn. 25), S. 86 f.

²⁸ Auf diese Weise lässt sich etwa begründen, dass es sich bei der österreichischen „Verbands-geldbuße“ inhaltlich um eine „Strafe“ handelt; vgl. K. Schmoller, „*Verbandsschuld*“ als funktionsanaloges Gegenstück zur Schuld des Individualstrafrechts, (in:) M. J. Lehmkuhl/W. Wohlers (Hrsg.), *Unternehmensstrafrecht*, 2020, S. 67 (S. 68 ff.).

fung hingegen als zusätzliche Determinante für das künftige Verhalten des Täters und anderer Personen dar. Strafen sind danach ein determinierender Faktor, der in der Gesamtheit der determinierenden Faktoren den Ausschlag dafür gibt, dass der Täter und andere Personen künftig in größerer Zahl von einem entsprechenden strafbarkeitsbegründenden Verhalten abgehalten werden. Ferner erscheint auch aus deterministischer Sicht sinnvoll, dass das Ausmaß der Strafe mit der Schwere des Unwerts des vorangegangenen Verhaltens korreliert. Denn es erscheint schlüssig, als Reaktion auf schwere Straftaten zu deren künftiger Eindämmung stärkere determinierende Faktoren einzusetzen als zur Eindämmung weniger schwer störender Verhaltensweisen und dadurch die mit dem Strafrecht in Summe verbundenen Übelzufügungen auf die Gesamtheit der verurteilten Täter angemessen zu verteilen.

Eine Konsequenz der deterministischen Deutung besteht allerdings darin, dass die strafrechtliche Verurteilung zu einer Strafe nicht als ein metaphysisches Unwerturteil („Sünde“) und auch nicht moralisierend im Sinn einer absoluten Gerechtigkeit verstanden werden darf, sondern schlicht als eine gesellschaftlich erforderliche Übelzufügung aufgrund eines *rein rechtlichen* Unwerturteils mit dem Zweck der Eindämmung entsprechender Verhaltensweisen²⁹. Eine metaphysische oder moralische Überhöhung der „Strafe“ würde aber ohnehin vernachlässigen, dass staatliches Recht nie absolute Gerechtigkeit herstellen kann. Ein bescheideneres Verständnis einer staatlichen Bestrafung als pragmatisches *rechtliches* Unwerturteil lässt sich indes auch aus deterministischer Sicht legitimieren.

Sowohl aus indeterministischer als auch aus deterministischer Sicht gibt es Situationen, in denen im Einzelfall die psycho-physische Fähigkeit fehlt, eine Norm zu befolgen. In derartigen Konstellationen ist es unabhängig von der indeterministischen oder deterministischen Deutung sinnvoll, eine strafrechtliche Haftung (Schuld) zu verneinen.

c) Grenzen sinnvoller Strafe

Die Grenzen strafrechtlicher Schuld lassen sich konsequent aus der spezifischen Funktion einer Strafe ableiten. Wenn nämlich Sinn der Strafe ist, dem Täter und der Allgemeinheit vor Augen zu führen, dass ein vorangegangenes Verhalten einen Unwert darstellt, um für die Zukunft solchen Verhaltensweisen entgegenzuwirken, erscheint eine Strafe in Situationen nicht sinnvoll, von denen man aufgrund empirischer Erfahrung weiß, dass der Täter schon nicht die psycho-physische „Fähigkeit“ aufwies, die betreffende Norm zu erkennen bzw. zu befolgen. Beispielsweise weiß man aufgrund von häufiger empirischer Beobachtung, dass Geisteskranke unter gewissen Umständen, etwa aufgrund von Wahnvorstellungen, nicht die Fähigkeit aufweisen, bestimmte rechtliche

²⁹ Deutlich C. Roxin/L. Greco (Fn. 11), § 3 Rz. 48–50 (Strafe als „völlig säkularisierte[s] Steuerungsinstrument mit dem Ziel, Friedenssicherung, Daseinsvorsorge und Wahrung der Bürgerfreiheit zu einer Synthese zu bringen“).

Normen zu befolgen³⁰. Würde man gegen sie eine Strafe aussprechen, ginge diese ins Leere, weil die Bestrafung nicht beeinflussen kann, wie sich in einer späteren Situation jemand *unter denselben Bedingungen* (nämlich als Geisteskranker mit Wahnvorstellungen, der zur Befolgung von Normen unfähig ist) normgemäß verhält. Denn auch einem künftigen Täter würde in Zukunft, wenn er sich *im Zustand derselben Geisteskrankheit* mit denselben Wahnvorstellungen befinden wie der ursprüngliche Täter, erneut die Fähigkeit fehlen, sich an rechtlichen Normen zu orientieren. Die Erklärung der Straffreiheit geht aus indeterministischer Sicht dahin, dass der Geisteskranke keinen „freien Willen“ fassen und aus diesem Grund eine allfällige Straftat, zu der es ihn drängt, nicht unterlassen kann. Eine deterministische Erklärung würde lauten, dass eine Strafe in einem solchen Fall nicht geeignet ist, einen Beitrag zur Determinierung des künftigen Verhaltens einer Person zu leisten, die sich in *derselben* Situation befindet wie der ursprüngliche Täter (Geisteskrankheit mit Wahnvorstellungen). Das Verhalten eines solchen Geisteskranken ist durch andere Faktoren als rechtliche Normen umfassend determiniert. Die Aussage, ein Täter „könne“ in einer bestimmten Situation die rechtliche Norm nicht befolgen, ist demnach aus deterministischer Sicht so zu verstehen, dass rechtliche Normen die Determinierung des Verhaltens einer solchen Person generell nicht beeinflussen.

Auch aus deterministischer Sicht ist deshalb eine strafrechtliche Schuld dann zu verneinen, wenn der Täter „die rechtliche Norm nicht erkennen oder nicht danach handeln konnte“. Die Begründung liegt darin, dass die Bestrafung einer Person, deren Verhalten die rechtliche Norm nicht beeinflussen konnte, nicht geeignet erscheint, künftige gleichgelagerte Deliktsbegehungen, in denen der Täter definitionsgemäß wiederum nicht durch die rechtliche Norm beeinflussbar ist, zu verhindern. Für die Abgrenzung, wie weit Personen fähig sind, rechtliche Normen zu befolgen (bzw. aus deterministischer Sicht: wann Normen einen determinierenden Faktor für das Verhalten von Personen darstellen können), muss, wie erörtert³¹, möglichst genau auf den Wissensstand der jeweils einschlägigen empirischen Wissenschaften zurückgegriffen werden.

5. ZUSAMMENFASSUNG

Kriterien der Strafbarkeit, die auf ein bestimmtes „Können“ des Täters abstellen, sind häufig Einwänden aus der Sicht des Determinismus ausgesetzt, weil

³⁰ Deshalb erkennt die Rechtsordnung eine „Geisteskrankheit“ als möglichen Grund für die Schuldunfähigkeit an; ausdrücklich z.B. § 11 österrStGB (Geisteskrankheit), § 20 deutschStGB (krankhafte seelische Störung).

³¹ Oben bei Fn. 24.

ein „Handeln-Können“ ebenso wie ein „Erkennen Können“ voraussetze, dass die Person Handlungsalternativen bzw. Erkenntnisalternativen habe, was dem deterministischen Ansatz widerspricht. Demgegenüber wurde gezeigt, dass sich das Kriterium eines „Könnens“ des Täters mit einer deterministischen Deutung menschlichen Verhaltens vereinbaren lässt. Voraussetzung ist, dass das „Können“ nicht im Sinn von Handlungs- oder Erkenntnisalternativen verstanden wird, sondern als Vorhandensein bestimmter empirisch feststellbarer psycho-physischer „Fähigkeiten“ des Menschen. Beispielsweise setzt auch die Formulierung, jemand „kann“ Französisch sprechen oder er „kann“ Klavier spielen, keine indeterministische Willensfreiheit voraus, sondern beschreibt nur bestimmte psycho-physische Fähigkeiten des Menschen. Ferner wurde dargelegt, dass auch Sinn und Funktion der spezifischen Sanktion „Strafe“ nicht entgegenstehen, ein für die Strafbarkeit erforderliches „Können“ als bloße Aussage über eine empirisch feststellbare psycho-physische Eigenschaft des Menschen zu verstehen. Insgesamt erscheint es damit schlüssig, die Sanktion „Strafe“ und ihre Abhängigkeit von einem bestimmten „Können“ des Täters auch bei einer deterministischen Weltansicht beizubehalten.

REFERENCES

- Burgstaller M./Schütz H., (in:) F. Höpfel/E. Ratz (Hrsg.), *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2. Auflage, 174. Lieferung 2017
- Ebner J. H., (in:) F. Höpfel/E. Ratz (Hrsg.), *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2. Auflage, 192. Lieferung 2018
- Eisele J., (in:) A. Schönke/H. Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Auflage, 2019
- Frister H., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9. Auflage, 2020
- Fuchs H./Zerbes I., *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 11. Auflage, 2021
- Grafl C./Schmoller K., *Entsprechen die gesetzlichen Strafdrohungen und die von den Gerichten verhängten Strafen den aktuellen gesellschaftlichen Wertungen?*, Verhandlungen des 19. Österreichischen Juristentages Band III/1 (Gutachten), 2015
- Jakobs G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, 1993
- Jeschek H.-H./Weigend T., *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, 1996
- Kienapfel D./Höpfel F./Kert R., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 16. Auflage, 2020
- Król-Bogomilska M., „Formy winy” w prawie karnym w świetle psychologii, 1991
- Kühl K., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7. Auflage, 2012
- Moos R., (in:) O. Triffterer/C. Rosbaud/H. Hinterhofer, *Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 10. Lieferung 2004
- Ross A., „He Could Have Acted Otherwise”, (in:) A. J. Merkl/R. Marcic/A. Verdroß/R. Walter (Hrsg.), *Festschrift für Hans Kelsen*, 1971
- Roxin C./Greco L., *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*, 5. Auflage, 2020

- Schmoller K., „*Verbandsschuld*“ als funktionsanaloges Gegenstück zur *Schuld des Individualstrafrechts*, (in:) M. J. Lehmkuhl/W. Wohlers (Hrsg.), *Unternehmensstrafrecht*, 2020
- Schmoller K., *Der „subjektive Tatbestand“ des Fahrlässigkeitsdelikte*, (in:) M. Heger/B. Kelker/E. Schramm, *Festschrift für Kristian Kühn*, 2014
- Schmoller K., *Fahrlässigkeit als „subjektive Erkennbarkeit“ der Tatbestandsverwirklichung – Das Pendant zum Vorsatz*, (in:) M. Böse/K. H. Schumann/F. Toepel (Hrsg.), *Festschrift für Urs Kindhäuser*, 2019
- Schmoller K., *Zur Konturierung von „Unrecht“ und „Schuld“*. Überlegungen anhand des *Fahrlässigkeitsunrechts*, ZStW 2017
- Sternberg-Lieben D./Eisele J., (in:) A. Schönke/H. Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30. Auflage, 2019
- Triffterer O., *Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, 1994