

Natürlicher und freier Wille: eine Studie zum bürgerlichen Recht

Jörg Neuner

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Neuner, Jörg. 2018. "Natürlicher und freier Wille: eine Studie zum bürgerlichen Recht." *Archiv für die civilistische Praxis* 218 (1): 1–31. <https://doi.org/10.1628/acp-2018-0002>.

Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under these conditions:

Deutsches Urheberrecht

Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:

<https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publiz/>



Natürlicher und freier Wille

Eine Studie zum Bürgerlichen Recht

von Prof. Dr. Jörg Neuner, Universität Augsburg

Inhaltsübersicht

I. Einleitung	2
II. Begriffsbestimmungen	2
1. Die Handlungsfreiheit	2
2. Die Willensfreiheit	3
3. Die Entscheidungsfreiheit	4
4. Die Selbstbestimmung	4
5. Die Handlungsfähigkeit	5
III. Die Idee der Willensfreiheit	5
1. Die unbedingte Freiheit	6
2. Die unbedingte Unfreiheit	7
3. Die bedingte Freiheit	10
4. Juristische Schlussfolgerungen	11
a) Bedingte Willensfreiheit	11
b) Hierarchischer Kompatibilismus	12
IV. Der natürliche Wille	14
1. Definition	14
2. Abgrenzung	15
3. Kritik	16
4. Verfassungsrecht	19
5. Relevanzbereiche	20
a) Betreuung	20
b) Realakt	21
6. Feststellung	22
7. Mängel	22
V. Der freie Wille	23
1. Definition	23
2. Relevanzbereiche	25
a) Geschäftsfähigkeit	25
b) Einwilligungsfähigkeit	28
c) Deliktsfähigkeit	29
3. Relativierungen	30
VI. Ausblick	30

I. Einleitung

„Wille“ ist der Grundbegriff des Bürgerlichen Rechts. Er geht bereits in die Definition der Privatautonomie ein, die man als Freiheit versteht, Rechtsverhältnisse nach eigenem Willen begründen und ausgestalten zu können. Das Gesetz kennt vielfältige Formulierungen, die jeweils auf den Willen der Privatrechtssubjekte Bezug nehmen: „mit dem Willen“ (§ 7 BGB), „ohne den Willen“ (§ 8 BGB), ein „anderer Wille“ (§ 153 BGB), „gegen den Willen“ (§ 678 BGB) oder mit dem Willen „in Widerspruch“ stehend (§ 683 BGB). Zugleich differenziert das Gesetz zwischen dem „freien Willen“ (§ 1896 BGB) bzw. der „freien Willensbestimmung“ (§ 104 BGB) und dem „natürlichen Willen“ (§ 1906a BGB). Dieser Unterscheidung wird im Folgenden nachgegangen.

II. Begriffsbestimmungen

Um die Bedeutung des natürlichen und des freien Willens im Bürgerlichen Recht näher bestimmen zu können, sind zunächst einige Fachausdrücke zu klären, die den philosophischen und juristischen Diskurs prägen.

1. Die Handlungsfreiheit

Den Ausgangspunkt bildet der Begriff der „*Handlungsfreiheit*“, der besagt, dass man das tun kann, was man tun will.¹ Die rechte Hand hebt sich, wenn ich es will, ich reite im Wald, wenn ich dies möchte und vieles mehr. Verfassungsrechtlich wird die Handlungsfreiheit durch Art. 2 Abs. 1 GG umfassend geschützt,² der in seiner prägnanten Urfassung des *Parlamentarischen Rates* lautete: „Jedermann hat die Freiheit, zu tun und zu lassen, was die Rechte anderer nicht verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.“³ Tatbestandlich verlangt die Handlungsfreiheit lediglich eine *Kausalität* zwischen dem Willen und der Handlung, dass also ein bestimmtes Tun oder Unterlassen auf den Willen rückführbar ist.⁴ Ob

¹ S. nur *Tugendhat*, Anthropologie statt Metaphysik, 2007, S. 57 ff. (57); *Frankfurt*, The Journal of Philosophy Vol. 68 (1971), S. 5 ff. (15); aus der rechtswissenschaftlichen Literatur: *Heun*, JZ 2005, 853 ff. (858); *Hochhuth*, JZ 2005, 745 ff. (747).

² S. nur BVerfGE 6, 32 ff. (36).

³ Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hg.), Der Parlamentarische Rat 1948 – 1949, Akten und Protokolle, Band 7, Entwürfe zum Grundgesetz, bearbeitet von *Hollmann*, 1995, S. 135.

⁴ Vgl. *Tugendhat*, Anthropologie statt Metaphysik (Fn. 1), S. 57 ff. (57).

dieser Wille frei von Zwängen gebildet wurde, spielt hierfür keine Rolle. Dies ist ein Problem der Willens- und Entscheidungsfreiheit. Die Handlungsfreiheit fehlt beispielsweise im Falle von *vis absoluta*, wenn in einer Versteigerung der Hintermann meinen Arm mit Gewalt hochreißt. Umgekehrt ist bei einer Drohung die Handlungsfreiheit typischerweise gegeben, da der Wille zwar aufgrund äußerer Zwänge gebildet wurde, für die erpresste Handlung dann aber dieser Wille ursächlich wird (Beispiel: Ich gebe dem Erpresser willentlich das Geld, um mein Leben zu retten).⁵ Auch ein Irrtum bei der Willensäußerung ändert nichts daran, dass die Erklärung Ausdruck von Handlungsfreiheit ist (Beispiel: Missglückte Umsetzung des Willens aufgrund eines *Lapsus linguae* oder Schreibfehlers).

2. Die Willensfreiheit

Im Unterschied zur Handlungsfreiheit setzt die Willensfreiheit voraus, dass man das, was man will, auch beherrschen kann.⁶ Es geht um die Fähigkeit zur Reflexion und Selbstkontrolle, um das Vermögen, das, was ich spontan will, kritisch zu hinterfragen und an Gründen zu messen.⁷ Ich möchte nach meiner jetzigen Gefühlslage eigentlich faulenzen, entschieße mich nach reiflicher Überlegung aber doch, diesen Aufsatz zu schreiben. Man spricht insofern von einem „*Wollen zweiter Ordnung*“⁸, das in der Lage ist, das unmittelbare (unreflektierte) Wollen zu suspendieren, also auf einer reflexiven Ebene die faktisch handlungsleitenden Wünsche und Bedürfnisse (das „*Wollen erster Ordnung*“) zu evaluieren. Diese Kompetenz, „wollen zu können, wie man will“, fehlt etwa dem Süchtigen, der den Wunsch hat, sich neue Drogen oder Alkohol zu beschaffen, jedoch nicht in der Lage ist, seinen Willen zu überdenken und zur Disposition zu stellen. Erst auf der Grundlage der Willensfreiheit ist es daher auch gerechtfertigt, jemanden zur Verantwortung zu ziehen. Im Regelfall beruht das Fehlen von Willensfreiheit auf inneren Zwängen (Sucht, Schmerz, geistige Insuffizienz), die primär in der betroffenen Person (und deren Lebensgeschichte) begründet liegen. Möglich ist aber auch, dass ein Dritter die Willensfreiheit aufhebt, zum Beispiel durch die heimliche Applikation toxischer Substanzen.

⁵ Vgl. Seebaß, in: Müller, Theologische Realenzyklopädie Bd. XXXVI (2004), S. 61.

⁶ S. zu den theoretischen Grundlagen ausführlicher unten im Text bei Fn. 13 ff.

⁷ S. auch Tugendhat, Anthropologie statt Metaphysik (Fn. 1), S. 57 ff. (57 ff.).

⁸ Frankfurt, The Journal of Philosophy Vol. 68 (1971), S. 5 ff. (6 ff.).

3. Die Entscheidungsfreiheit

Die Willensfreiheit bildet das Pendant zur Handlungsfreiheit. Sie beschränkt sich jedoch nach dem herkömmlichen Begriffsverständnis auf die *prinzipielle* Fähigkeit zur Reflexion und Selbstkontrolle. Es bedarf daher noch einer zusätzlichen Kategorie in Form der Entscheidungsfreiheit, die (über die konstitutionellen Grundbedingungen hinaus) den Prozess der *konkreten* Willensbildung und Willensentschließung erfasst. Die Entscheidungsfreiheit kann vor allem durch Drohung, arglistige Täuschung oder Irrtum beeinträchtigt werden.⁹ Auch in diesen Fällen beruht die Handlung (Willenserklärung) aber noch auf einem selbstbestimmten Akt.¹⁰ Die Rechtsordnung versagt indes einer solchen fehlerhaften Selbstbestimmung unter bestimmten Voraussetzungen die Anerkennung, indem sie beispielsweise die Möglichkeit der Anfechtung eröffnet (§§ 119 Abs. 2, 123 BGB). Da Wissen zu den faktischen Voraussetzungen von Freiheit gehört, konstituiert die Rechtsordnung darüber hinaus vor allem auch Informationspflichten. Der Uninformierte soll über das, was es zu beurteilen gilt, hinreichende Kenntnisse erlangen, um auf dieser Grundlage soweit als möglich frei und rational entscheiden zu können.

4. Die Selbstbestimmung

Der Begriff der Selbstbestimmung ist umfassend: Während die Willens- und Entscheidungsfreiheit die *inneren* Komponenten der Selbstbestimmung abbilden, verkörpert die Handlungsfreiheit deren *äußere* Facette. Im Vergleich zur Selbstbestimmung ist der Begriff der „*allgemeinen Handlungsfreiheit*“ folglich enger, weil er nur das vom Willen geleitete äußere Tun-Können erfasst. Der Begriff „*Privatautonomie*“ ist ebenfalls spezieller, da er sich allein auf Privatrechtsverhältnisse bezieht. Die Worte „*Autonomie*“ und „Selbstbestimmung“ werden vielfach synonym verwandt, häufig aber auch als aktive und passive Formen, indem Autonomie den Zustand der Selbstbestimmung beschreibt.¹¹ Mitunter bezeichnet der Ausdruck „Selbstbestimmung“ auch die generelle Kompetenz zur eigengesetzlichen Lebensführung, wohingegen der Wille sich auf ein konkretes Ziel bezieht. Demgemäß impliziert das *Selbstbe-*

⁹ Vgl. Seeßaß, in: Müller, Theologische Realenzyklopädie Bd. XXXVI (Fn. 5), S. 64; anders Keil, Willensfreiheit, 3. Aufl. 2017, S. 5, wonach Zwangslagen und Erpressungen nur die Handlungsfreiheit einschränken; ähnlich Beckermann, in: Hermann/ Koslowski, Der freie und der unfreie Wille, 2004, S. 19 ff. (21), der die Drohung ebenfalls als Einschränkung der Handlungsfreiheit begreift.

¹⁰ Vgl. Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 422; Weiler, Die beeinflusste Willenserklärung, 2002, S. 428.

¹¹ Nicht ganz klar ist hingegen, was im juristischen Diskurs jeweils mit „Selbstbestimmungsfreiheit“ gemeint ist.

stimmungsrecht das Recht jedes Menschen, seine Angelegenheiten frei regeln zu können.

5. Die Handlungsfähigkeit

Unter Handlungsfähigkeit versteht man im Zivilrecht die Kompetenz, Rechtshandlungen wirksam vornehmen zu können, also Rechte und Pflichten durch eigenes Handeln begründen sowie ganz allgemein Rechtsfolgen herbeiführen zu können.¹² Im Unterschied zu anderen Rechtsgebieten (s. u.a. §§ 12 VwVfG, 36 SGB I, 79 AO, 12 AsylG) verwendet das BGB den Ausdruck „Handlungsfähigkeit“ nicht explizit, sondern regelt nur einzelne Ausprägungen wie die natürliche Willensfähigkeit, die Geschäftsfähigkeit und die Deliktstfähigkeit. Da das BGB die Handlungsfähigkeit umfassend versteht, setzt diese nicht notwendig Willensfreiheit voraus.

III. Die Idee der Willensfreiheit

Die Freiheit des Willens ist nicht nur ein uraltes philosophisches¹³ und theologisches¹⁴ Labyrinth, sondern wird bis hinein in die moderne Quantenphysik und Chaostheorie thematisiert.¹⁵ Auch die Rechtswissenschaft ist in ihren Grundfesten betroffen: im Strafrecht wegen des Schuldprinzips,¹⁶ im Verfassungsrecht zumindest im Hinblick auf das Rechtsstaats-, Demokratie- und Menschenwürdeprinzip.¹⁷ Im Zivilrecht reicht das Spektrum an poten-

¹² S. nur Palandt/*Ellenberger*, BGB, 77. Aufl. 2018, Überb. § 1 Rn. 3; *Wolf/Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 11. Aufl. 2016, § 12 Rn. 1.

¹³ Näher zur Ideengeschichte *Seebaß*, in: Müller, Theologische Realenzyklopädie Bd. XXXVI (Fn. 5), S. 55 ff.

¹⁴ S. beispielhaft die Lasttiermetapher bei *Luther*, Daß der freie Wille nichts sei, Antwort D. Martin Luthers an Erasmus von Rotterdam, übersetzt von Jordahn, Nachdruck der 3. Aufl. 1975, 1986, S. 46 f.: „So ist der menschliche Wille in der Mitte hingestellt wie ein Lasttier; wenn Gott darauf sitzt, will er und geht, wohin Gott will (...). Wenn der Satan darauf sitzt, will er und geht, wohin Satan will. Und es liegt nicht in seiner freien Wahl, zu einem von beiden Reitern zu laufen und ihn zu suchen, sondern die Reiter selbst kämpfen darum, ihn festzuhalten und in Besitz zu nehmen.“

¹⁵ S. näher *Hodgson*, Quantum physics, consciousness, and free will, in: Kane, The Oxford Handbook of Free Will, 2. Aufl. 2011, S. 57 ff.; *Bishop*, Chaos, indeterminism, and free will, in: Kane, The Oxford Handbook of Free Will, 2. Aufl. 2011, S. 84 ff.

¹⁶ Vgl. BGHSt 2, 194 ff. (200): „Der innere Grund des Schuldvorwurfes liegt darin, daß der Mensch auf freie, verantwortliche, sittliche Selbstbestimmung angelegt und deshalb befähigt ist, sich für das Recht und gegen das Unrecht zu entscheiden (...)“; s. auch *Schreiber*, FS Laufs, 2006, S. 1069 ff. (1069 f.); *Laufs*, MedR 2011, 1 ff. (4).

¹⁷ S. *Heun*, JZ 2005, 853 ff. (853).

tiellen Verwerfungen von der Willenserklärung über die Einwilligung bis hin zum Verschuldenserfordernis im Delikts- und Vertragsrecht.¹⁸ Um für die Rechtswissenschaft – und im Besonderen für das Zivilrecht – die Willensfreiheit adäquat zu erfassen, erscheint es zweckmäßig, die Problematik zunächst von den Extrempositionen her (stichpunktartig) einzugrenzen.

1. Die unbedingte Freiheit

Im Unterschied zum *Indeterminismus* geht der *Determinismus* davon aus, dass sämtliche Ereignisse auf dieser Welt durch Vorbedingungen eindeutig festgelegt sind, also der Zustand der Welt zu einem Zeitpunkt t den Zustand der Welt zu jedem beliebigen nachfolgenden Zeitpunkt $t + x$ bereits vollständig bestimmt.¹⁹ Der *Inkompatibilismus* besagt, dass Determinismus und Freiheit nicht miteinander vereinbar sind.²⁰ An diese Unvereinbarkeitsthese knüpft wiederum der *Libertarianismus* an, der eine deterministische Weltsicht verwirft und neben der Ereigniskausalität auch die einzelne Person für ursächlich erachtet (Akteurskausalität), welche über den Fortgang des Geschehens entscheidet und hierüber frei befinden kann.²¹

Die libertarianistische Konzeption liegt intuitiv nahe, doch ist sie vor allem dem Einwand ausgesetzt, dass Personen nicht gleichsam von außen in den normalen Weltverlauf eingreifen und die Ursache von Ereignissen sein können.²² Zumindest ist die Idee einer unbedingten Freiheit und einer völligen Indeterminiertheit unstimmig.²³ *Peter Bieri* hat dies sehr eindringlich beschrieben:

„Nehmen wir an, Sie hätten einen unbedingt freien Willen. Es wäre ein Wille, der von nichts abhinge: ein vollständig losgelöster, von allen ursächlichen Zusammenhängen freier Wille. Ein solcher Wille wäre ein aberwitziger, abstruser Wille. Seine Losge-

¹⁸ S. nur *Adam/Schmidt/Schumacher*, NStZ 2017, 7 ff. (11 ff.).

¹⁹ S. nur *Plauen*, in: Hermann/Koslowski, Der freie und der unfreie Wille, 2004, S. 79 ff. (82).

²⁰ So etwa *van Inwagen*, in: Pothast, Freies Handeln und Determinismus, 1978, S. 247 ff.; s. auch *ders.*, An Essay on Free Will, 1983, S. 55 ff.; *Kane*, The Significance of Free Will, 1996.

²¹ In diesem Sinne etwa *Chisholm*, in: Pothast, Freies Handeln und Determinismus, 1978, S. 71 ff. (82: „Jeder von uns ist, wenn wir wirklich handeln, ein erster, seinerseits unbewegter Beweger“); s. ferner *Keil*, Willensfreiheit (Fn. 9), S. 99 ff., 155 ff. zu weiteren Varianten des Libertarianismus.

²² Ausführlich *Beckermann*, Aufsätze, Bd. II: Erkenntnistheorie, Philosophie und Wissenschaft, Willensfreiheit, 2012, S. 267 ff. (270 ff.).

²³ Es gibt zudem Zweifel an der Vereinbarkeit von Freiheit und Indeterminismus; s. z.B. *van Inwagen*, Philosophical Perspectives Vol. 14, Action and Freedom (2000), S. 1 ff. (10: „But if an agent's acts are undetermined, then *how* the agent acts on a given occasion is a matter of chance.“); s. zum Zufallseinwand auch *Keil*, Willensfreiheit (Fn. 9), S. 131 ff.

löstheit nämlich würde bedeuten, daß er unabhängig wäre von Ihrem Körper, Ihrem Charakter, Ihren Gedanken und Empfindungen, Ihren Phantasien und Erinnerungen. Es wäre, mit anderen Worten, ein Wille ohne Zusammenhang mit all dem, was Sie zu einer bestimmten Person macht. In einem substantiellen Sinne des Worts wäre er deshalb gar nicht *Ihr* Wille. Statt zum Ausdruck zu bringen, was *Sie* – dieses bestimmte Individuum – aus der Logik Ihrer Lebensgeschichte heraus wollen, brähe ein solcher Wille, aus einem kausalen Vakuum kommend, einfach über Sie herein (...).“²⁴

2. Die unbedingte Unfreiheit

Nach der entgegengesetzten Konzeption gibt es überhaupt keine Freiheit und damit vor allem auch keine Verantwortlichkeit. Dieser Tradition folgt (neben dem *Impossibilismus*²⁵) ein harter Determinismus, der als physiologischer, logischer, theologischer und in einigen weiteren Varianten vertreten wird.²⁶ Die aktuelle Diskussion fokussiert sich vor allem auf moderne neurophysiologische Erkenntnisse, die mit den Experimenten von *Libet* und *Haggard/Eimer* beginnen und aus denen gefolgert wird, dass die „Entscheidungen“ des Nervensystems der bewussten Wahrnehmung einer „Handlungsentscheidung“ zeitlich vorangehen.²⁷ Die Probanden meinen zwar, selbstbestimmt zu agieren, doch unterliegen sie einer Selbsttäuschung, da das Verhalten bereits durch neuronale Prozesse gesteuert und determiniert worden ist. Willensfreiheit ist hiernach nichts anderes als eine bloße Illusion.²⁸

Die rechtlichen Konsequenzen, die ein harter Determinismus impliziert, sind tiefgreifend und mit massiven Systembrüchen verbunden: Das Prinzip „Verantwortung“ wird vom Gedanken der Prävention abgelöst, zusammen mit dem Schuldprinzip geht auch dessen sanktionslimitierende Funktion verloren und die Rede von der „Freiheit des Einzelnen“ wirkt schon begrifflich deplatziert.²⁹ Die neuronalen Prozesse steuern hiernach nicht nur die einzelnen Privatrechtsakteure, sondern gleichermaßen alle Richter/innen, deren „Entscheidungen“ ebenso streng vorherbestimmt sind wie alles andere auf der Welt. In der Folge gibt es keine „Unabhängigkeit“ der dritten Gewalt (Art. 97

²⁴ *Bieri*, Das Handwerk der Freiheit, 11. Aufl. 2013, S. 230.

²⁵ Der Impossibilismus leugnet die Willensfreiheit aus prinzipiellen Gründen, ungeachtet einer möglichen Determination; s. *Stier*, in: Kühler/Rüther (Hg.), Handbuch Handlungstheorie, 2016, S. 248 ff. (255 f.).

²⁶ S. näher *Keil*, Willensfreiheit (Fn. 9), S. 17 ff.; *Pothast*, Die Unzulänglichkeit der Freiheitsbeweise, 1980, S. 38 ff. m.w.N.

²⁷ Zu den Versuchsanordnungen s. näher *Roth*, Fühlen, Denken, Handeln, 2003, S. 518 ff.

²⁸ S. W. *Singer*, Der Beobachter im Gehirn, 2002; *Roth*, Aus Sicht des Gehirns, 2. Aufl. 2009.

²⁹ In diesem Sinne dezidiert W. *Singer*, in: Geyer, Hirnforschung und Willensfreiheit, 2004, S. 30 ff. (30): „Wir sollten aufhören, von Freiheit zu sprechen.“

Abs. 1 GG), die Befangenheitsregeln (§§ 41 ff. ZPO) erscheinen abseitig und das vernunftgeleitete Urteil wird zur schlichten „Illusion“.³⁰ Da in letzter Konsequenz auch der wissenschaftliche Diskurs in Frage steht, der von der Idee des besseren Arguments lebt, wird auf verschiedenen Ebenen versucht, diesem Konzept der „unbedingten Unfreiheit“ entgegentreten.

Erhebliche Vorbehalte werden bereits aus *neurophysiologischer Sicht* erhoben und richten sich gegen die Reliabilität und Validität der experimentellen Ergebnisse. Moniert wird vor allem, dass die wesentlichen messtheoretischen Probleme nicht adäquat behandelt wurden und auch die psychophysiologische Zuordnung inkorrekt verlief.³¹ Es lasse sich aus den Experimenten also keineswegs die weitreichende Folgerung ableiten, dass die „Entscheidung“ des Nervensystems bereits vor der bewussten Wahrnehmung der Entscheidung erfolgt.³²

Aber auch selbst dann, wenn man die modernen neurophysiologischen Experimente und Thesen für *in sich* schlüssig erachtet, wird damit der philosophische und juristische Diskurs über die Willensfreiheit weder vorweggenommen noch obsolet. Die Naturwissenschaften mögen uns erklären, „wie die Chemie und die Physik des Gehirns funktionieren“.³³ Wie das Gehirn und der Geist zusammenwirken, ist jedoch nicht mehr eine rein naturwissenschaftliche Erkenntnis, sondern bedarf der weiterführenden philosophischen Reflexion,³⁴ die es wiederum in die Rechtswissenschaft zu transferieren gilt.

Ebenso wie die Chemie und die Physik können auch die Psychologie und Psychiatrie noch keine hinreichenden Antworten darauf geben, ob der Mensch Verantwortung trägt oder nicht. Die im *Strafrecht* vielfach vertretene Lehre der „*normativen Ansprechbarkeit*“ bleibt deshalb begründungsdefizitär. Repräsentativ ist die Auffassung von *Claus Roxin*, der sich in puncto Willensfreiheit zum Agnostiker erklärt und die psychische Steuerungsfähigkeit im Sinne eines erfahrungswissenschaftlichen Befundes berücksichtigen will.³⁵ Eine psychologisch oder psychiatrisch festgestellte Steuerungsfähigkeit soll hiernach bereits ausreichen, um einen Täter kraft „*normativer Setzung*“ als frei zu behandeln.³⁶

³⁰ Vgl. *Hochbuth*, JZ 2005, 745 ff. (746).

³¹ *Rösler*, in: *Lampe/Pauen/Roth*, Willensfreiheit und rechtliche Ordnung, 2008, S. 140 ff. (145 ff., 156 ff.); *Mankowski*, AcP 211 (2011), S. 153 ff. (163 ff.) m.w.N.

³² S. auch *Schreiber*, FS Laufs (Fn. 16), S. 1069 ff. (1072 ff.).

³³ *Prinz*, in: *Geyer*, Hirnforschung und Willensfreiheit, 2004, S. 20 ff. (26).

³⁴ Vgl. *Habermas*, DZPhil 52 (2004), S. 871 ff. (872).

³⁵ *Roxin*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 19 Rn. 36; zustimmend *Cording/Roth*, NJW 2015, 26 ff. (31); kritisch *Zürcher*, *Legitimation von Strafe*, 2014, S. 107; *Pauen*, *Illusion Freiheit?*, 2. Aufl. 2008, S. 239.

³⁶ *Roxin*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil (Fn. 35), § 19 Rn. 37, 46.

Aus *staatsrechtlicher Perspektive* geht *Christoph Möllers* ebenfalls davon aus, dass Willensfreiheit lediglich als eine Unterstellung oder Setzung aufgefasst werden kann.³⁷ Selbst wenn die Hirnforschung zu konträren Ergebnissen führen würde, bliebe es uns verfassungstheoretisch unbenommen, den Einzelnen so zu behandeln, als wäre er ein freies Wesen. Umgekehrt müssten sich die Rechtsunterworfenen über ihre Unfreiheit erst einig werden, wollten sie die Verfassung entsprechend abändern.³⁸ Diese formal-positivistische Sicht würde auch im Zivilrecht zu einer unterstellten Willensfreiheit führen. Offen bleibt freilich, ob im Rahmen der Identitätsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG ein Paradigmenwechsel hin zu einem strengen Determinismus überhaupt zur Disposition steht und wie ein verfassungsändernder Legislativakt ohne vernunftgeleitete Willensbildung der Akteure mit der Staatsform der Demokratie in Einklang zu bringen ist.³⁹

In der Sache spricht gegen einen harten Determinismus vor allem, dass er einem rationalen Diskurs die Grundlage entzieht. Selbst die dogmatische Verteidigung einer deterministischen Weltsicht, die die Freiheit zur Gänze bestreitet, ist konsequenterweise unfrei und von vorherbestimmten Auffassungen geprägt.⁴⁰ Für Schöpferisches in der Welt lässt ein harter Determinismus ebenfalls keinen Raum.⁴¹ Dies ist schon aus evolutionstheoretischer Sicht schwer nachvollziehbar, weil Prozesse der bewussten Rationalität, die einen eminent wichtigen Teil unseres Lebens bilden, praktisch funktionslos blieben und für das Überleben des Organismus keine Rolle spielen würden.⁴² Auch empirisch ist evident, dass unsere Entscheidungen zumindest partiell auf Sachargumenten und rationalen Überlegungen gründen.⁴³ Deshalb gibt es

³⁷ Möllers, in: Lampe/Pauen/Roth, Willensfreiheit und rechtliche Ordnung, 2008, S. 250 ff. (252 ff.).

³⁸ Möllers, in: Lampe/Pauen/Roth, Willensfreiheit und rechtliche Ordnung (Fn. 37), S. 250 ff. (271); zustimmend Heun, in: Lampe/Pauen/Roth, Willensfreiheit und rechtliche Ordnung, 2008, S. 276 ff. (282).

³⁹ Hierzu dezidiert BVerfGE 123, 267 ff. (413): „Das Schuldprinzip gehört zu der wegen Art. 79 Abs. 3 GG unverfügbaren Verfassungsidentität“; s. auch Tiedemann, Menschenwürde als Rechtsbegriff, 3. Aufl. 2012, S. 243 ff., 285 ff. m.w.N.

⁴⁰ S. Potthast, Die Unzulänglichkeit der Freiheitsbeweise (Fn. 26), S. 251: „Wenn der Determinismus wahr ist, dann geht das Fürwahrhalten der deterministischen These, wie jeder andere menschliche Akt, aus vorausliegenden Bedingungen nach allgemeinen Gesetzen hervor“.

⁴¹ S. Popper, Objektive Erkenntnis, 4. Aufl. 1984, S. 231 ff.

⁴² Searle, Freiheit und Neurobiologie, 2004, S. 50; Habermas, DZPhil 52 (2004), S. 871 ff. (879 f.).

⁴³ Vgl. Beckermann, in: Hermann/Koslowski, Der freie und der unfreie Wille (Fn. 9), S. 19 ff. (28); Heun, JZ 2005, 853 ff. (859); Zippelius, Rechtsphilosophie, 6. Aufl. 2011, § 25 III (mit Verweis auf Schuldbewusstsein und Reue).

Lob und Tadel, Vorwürfe und Selbstvorwürfe sowie speziell im Bereich des Rechts die legitime Erwartung auf rational nachvollziehbare Gerichtsurteile.

3. Die bedingte Freiheit

Die Alternativen heißen somit nicht unbedingte Freiheit versus unbedingte Unfreiheit, harter Determinismus versus völlige Indeterminiertheit. Was verbleibt, ist eine vermittelnde Sicht in Form von bedingter Freiheit. Konstruktiv lässt sich diese Konzeption durch einen „moderaten“ Libertarianismus⁴⁴ oder einen „weichen“ Determinismus erreichen. Den „weichen“ Determinismus nennt man *Kompatibilismus*, weil er Freiheit und Determinismus für miteinander vereinbar erachtet.⁴⁵ Weiter kann man unterscheiden zwischen Kompatibilisten, die den Determinismus für wahr erachten und solchen, die hierzu eine indifferente Haltung einnehmen („agnostischer Kompatibilismus“).⁴⁶ Die Begründungsmodelle des Kompatibilismus sind ganz unterschiedlicher Natur. Sie reichen von der Annahme, dass „bestimmte neuronale Prozesse zugleich Prozesse des Überlegens sind, die für Gründe und Argumente sensitiv sind“⁴⁷, über die Bindfaden-Metapher, nach der der Kausalverlauf durch das Ichgeschehen hindurchläuft,⁴⁸ bis hin zu der Feststellung: „Was Sie als Ihre

⁴⁴ Vgl. Seebaß, *Handlung und Freiheit*, 2006, S. 191 ff. (196): „Kein Mensch besitzt *absolute* Distanz zur Welt. Im Gegenteil: in dem, was wir tagtäglich wollen und tun, sind wir von zahllosen natürlichen und sozio-kulturellen Vorgaben abhängig und durch sie mitbestimmt. Aber dies anzuerkennen heißt natürlich noch lange nicht, die Möglichkeit einer *partiell* eigenständigen, nicht völlig deterministischen Willensbildung in Abrede zu stellen (...).“; s. auch Keil, *Willensfreiheit* (Fn. 9), S. 116 ff., der hervorhebt, dass kaum ein libertarischer Philosoph von Rang die Lehre von der unbedingten Freiheit ausdrücklich vertritt.

⁴⁵ Ausführlicher *Strawson*, in: Craig, *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, 1998, *Free Will*, S. 743 ff. (744 ff.).

⁴⁶ Vgl. Keil, *Willensfreiheit* (Fn. 9), S. 8, 59; Seebaß, *Zeitschrift für philosophische Forschung* 47 (1993), S. 1 ff. (19 ff.).

⁴⁷ Beckermann, in: Schmidinger/Sedmak, *Der Mensch – freies Wesen? Autonomie – Personalität – Verantwortung*, 2005, S. 111 ff. (123); ähnlich *ders.*, in: Hermann/Koslowski, *Der freie und der unfreie Wille* (Fn. 9), S. 19 ff. (26 ff.).

⁴⁸ Tugendhat, *Anthropologie statt Metaphysik* (Fn. 1), S. 57 ff. (69): „Durch das Ichgeschehen ergibt sich wirklich ein ‚Warumstop‘: anstelle des Kausalflusses der Motive werde *ich* verantwortlich gemacht, denn ich habe in den Kausalfluß eingegriffen oder hätte in ihn eingreifen können, indem ich die unmittelbaren Motive auf ein Ziel hin suspendiere oder suspendieren konnte. Andererseits liegt es nahe, diese Suspension nun ihrerseits als kausal bedingt anzusehen. Man kann sich zur Veranschaulichung einen Bindfaden vorstellen, in dem ein Knoten angebracht ist. Der Bindfaden steht für das Fließen der Kausalität. Durch den Knoten, der für das Ichverhalten in den zwei Spielräumen steht, ist die Kausalität tatsächlich unterbrochen und durch meine Tätigkeit ersetzt, und doch besteht auch der Knoten nur aus Bindfaden. Man kann zwar nicht

Freiheit erleben, ist, daß Sie am Ende dasjenige wollen, was in Ihrem Urteil überwiegt – daß Ihr Wille Ihrem Urteil gehorcht.“⁴⁹ Besonders hervorzuheben ist das von *Harry G. Frankfurt* entwickelte Konzept einer hierarchischen Stufung des menschlichen Willens,⁵⁰ dem die These zugrunde liegt, dass alternative Handlungsmöglichkeiten („the principle of alternate possibilities“) keine notwendige Bedingung für Freiheit und Verantwortung sind.⁵¹

4. Juristische Schlussfolgerungen

Aus dem allgemeinen philosophischen Diskurs lassen sich einige Ergebnisse für die Zivilrechtswissenschaft ableiten:

a) Bedingte Willensfreiheit

Sowohl ein harter Determinismus als auch ein exzessiver Indeterminismus haben sich als inadäquat herausgestellt. Sie entsprechen auch nur Außenseiterpositionen. Mit der ganz überwiegenden Meinung ist stattdessen von einer bedingten Willensfreiheit auszugehen. Diese Bedingtheit darf einerseits

beweisen, daß das Ichgeschehen kausal bestimmt ist, aber es scheint auch keinen Grund zu geben, die Art, wie das Ichgeschehen abläuft, als nicht in sich kausal bestimmt anzusehen.“

⁴⁹ *Bieri*, Das Handwerk der Freiheit (Fn. 24), S. 80 f. sowie S. 287 f.: „Es gehört zur *Logik* und zum *Sinn* des Entscheidungsprozesses, daß ich weiß: Am Ende werde ich nur das eine wollen und tun können. Solange ich überlege und mir verschiedene Möglichkeiten vorstelle, ist die Willensbildung nicht abgeschlossen, und es ist wahr, wenn ich denke: *Jetzt*, während ich an die Alternativen denke, ist noch nicht alles festgelegt. Doch das Nachdenken über die Alternativen ist insgesamt ein Geschehen, das mich, zusammen mit meiner Geschichte, am Ende auf einen ganz bestimmten Willen festlegen wird.“

⁵⁰ *S. Frankfurt*, *The Journal of Philosophy* Vol. 68 (1971), S. 5 ff.

⁵¹ Zu den sog. „Frankfurt-type examples“ s. *Frankfurt*, *The Journal of Philosophy* Vol. 66 (1969), S. 829 ff. (S. 831 ff. und speziell S. 835 f.): „Suppose someone – Black, let us say – wants Jones to perform a certain action. Black is prepared to go to considerable lengths to get his way, but he prefers to avoid showing his hand unnecessarily. So he waits until Jones is about to make up his mind what to do, and he does nothing unless it is clear to him (Black is an excellent judge of such things) that Jones is going to decide to do something *other* than what he wants him to do. If it does become clear that Jones is going to decide to do something else, Black takes effective steps to ensure that Jones decides to do, and that he does do, what he wants him to do. (...) Now suppose that Black never has to show his hand because Jones, for reasons of his own, decides to perform and does perform the very action Black wants him to perform. In that case, it seems clear, Jones will bear precisely the same moral responsibility for what he does as he would have borne if Black had not been ready to take steps to ensure that he do it.“

„nicht gegen die Idee der Verantwortung ausgespielt werden“⁵², doch reicht die Freiheit andererseits „wohl oft nicht so weit wie man glaubt, und das kann einen dazu führen, mit dem grausamen Instrument der Vorwürfe und Selbstvorwürfe nicht zu leichtfertig umzugehen.“⁵³

Die Idee einer bedingten Willensfreiheit liegt auch dem BGB zugrunde. Man kann dies paradigmatisch an dem zivilrechtlichen Verschuldensprinzip und den differenzierten Regelungen zur Deliktsfähigkeit erkennen (§§ 827 f. BGB). Sowohl die Haftung für unerlaubte Handlungen als auch für vertragliche Pflichtverletzungen setzt grundsätzlich Verschulden voraus (§§ 823 Abs. 1, 280 Abs. 1, 276 BGB).⁵⁴ Nur ausnahmsweise gilt ein objektiver Maßstab (bei leichter Fahrlässigkeit) oder eine Garantiehaftung (z.B. für Luxustiere gem. § 833 S. 1 BGB und das Verschulden Dritter gem. § 278 BGB).

b) Hierarchischer Kompatibilismus

Das Konzept der bedingten Willensfreiheit liegt nicht nur als tragendes Prinzip dem Haftungsrecht zugrunde, sondern der Gesetzgeber trifft überdies subtile Unterscheidungen, indem er den „natürlichen Willen“ (§ 1906a Abs. 1, 4 BGB) vom „freien Willen“ (§ 1896 Abs. 1a BGB) und der „freien Willensbestimmung“ (§ 104 Nr. 2, § 827 S. 1 BGB) abgrenzt.⁵⁵ Will man diesen Differenzierungen einen theoretischen Unterbau verleihen, liegt es nahe, das von *Harry G. Frankfurt* entwickelte Modell einer hierarchischen Stufung des menschlichen Willens zu übernehmen und für die Zivilrechtsdogmatik nutzbar zu machen.

Das etwas verschachtelte Theoriegebäude erschließt sich am einfachsten vom Begriff der Handlungsfreiheit aus. Bedeutet Handlungsfreiheit, das tun zu können, was man will, stellt sich unter dem Aspekt der Willensfreiheit die Anschlussfrage, ob der Wille, den ich habe, auch der Wille ist, den ich haben möchte. Oder in klassischer Diktion gefragt: „Kannst Du auch wollen, was Du willst?“⁵⁶ Demgemäß sind verschiedene Stufen des Wollens zu unterscheiden.⁵⁷ Auf der ersten Stufe bilden sich schlichte, unreflektierte Wünsche

⁵² *Bieri*, Das Handwerk der Freiheit (Fn. 24), S. 358.

⁵³ *Tugendhat*, Anthropologie statt Metaphysik (Fn. 1), S. 57 ff. (73).

⁵⁴ S. näher *Adam/Schmidt/Schumacher*, NStZ 2017, 7 ff. (11 f.).

⁵⁵ S. hierzu näher unten im Text bei Fn. 71 ff.

⁵⁶ *Schopenhauer*, Die beiden Grundprobleme der Ethik, behandelt in zwei akademischen Preisschriften, 1841, S. 7.

⁵⁷ *S. Frankfurt*, The Journal of Philosophy Vol. 68 (1971), S. 5 ff. (6 ff.); aus der Sekundärliteratur s. u.a. die Aufsätze in *Betzler/Guckes* (Hg.), Autonomes Handeln – Beiträge zur Philosophie von Harry G. Frankfurt, 2001; kritisch ferner *Nida-Rümelin*, Über menschliche Freiheit, 2005, S. 90 ff.; *Pauen*, Illusion Freiheit? (Fn. 35), S. 54 ff.

(„simply desires to do or not to do one thing or another“⁵⁸). Wird ein solcher Wunsch handlungseffektiv, liegt ein „*Wollen erster Ordnung*“ vor. Von diesem spontanen (sinnlichen) Wünschen und Wollen, das man in sich vorfindet, sind das Wünschen und Wollen auf der zweiten Stufe zu differenzieren. Sowohl solche „second-order desires“ als auch solche „second-order volitions“ haben Wünsche erster Ordnung zum Gegenstand.⁵⁹ „*Second-order volitions*“ beziehen sich demnach nicht direkt auf eine Handlung, sondern auf einen bestimmten „Wunsch erster Ordnung“, der handlungswirksam werden soll.⁶⁰ Im Gegensatz zu dem „Wollen erster Ordnung“ ist es ein reflektiertes, ein überlegtes Wollen. Der Betreffende steht seinem eigenen Willen nicht blind und indifferent gegenüber, sondern bewertet die eigenen Wünsche.⁶¹ Diese Kompetenz, „Volitionen zweiter Ordnung“ zu bilden, fehlt einem Getriebenen („wanton“), der lediglich über Wünsche verfügt (z.B. der haltlose Drogen-, Alkohol- oder Spielsüchtige).⁶² Abzugrenzen von den „second-order volitions“ sind die (rechtlich weniger relevanten) „second-order desires“, bei denen man sich das bloße Haben eines Wunsches wünscht (z.B. der Psychotherapeut, der den Wunsch nach Drogenkonsum hat, um seine Patienten besser verstehen zu können, jedoch nicht möchte, dass sein Verlangen handlungswirksam wird).⁶³

Man muss diesem hierarchischen Willensmodell von *Frankfurt* weder in terminologischen Details („wanton“) noch in dem grundlegenden Begriff des

⁵⁸ *Frankfurt*, *The Journal of Philosophy* Vol. 68 (1971), S. 5 ff. (7).

⁵⁹ Zu dem Problem des unendlichen Regresses s. näher *Hermann*, in: Betzler/Guckes (Hg.), *Autonomes Handeln* (Fn. 57), S. 153 ff. (156 ff.); *Seebaß*, in: Müller, *Theologische Realenzyklopädie* Bd. XXXVI (Fn. 5), S. 64 f. m.w.N.

⁶⁰ Ob Wünsche kausal determiniert sind, spielt keine Rolle, s. *Frankfurt*, *The Journal of Philosophy* Vol. 68 (1971), S. 5 ff. (20: „My conception of the freedom of the will appears to be neutral with regard to the problem of determinism“).

⁶¹ S. auch schon *Kant*, *Kritik der reinen Vernunft*, *Gesammelte Schriften*, Bd. III, herausgegeben von der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften, 1911, S. 521: „Denn, nicht bloß das, was reizt, d.i. die Sinne unmittelbar afficirt, bestimmt die menschliche Willkür, sondern wir haben ein Vermögen, durch Vorstellungen von dem, was selbst auf entferntere Art nützlich oder schädlich ist, die Eindrücke auf unser sinnliches Begehrungsvermögen zu überwinden; diese Überlegungen aber von dem, was in Ansehung unseres ganzen Zustandes begehrenswerth, d. i. gut und nützlich, ist, beruhen auf der Vernunft.“

⁶² S. hierzu auch schon oben im Text bei Fn. 8; hiervon unterscheidet *Frankfurt*, *The Journal of Philosophy* Vol. 68 (1971), S. 5 ff. (12 f.) den Süchtigen wider Willen („unwilling addict“), der von einem Willen geleitet wird, den er eigentlich nicht haben möchte, weil er von seiner Sucht frei kommen möchte. Aber auch in diesem Fall fehlt die Willensfreiheit, weil der Betroffene sich nicht mit seinen „Wünschen erster Ordnung“ identifiziert, sich nicht von jenem Willen leiten lässt, den er haben will.

⁶³ *Frankfurt*, *The Journal of Philosophy* Vol. 68 (1971), S. 5 ff. (9).

Personenseins („Volitionen zweiter Stufe“ zu haben) folgen. Die Stufung des Willens in zwei Ebenen überzeugt aber konzeptionell, da die Freiheit dadurch adäquat zum Ausdruck kommt. Die Differenzierung entspricht auch der alltäglichen Erfahrung, ebenso wie den speziellen zivilrechtlichen Denkformen: Der spontane Wunsch, das unmittelbare Wollen ist das, was alle natürlichen Personen im Sinne des BGB grundsätzlich gemeinsam haben. Die darüber hinausgehende Fähigkeit, über diese Impulse zu reflektieren, nennen wir Geschäfts- oder Deliktsfähigkeit. Weiter ausdifferenziert lassen sich die Einseh- und Steuerungsfähigkeit als Wissen und Wollen auf der zweiten Ebene rekonstruieren.⁶⁴ Ganz ähnlich unterscheidet bezeichnenderweise auch der Gesetzgeber zwischen dem „natürlichen“ und dem „freien“ Willen.

IV. Der natürliche Wille

Eine recht präzise Beschreibung des natürlichen Willens findet man bereits bei *Hegel*: „Der natürliche Wille ist Wille der Begierde, der Neigung, die das Unmittelbare will, die noch nicht *dies* will, denn dazu gehört, daß er vernünftiger Wille wäre, daß er einsähe, daß das Gesetz das Vernünftige ist.“⁶⁵ Mittlerweile hat sich der „natürliche Wille“ zu einem legislatorischen Terminus technicus entwickelt, der erstmals im Jahr 2013 in das BGB explizit aufgenommen wurde.⁶⁶ Der Gesetzgeber verwandte ihn zunächst in § 1906 Abs. 3 BGB a.F. zur Definition einer Zwangsbehandlung („Widerspricht eine ärztliche Maßnahme ... dem natürlichen Willen des Betreuten“). In Reaktion auf eine Entscheidung des BVerfG zur Zwangsbehandlung von stationär Betreuten⁶⁷ wird der „natürliche Wille“ nunmehr in § 1906a Abs. 1, 4 BGB zweifach, d.h. auch bei der Verbringung von Betreuten zu einem stationären Aufenthalt, berücksichtigt.

1. Definition

Die Bedeutung des Begriffs „natürlicher Wille“ erschließt sich näher aus § 1906a Abs. 1 Nr. 2 BGB, der für eine Zwangsbehandlung verlangt, dass „der Betreute auf Grund einer psychischen Krankheit oder einer geistigen oder seelischen Behinderung die Notwendigkeit der ärztlichen Maßnahme nicht

⁶⁴ S. auch *Bung*, FS Kargl, 2015, S. 65 ff. (67).

⁶⁵ *Hegel*, Vorlesungen über die Philosophie der Religion, Zweiter Band, 1832, S. 213.

⁶⁶ Auch in verschiedenen Landesgesetzen wird der „natürliche Wille“ berücksichtigt; s. etwa § 8 HmbPsychKG (Begriff der Unterbringung); § 22 SächsPsychKG (Behandlung gegen den Willen).

⁶⁷ BVerfGE 142, 313 ff.

erkennen oder nicht nach dieser Einsicht handeln kann.“ Ähnlich ist die „freie Willensbestimmung“ gemäß § 104 Nr. 2 BGB ausgeschlossen, wenn „jemand nicht imstande ist, seinen Willen frei und unbeeinflusst von der vorliegenden Geistesstörung zu bilden und nach zutreffend gewonnenen Einsichten zu handeln.“⁶⁸ In den Gesetzesmaterialien zu § 1906 Abs. 3 Nr. 1 BGB a.F. wird zugleich in einem positiven Sinn hervorgehoben, dass ein Einwilligungsunfähiger (*in concreto*: ein Betreuter) einen „natürlichen Willen“ bilden kann: „Auch der Betroffene, der die Notwendigkeit der Maßnahme nicht erkennen oder nicht nach dieser Einsicht handeln kann, kann aber zum Ausdruck bringen, dass er eine Behandlung, in die sein Betreuer eingewilligt hat, gleichwohl nicht dulden möchte.“⁶⁹

De lege lata ist unter dem „natürlichen Willen“ somit eine Willensäußerung zu verstehen, die von keiner Einsichts- und Steuerungsfähigkeit geleitet wird.⁷⁰ Im Sinne des hierarchischen Kompatibilismus kann man auch von einem spontanen Wollen sprechen, dem die Reflexion auf der zweiten Stufe fehlt. Der Betroffene ist mangels Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit nicht in der Lage, sein unmittelbares Wollen zu bewerten.

2. Abgrenzung

Der „natürliche Wille“ ist zunächst vom „freien Willen“ abzugrenzen, der von der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit abhängt. Von dieser *Obergrenze* aus betrachtet ist der „natürliche Wille“ ein Defizienzbegriff, dem Eigenschaften des „freien Willens“ fehlen.⁷¹

Gleichsam von der *Untergrenze* aus betrachtet, bedarf es eines Willens. Das Handeln muss von einem Wollen bestimmt sein, das sich auf vorhandene Bedürfnisse, vorgegebene Neigungen oder sonstige tatsächliche Begehren bezieht. Es kann sich vor allem um ein physisches oder emotionales Verlangen handeln, etwa nach Schmerzlinderung, nach Nahrungsaufnahme, nach Zuneigung oder nach Aneignung einer Sache. Dieses unmittelbare (sinnliche) Wollen fehlt zum Beispiel bei epileptischen Zuckungen oder reflexartigen Bewegungen eines Bewusstlosen.⁷² Auch bei Patienten mit apallischem Syndrom (Wachkoma) oder Säuglingen kann es sich im Einzelfall um reine Reflexe han-

⁶⁸ BGH WM 2017, 950 ff. (Tz. 13); NJW 1996, 918 f. (919).

⁶⁹ BT-Drs. 17/11513, S. 5; s. auch BT-Drs. 17/12086, S. 11.

⁷⁰ So auch BT-Drs. 15/2494, S. 28.

⁷¹ S. auch Jox, in: Schildmann/Fahr/Vollmann, Entscheidungen am Lebensende in der modernen Medizin: Ethik, Recht, Ökonomie und Klinik, 2006, S. 69 ff. (73).

⁷² Vgl. MünchKomm/Schwab, BGB, 7. Aufl. 2017, § 1906 Rn. 45; Lipp, FamRZ 2013, 913 ff. (920).

deln, die von keinem Willen geleitet werden. Im Übrigen genügt aber „jede Art von Ablehnung oder Gegenwehr“⁷³, um beispielsweise eine Sterilisation gem. § 1905 BGB auszuschließen.⁷⁴

Demgegenüber wird in der Literatur für einen „natürlichen Willen“ mitunter verlangt, dass der Betroffene „noch über einen Rest intellektueller Fähigkeiten verfügt“⁷⁵. In der weiteren Folge hat der BGH entschieden, dass ein Betroffener in Betreuungssachen als verfahrensfähig anzusehen ist, „ohne dass es auf seine Fähigkeit ankommt, einen natürlichen Willen zu bilden.“⁷⁶ Die Forderung nach einem Mindestmaß an intellektuellen Fähigkeiten steht allerdings mit der *lex lata* nicht in Einklang und wäre überdies kein praxistaugliches Abgrenzungskriterium. Ausreichend ist ein schlichtes, im Extremfall gänzlich unreflektiertes Wollen, gerade auch um einen umfassenden Rechtsschutz zu gewährleisten.

Zu dem Personenkreis, der lediglich, aber immerhin einen „natürlichen Willen“ bilden kann, gehören typischerweise Kleinkinder, Menschen mit schwerer geistiger oder psychischer Behinderung und stark Suchterkrankte. Man wird allerdings auch höher entwickelten *Tieren* einen natürlichen Willen nicht absprechen können. Diese vermögen ebenfalls ein (unreflektiertes) Wollen auszudrücken, das sich auf vorhandene Bedürfnisse oder Wünsche bezieht. Der Tierschutz gehört daher zu den Staatszielbestimmungen des Art. 20a GG. Träger von Rechten und Pflichten im Sinne von § 1 BGB können freilich nur Menschen sein.

3. Kritik

Gegen die rechtliche Kategorie eines „natürlichen Willens“ werden verschiedene begriffliche und inhaltliche Bedenken vorgetragen.

Begrifflich wird die Rede vom „natürlichen Willen“ als doppeldeutig, als *contradictio in adjecto* und als irreführend kritisiert. Der Ausdruck sei doppeldeutig, weil mit ihm sowohl die „Einsichts- und Steuerungsfähigkeit“ als auch das genaue Gegenteil assoziiert werde.⁷⁷ Dieser Vorhalt ist durch den aktuellen Sprachgebrauch des Gesetzes überholt, obgleich die Gesetzesmate-

⁷³ BT-Drs. 11/4528, S. 143.

⁷⁴ So auch Erman/Roth, BGB, 15. Aufl. 2017, § 1905 Rn. 10; MünchKomm/Schwab (Fn. 72), § 1905 Rn. 18: „(…), irgend ein Grad von Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit ist nicht vorausgesetzt.“

⁷⁵ BeckOK/Günter, FamFG, 24. Ed., Stand 2017, § 275 Rn. 2a; Stadler, Allgemeiner Teil des BGB, 19. Aufl. 2017, § 16 Rn. 34 („gewisse Einsichtsfähigkeit“).

⁷⁶ BGH NJW 2014, 215 ff. (1. Leitsatz).

⁷⁷ S. Beckmann, JZ 2013, 604 ff. (606).

rialien zur Einwilligung in ärztliche Maßnahmen hiervon abweichen.⁷⁸ Die Entgegnung einer *contradictio in adjecto* erscheint berechtigt, wenn man eine streng rationalistische Willensauffassung zugrunde legt,⁷⁹ wird aber hinfällig, sobald man dem Modell einer hierarchischen Stufung des menschlichen Willens folgt. Es verbleibt noch der Einwand der Irreführung, weil es keinen „unnatürlichen“ Willen gebe.⁸⁰ In dieser Kontrastierung ist das Adjektiv „natürlich“ in der Tat missverständlich. Es gewinnt jedoch an Ausdruckskraft, wenn man es eher im Sinne von „ursprünglich“ versteht, als das, was in der Biographie des Menschen den „naturhaften“ Anfang der Willensbildung kennzeichnet. Da es sich zudem um einen über die Jahrhunderte tradierten Begriff handelt (*voluntas naturalis* im Unterschied zur reflektierenden *voluntas deliberativa*), liegt es nahe, den Ausdruck weiterhin zu verwenden.⁸¹

Inhaltlich muss sich die Differenzierung zwischen „natürlichem“ und „freiem Willen“ vor allem der Kritik des *UN-Behindertenrechtsausschusses* stellen,

„that ‚unsoundedness of mind‘ and other discriminatory labels are not legitimate reasons for the denial of legal capacity (...). Legal capacity means that all people, including persons with disabilities, have legal standing and legal agency simply by virtue of being human. (...) The functional approach attempts to assess mental capacity and deny legal capacity accordingly. (...) This approach is flawed for two key reasons: (a) it is discriminatorily applied to people with disabilities; and (b) it presumes to be able to accurately assess the inner-workings of the human mind and, when the person does not pass the assessment, it then denies him or her a core human right – the right to equal recognition before the law.“⁸²

Der UN-Behindertenrechtsausschuss kommentiert mit diesen Worten Art. 12 Abs. 2 UN-Behindertenrechtskonvention, der besagt, „dass Menschen mit Behinderungen in allen Lebensbereichen gleichberechtigt mit anderen Rechts- und Handlungsfähigkeit genießen.“⁸³ Das deutsche Privatrecht erfüllt jene Vorgaben bereits partiell durch die Eingangsnorm des § 1 BGB, der die Rechtsfähigkeit allein an die Geburt des Menschen knüpft. Darüber

⁷⁸ S. BT-Drs. 17/10488, S. 23 und BT-Drs. 16/8442, S. 12 f., wo jeweils die „natürliche Einsichts- und Steuerungsfähigkeit“ verlangt wird.

⁷⁹ So Jox, in: Schildmann/Fahr/Vollmann, Entscheidungen am Lebensende in der modernen Medizin: Ethik, Recht, Ökonomie und Klinik (Fn. 71), S. 69 ff. (80 f.).

⁸⁰ S. Beckmann, JZ 2013, 604 ff. (607).

⁸¹ So letztlich auch Jox, in: Wiesemann/Simon, Handbuch Patientenautonomie: Theoretische Grundlagen – Praktische Anwendungen, 2013, S. 329 ff. (331: „keine griffige Alternative“).

⁸² Committee on the Rights of Persons with Disabilities, General Comment No 1: Equal recognition before the law, 2014, Rn. 13 ff.; zur völkerrechtlichen Unverbindlichkeit solcher Stellungnahmen s. BVerfGE 142, 313 ff. (Tz. 90) m.w.N.

⁸³ BGBl. 2008 II, S. 1419 ff. (1430).

hinaus entspricht die rechtliche Kategorie des „natürlichen Willens“ der Forderung nach Handlungsfähigkeit, da sie richtigerweise keine intellektuellen Fähigkeiten voraussetzt. Das schlichte Wollen „erster Ordnung“ reicht bereits aus, um rechtserheblich agieren zu können, ohne „the inner-workings of the human mind“ evaluieren zu müssen. Dies gilt freilich nur, soweit das Gesetz keinen freien Willen voraussetzt.

Die Kritik richtet sich deshalb im Kern gegen die Idee eines freien Willens, doch droht damit zugleich ein prekärer Konflikt mit Grundprinzipien unserer Rechtsordnung. Wer uneingeschränkte Handlungsfreiheit („legal capacity“) für Menschen mit starken geistigen Handicaps fordert, proklamiert folgerichtig auch eine uneingeschränkte Deliktsfähigkeit,⁸⁴ die mit dem Schuldprinzip unvereinbar wäre. Ebenso untauglich ist die Vorstellung einer uneingeschränkten Geschäftsfähigkeit, da ruinöse wirtschaftliche und persönliche Gefahren drohen.⁸⁵ Flankierend und relativierend verlangt deshalb Art. 12 Abs. 3 UN-Behindertenrechtskonvention, dass alle Vertragsstaaten geeignete Maßnahmen treffen, „um Menschen mit Behinderungen Zugang zu der Unterstützung zu verschaffen, die sie bei der Ausübung ihrer Rechts- und Handlungsfähigkeit gegebenenfalls benötigen.“⁸⁶ Im Vordergrund steht hiernach ein System der unterstützenden Entscheidungsfindung („supported decision-making“).⁸⁷ Dieser freiheitswahrende Ansatz ändert allerdings nichts daran, dass eine gesetzliche Vertretung als *ultima ratio* erforderlich wird, wenn der Betroffene mangels „freien Willens“ eine notwendige Entscheidung nicht selbst zu treffen vermag.⁸⁸ In besonderen Ausnahmekonstellationen kann es überdies geboten sein, sich über den natürlichen Willen hinwegzusetzen, um gravierende Gefahren abzuwenden. Eine solche subsidiäre Fremdbestimmung ist schließlich auch mit Art. 12 UN-Behindertenrechtskonvention vereinbar, da die beteiligten Vertragsstaaten auf paternalistische Interventionen nicht gänzlich verzichten wollten und der Schutz von Menschen mit Behinderung sonst in sein Gegenteil verkehrt würde.⁸⁹

⁸⁴ Vgl. nur Lipp, FamRZ 2012, 669 ff. (672) m.w.N.

⁸⁵ Daher wird gefordert, „legal capacity“ nicht einfach mit „Geschäftsfähigkeit“ zu übersetzen, sondern von der „capacity to contract“ abzugrenzen; so Harm, BtPrax 2015, 135 ff. (136); Staudinger/Bienwald, BGB, 2013, § 1896 Rn. 11 argumentiert, dass § 1896 BGB mit Art. 12 UN-Behindertenrechtskonvention vereinbar sei, weil die Bestellung eines Betreuers nicht zum Verlust der Geschäftsfähigkeit führe.

⁸⁶ BGBl. 2008 II, S. 1419 ff. (1430).

⁸⁷ S. ausführlicher Masuch/Gmati, NZS 2013, 521 ff. (525).

⁸⁸ Vgl. Damm, Bundesgesundheitsblatt 2016, 1075 ff. (1082).

⁸⁹ S. Ganner, in: Coester-Waltjen u.a., Perspektiven und Reform des Erwachsenenschutzes, 2013, S. 41 ff. (46 ff.); Lipp, FamRZ 2017, 4 ff. (7) argumentiert überdies, dass weder die Vorsorgevollmacht noch die rechtliche Betreuung ein „substitute decision-making regime“ im Sinne des General Comment sind, weil der früher erklärte bzw.

4. Verfassungsrecht

Das BVerfG hat ebenfalls entschieden, dass unter strengen Voraussetzungen eine Zwangsbehandlung als letztes Mittel auch gegen den natürlichen Willen von nicht einsichtsfähigen Betreuten erfolgen darf. Richtigerweise hat sich das Gericht hierbei jedoch nicht einfach auf die Schutzgebotsfunktion der Grundrechte berufen, sondern zugleich betont, dass eine Zwangsbehandlung in Konflikt mit dem Selbstbestimmungsrecht und dem Recht auf körperliche Unversehrtheit des Betroffenen gerät.⁹⁰ Die Schutzpflicht geht deshalb nur vor, wenn dem einwilligungsunfähigen Betreuten schwerwiegende Gesundheitsbeeinträchtigungen drohen und die Vorteile eines medizinischen Eingriffs eindeutig gegenüber den Nachteilen und Risiken überwiegen.⁹¹ Das BVerfG folgt damit gerade nicht dem vom UN-Behindertenrechtsausschuss kritisierten funktionalen Ansatz, sondern argumentiert streng final unter Berücksichtigung der drohenden Konsequenzen.

Dieses folgenorientierte Schutzkonzept gibt zu Reformen ebenso Anlass wie der grundsätzliche Wechsel hin zu Assistenz und Unterstützung im Sinne eines „supported decision-making“. Betroffen sind vor allem die Rechtsinstitute der Vorsorgevollmacht und Betreuung,⁹² aber auch das Recht der Geschäftsfähigkeit. So hat *Claus-Wilhelm Canaris* schon vor über 30 Jahren die Nichtigkeitsfolge des § 105 BGB wegen eines Verstoßes gegen das Übermaßverbot (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) als verfassungswidrig beurteilt und stattdessen eine analoge Anwendung der §§ 107 ff. BGB gefordert.⁹³ Mittlerweile hat der Gesetzgeber zumindest partiell die Rechte von geschäftsunfähigen Personen verbessert, namentlich bei Abschluss eines Wohn- und Betreuungsvertrags gem. § 4 Abs. 2 WBVG, bei Abschluss eines Werkstattvertrags gem. § 138 Abs. 5 SGB IX sowie bei Geschäften des täglichen Lebens gem. § 105a BGB.⁹⁴

der mutmaßliche Wille des behinderten Menschen zu befolgen sei (§§ 665, 1901, 1901a BGB); s. in diesem Sinne auch schon das Positionspapier des *Betreuungsgerichtstags e.V.* vom 15.09.2014, abrufbar unter www.bgt-ev.de/stellungnahmen.html.

⁹⁰ BVerfGE 142, 313 ff. (Tz. 72); s. zum verfassungsrechtlichen Schutz des natürlichen Willens auch *Lindner/Huber*, NJW 2017, 6 ff. (7).

⁹¹ BVerfGE 142, 313 ff. (Tz. 72).

⁹² Hierzu näher *Lipp*, FamRZ 2017, 4 ff. (10 f.) m.umf.N.

⁹³ *Canaris*, JZ 1987, 993 ff. (996 ff.); 1988, 494 ff. (496 ff.); zur Unvereinbarkeit mit Art. 12 UN-Behindertenrechtskonvention *Lachwitz*, KJ 2012, 385 ff. (397 ff.); s. zu Reformvorschlägen auch ausführlich *Wedemann*, AcP 209 (2009), S. 668 ff.

⁹⁴ S. näher *Wolf/Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts (Fn. 12), § 34 Rn. 13 ff.

5. Relevanzbereiche

Der natürliche Wille erlangt im Bürgerlichen Recht bislang hauptsächlich im Bereich der Betreuung und bei Realakten Bedeutung.

a) Betreuung

Schlägt ein Volljähriger gem. § 1897 Abs. 4 S. 1 BGB eine Person vor, die zum Betreuer bestellt werden soll, ist hierfür keine Einsichtsfähigkeit erforderlich.⁹⁵ Das Gleiche gilt, wenn der Betreute einer Sterilisation gem. § 1905 Abs. 1 Nr. 1 BGB widerspricht. Der natürliche Wille ist ferner für das Vorliegen einer ärztlichen Zwangsmaßnahme sowie für die Verbringung zu einem stationären Krankenhausaufenthalt gem. § 1906a Abs. 1 S. 1, Abs. 4 BGB maßgeblich.⁹⁶ Berücksichtigt man die verfassungsrechtliche Verankerung des natürlichen Willens, ist dieser auch für den Widerruf einer Patientenverfügung gem. § 1901a Abs. 1 S. 3 BGB bedeutsam.⁹⁷ Die Pflicht zur Aufklärung eines einwilligungsunfähigen Patienten ist hingegen anders ausgestaltet. Da Aufklärung ihren Zweck nur erreichen kann, wenn der Adressat sie begreift, setzt § 630e Abs. 5 S. 1 BGB voraus, dass der Patient „aufgrund seines Entwicklungsstandes und seiner Verständnismöglichkeiten in der Lage ist, die Erläuterung aufzunehmen“.

⁹⁵ Vgl. BGH FamRZ 2015, 648 f. (Tz. 19); MünchKomm/Schwab (Fn. 72), § 1897 Rn. 23 m.w.N.

⁹⁶ Im Ergebnis (zu § 1906 BGB a.F.) wie hier MünchKomm/Schwab (Fn. 72), § 1906 Rn. 45; unbestimmt *Spickhoff*, in: ders., Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 1906 BGB Rn. 14: „Es geht wohl um eine reflektierte (nicht rein reflexhafte), ausdrückliche oder konkludente Willensäußerung (...).“

⁹⁷ Es wäre mit der Menschenwürdekonzepktion des Grundgesetzes schwer vereinbar, einen Patienten, der mittlerweile einwilligungsunfähig ist, aber offenkundig das Leben noch genießen möchte, an seine frühere gegenläufige Patientenverfügung rigoros zu binden; vgl. *Lindner/Huber*, NJW 2017, 6 ff. (7 ff.). Auch mit der UN-Behindertenrechtskonvention lässt es sich kaum in Einklang bringen, den natürlichen Willen einfach zu ignorieren. Selbst wenn ein solcher Widerruf in der Patientenverfügung ausdrücklich für unbeachtlich erklärt wird, gilt es den allgemeinen zivil- und verfassungsrechtlichen Grundsatz zu berücksichtigen, dass die Perspektive auf eine Veränderung der Lebensverhältnisse nicht gänzlich aufgegeben werden kann; s. zu dieser sehr strittigen Gesamtthematik ausführlicher *Jürgens*, Betreuungsrecht, 5. Aufl. 2014, § 1901a Rn. 12; *Jox*, in: Schildmann/Fahr/Vollmann, Entscheidungen am Lebensende in der modernen Medizin: Ethik, Recht, Ökonomie und Klinik (Fn. 71), S. 69 ff. (82 ff.); *Steenbreker*, NJW 2012, 3207 ff. (3209 ff.); *Neuner*, in: Albers, Patientenverfügungen, 2008, S. 113 ff. (123 ff.).

b) *Realakt*

Das Musterbild eines *Realakts* ist der Besitzerwerb gem. § 854 Abs. 1 BGB. Auch hierfür reicht der natürliche Wille im Sinne eines schlichten Wollens aus.⁹⁸ Der Erwerber muss lediglich bereit und in der Lage sein, Herrschaft über die Sache zu gewinnen.⁹⁹ Dieses Wollen fehlt einem Schlafenden, dem eine Sache zugesteckt wird,¹⁰⁰ nicht aber einem Kleinkind, das Besitz an den ihm überlassenen Spielsachen erwerben kann.¹⁰¹ Ebenso wie für den Besitzerwerb¹⁰² reicht auch für den Besitzverlust der natürliche Wille aus (herrenlos gem. § 959 BGB wird die Sache freilich erst aufgrund einer Willenserklärung).¹⁰³ Zu den weiteren Realakten zählen die Verbindung und Vermischung gem. §§ 946 bis 949 BGB. In diesen Fällen ist für die Verwirklichung des Tatbestands aber nicht einmal ein willensgetragenes Verhalten erforderlich.¹⁰⁴ Eine Verarbeitung im Sinne von § 950 Abs. 1 BGB setzt zwar ein vom menschlichen Willen gesteuertes Tun voraus, doch werden an diesen Willen keine weiteren Anforderungen gestellt.¹⁰⁵

Lässt man die wesentlichen zivilrechtlichen Relevanzbereiche Revue passieren, zeigt sich, dass ein natürlicher Wille lediglich die Entschlossenheit voraussetzt, etwas tun oder unterlassen zu wollen. Aufgrund der Relativität der Rechtsbegriffe¹⁰⁶ sind zwar auch qualifiziertere gesetzliche Anforderungen möglich, doch ist das schlichte Wollen „erster Ordnung“ systemprägend.

⁹⁸ Einen Sonderfall bilden die *Begründung und Aufhebung des Wohnsitzes* gem. § 7 BGB. Diese stehen zwar Realakten nahe, doch verlangt § 8 BGB in beiden Fällen, wie bei geschäftsähnlichen Handlungen, Geschäftsfähigkeit.

⁹⁹ Vgl. MünchKomm/Joost, BGB, 7. Aufl. 2017, § 854 Rn. 9.

¹⁰⁰ S. Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 7 Rn. 15; Staudinger/Gutzeit, BGB, 2012, § 854 Rn. 19 m.w.N.

¹⁰¹ Vgl. BeckOGK/Götz, BGB, Stand 2017, § 854 Rn. 82; Erman/Lorenz, BGB, 15. Aufl. 2017, § 854 Rn. 10 m.w.N.

¹⁰² Zur Besitzbegründung beim Fund s. näher MünchKomm/Oechsler, BGB, 7. Aufl. 2017, § 965 Rn. 10; speziell zum Schatzfund BeckOGK/Schermaier, BGB, Stand 2017, § 984 Rn. 17.

¹⁰³ S. nur MünchKomm/Joost (Fn. 99), § 856 Rn. 3.

¹⁰⁴ Vgl. BeckOGK/Schermaier (Fn. 102), § 946 Rn. 25; Erman/Ebbing, BGB, 15. Aufl. 2017, § 946 Rn. 2; a.A. MünchKomm/Füller, BGB, 7. Aufl. 2017, § 946 Rn. 4 (aber als Realakt einordnend).

¹⁰⁵ Staudinger/Wiegand, BGB, 2017, § 950 Rn. 8; BeckOGK/Schermaier (Fn. 102), § 950 Rn. 8 f.

¹⁰⁶ S. hierzu nur Engisch, Einführung in das juristische Denken, 8. Aufl. 1983, S. 78, 161 f.; T. Möllers, Juristische Methodenlehre, 2017, § 6 Rn. 17 ff.

6. Feststellung

Ist bei *Realakten* ein natürlicher Wille erforderlich, muss dieser nach außen erkennbar hervortreten. Ein Dritter muss das Verhalten als Wille zur Besitzbegründung, zur Besitzaufgabe oder zur Verwirklichung eines sonstigen Realakts interpretieren können.¹⁰⁷

Auch im *Betreuungsrecht* muss der Betroffene seinen natürlichen Willen äußern oder mittels Körpersprache (Mimik, Gestik, Haltung) konkludent zu erkennen geben. Ein nur innerer, nicht kundgetaner Vorbehalt ist unbeachtlich. Der Wille muss zudem hinreichend deutlich zum Ausdruck kommen und darf nicht schon aus flüchtigen, reflexartigen Reaktionen geschlossen werden.¹⁰⁸

Besondere Schwierigkeiten kann der Widerruf einer *Patientenverfügung* bereiten. Zwar gibt es gewiss Fälle, in denen ein Demenzkranker sichtbare Lebensfreude entfaltet, den Wunsch nach künstlicher Ernährung in irgendeiner Form nachhaltig zum Ausdruck bringt und damit eine gegenläufige Patientenverfügung widerruft. Oftmals wird es allerdings sehr schwierig sein, einen solchen Willen verlässlich festzustellen. So kann beispielsweise bei Krebspatienten im Endstadium der Lebenswille innerhalb von 12 Stunden höchst unterschiedlich ausgeprägt sein.¹⁰⁹ Auch aus der Stabilisierung akuter Krisen darf nicht ohne weiteres auf einen Lebenswillen geschlossen werden.¹¹⁰

7. Mängel

Eine Anfechtung wegen Willensmängeln scheidet bei *Realakten* schon deshalb aus, weil es sich hierbei um faktische Vorgänge handelt. Definiert man den Besitz als tatsächliche Gewalt über eine Sache, wäre es unstimmg, diese Tatsache durch Anfechtung wieder beseitigen zu können.¹¹¹

Widerspricht ein *Betreuer* einer Sterilisation oder einem anderen ärztlichen Eingriff, kann ein potentieller Willensmangel dadurch behoben werden, dass einer Sterilisation nunmehr zugestimmt wird oder ein ärztlicher Ein-

¹⁰⁷ Vgl. BeckOGK/Götz (Fn. 101), § 854 Rn. 83; Staudinger/Gutzeit (Fn. 100), § 854 Rn. 20; MünchKomm/Joost (Fn. 99), § 856 Rn. 3.

¹⁰⁸ Vgl. Dodegge, NJW 2013, 1265 ff. (1266); BeckOGK/Brilla, BGB, Stand 2017, § 1906 Rn. 112.

¹⁰⁹ S. Eisenmenger, in: Hager, Die Patientenverfügung, 2006, S. 19 ff. (22 f.) m.w.N.

¹¹⁰ S. Jox, in: Wiesenmann/Simon, Handbuch Patientenautonomie: Theoretische Grundlagen – Praktische Anwendungen (Fn. 81), S. 329 ff. (334).

¹¹¹ Vgl. Wieling, Sachenrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 2006, § 4 I 2 c (S. 148); MünchKomm/Joost (Fn. 99), § 856 Rn. 3.

griff den Charakter als Zwangsmaßnahme verliert. Etwas komplexer ist der umgekehrte Fall, dass ein Widerspruch aufgrund eines Willensmangels unterbleibt. Handelt es sich um einen Irrtum, ist dieser als reines Internum zu werten, der an der Rechtmäßigkeit des Eingriffs nichts ändert, zumal bei der bloßen Kundgabe des natürlichen Willens Irrtümer nur selten auftreten werden. Neben einem Irrtum kommt als weitere Variante vor allem eine Drohung in Betracht, die den einwilligungsunfähigen Betreuten davon abhält, der Sterilisation zu widersprechen. Hat ein Dritter gedroht, ändert dies grundsätzlich nichts an der Wirksamkeit der Einwilligung durch den Betreuer. Hat der Betreuer selbst gedroht oder hatte er von der Drohung Kenntnis, ist die Einwilligung unwirksam, doch handelt der betreuende Arzt in der Regel nicht schuldhaft (gem. §§ 280 Abs. 1 S. 2, 823 BGB).

Bei *Patientenverfügungen* kann ein Widerruf ebenfalls unter einem Willensmangel leiden. Erfolgt aufgrund des (mangelbehafteten) Widerrufs einer behandlungsuntersagenden Patientenverfügung ein ärztlicher Eingriff, bleiben Irrtümer, im Unterschied zur Drohung oder arglistigen Täuschung, wiederum unbeachtlich. Im Übrigen kommt ein Widerruf des Widerrufs in Betracht, doch werden damit auch die Grenzen des Rechts deutlich.

V. Der freie Wille

Ebenso wie der „natürliche Wille“ ist auch der „freie Wille“ ein Gesetzesbegriff. Er wird in § 1896 Abs. 1a BGB verwandt, der besagt, dass „gegen den freien Willen des Volljährigen ein Betreuer nicht bestellt werden (darf)“.¹¹² In ähnlicher Weise sprechen die §§ 104 Nr. 2, 827 S. 1 BGB von „freier Willensbestimmung“¹¹³.

1. Definition

Definiert man den „natürlichen Willen“ als Defizienzbegriff gegenüber dem „freien Willen“, wird das Adjektiv „frei“ schon mit erläutert.¹¹⁴ Gleichsinnig wird der Terminus auch in den Gesetzesmaterialien entfaltet: „Die beiden entscheidenden Kriterien sind (...) die Einsichtsfähigkeit des Betroffenen

¹¹² Des Weiteren wird der „freie Wille“ in einigen Landesgesetzen erwähnt; s. z.B. § 22 Abs. 2 Nr. 5 SächsPsychKG, Art. 6 Abs. 2 S. 2 BayMRVG.

¹¹³ Zu diesem Ausdruck rechtsgeschichtlich und im Vergleich zum Strafrecht *Hilfenkamp*, JZ 2015, 391 ff. (391 ff.).

¹¹⁴ S. oben im Text bei Fn. 71.

und dessen Fähigkeit, nach dieser Einsicht zu handeln.“¹¹⁵ Es bedarf also neben dem kognitiven Element der *Einsichtsfähigkeit* auch eines voluntativen Elements in Form der *Steuerungsfähigkeit*. Zur reliablen und validen Prüfung dieser Kriterien im jeweiligen Einzelfall sind verschiedene medizinische Tests entwickelt worden (insbesondere der „McArthur Competence Assessment Tool for Treatment Test“).¹¹⁶ Solche medizinischen Tests und ihre Ergebnisse sind für die Gerichte allerdings nicht bindend; der „freie Wille“ ist ein Rechtsbegriff.¹¹⁷ Dieser Rechtsbegriff bezieht sich auch stets auf einen *konkreten* Kontext und ist insofern *relativ*. So kann man beispielsweise nicht von einer Einwilligungsfähigkeit einfach auf die Geschäftsfähigkeit oder von der Geschäftsfähigkeit einfach auf den freien Willen bei der Ablehnung einer Betreuung schließen.¹¹⁸ Generell lässt sich nur sagen, dass bei erwachsenen Personen angesichts des Rechts auf Selbstbestimmung ein freier Wille zu vermuten ist, das Gegenteil also im Einzelfall nachgewiesen werden muss.¹¹⁹

Versucht man die Kriterien der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit juristisch präziser zu fassen, sind wiederum die Gesetzesmaterialien zu § 1896 Abs. 1a BGB aufschlussreich: „Einsichtsfähigkeit setzt die Fähigkeit des Betroffenen voraus, im Grundsatz die für und wider eine Betreuerbestellung sprechenden Gesichtspunkte zu erkennen und gegeneinander abzuwägen. (...) Das Vorliegen bestimmender Einflüsse Dritter vermag zur Bewertung einer Willensäußerung als ‚unfrei‘ führen.“¹²⁰ Ganz ähnlich definieren Rechtsprechung und h.L. auch die Einsichtsfähigkeit im Rahmen von § 104 Nr. 2 BGB.¹²¹

¹¹⁵ BT-Drs. 15/2494, S. 28; aus der Rechtsprechung s. nur BGH NJW 2017, 890 f. (Tz. 19).

¹¹⁶ S. näher *Içagiç*, Die Autonomie des einwilligungsunfähigen Patienten, 2016, S. 71 ff.; *Kirsch/Steinert*, Krankenhauspsychiatrie 2006, 96 ff. (99 f.); generell zur medizinischen Begutachtung der Geschäftsfähigkeit (und der Testierfähigkeit) *Wetterling*, Freier Wille und neuropsychiatrische Erkrankungen, 2016.

¹¹⁷ S. auch *Schmoeckel*, NJW 2016, 433 ff. (434 ff.).

¹¹⁸ Vgl. BGH NJW 2016, 2745 ff. (Tz. 22 ff.); Palandt/Götz (Fn. 12), § 1896 Rn. 4.

¹¹⁹ Vgl. BGH NJW 2014, 1095 ff. (Tz. 24); *Schmoeckel*, NJW 2016, 433 ff. (438); NK-BGB/Baldus, 3. Aufl. 2016, § 104 Rn. 78 (jeweils zur Geschäftsfähigkeit); OLG Koblenz NJW 2015, 79 ff. (Tz. 38 zur Einwilligung); *Magnus*, Patientenautonomie im Strafrecht, 2015, S. 189 (zur Patientenverfügung); zu § 1896 Abs. 1a BGB s. BT-Drs. 15/2494, S. 28: „Pauschal wertende Feststellungen reichen nicht.“

¹²⁰ BT-Drs. 15/2494, S. 28; zur Testierfähigkeit lautet die Formulierung in § 2229 Abs. 4 BGB: „die Bedeutung einer von ihm abgegebenen Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln“.

¹²¹ OLG Brandenburg FamRZ 2011, 216 f. (216); BGH NJW 1970, 1680 f. (1681); 1953, 1342 ff. (1342); aus der Literatur s. *Spickhoff*, in: ders., Medizinrecht (Fn. 96), § 105a BGB Rn. 4; MünchKomm/Schmitt, BGB, 7. Aufl. 2015, § 104 Rn. 14.

Der „freie Wille“ des BGB setzt demnach kein „Anders-Handeln-Können“ im Sinne des Indeterminismus voraus und unterscheidet sich damit grundlegend von der herrschenden Auslegung im Strafrecht zu § 20 StGB.¹²² Ausreichend ist ein Wollen „zweiter Ordnung“, ein reflektiertes, überlegtes Wollen, oder wie das RG bereits formulierte „eine Bestimmbarkeit des Willens durch vernünftige Erwägungen“¹²³.

Zu der Einsichtsfähigkeit muss noch die Steuerungsfähigkeit hinzukommen. Diese verlangt, dass der Betroffene in der Lage ist, nach der zutreffend gewonnen Einsicht zu handeln.¹²⁴

2. Relevanzbereiche

Der freie Wille ist vor allem im Rahmen der Geschäfts-, Einwilligung- und Deliktsfähigkeit von zentraler Bedeutung.

a) Geschäftsfähigkeit

Unter der „Geschäftsfähigkeit“ versteht man die Fähigkeit, Rechtsgeschäfte wirksam vornehmen zu können.¹²⁵ Diese gängige Definition beschreibt allerdings nur den prinzipiellen rechtlichen Status einer Person und korrespondiert nicht zwangsläufig mit den individuellen Fähigkeiten zur freien Willensbildung, weil § 104 Nr. 2 BGB für Geschäftsunfähigkeit einen *dauerhaften*, die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit verlangt. Eine nur vorübergehende Störung der Geistestätigkeit ändert dagegen nichts am Status der Geschäftsfähigkeit, obwohl eine Willenserklärung gem. § 105 Abs. 2 BGB nicht wirksam abgegeben werden kann.¹²⁶ Die volle Geschäftsfähigkeit hängt überdies von der Vollendung des 18. Lebensjahres ab, und zwar ungeachtet der individuellen Reife des oder der Heranwachsenden.¹²⁷ Der Begriff der Geschäftsfähigkeit knüpft somit nur in

¹²² S. eingehend *Spilgies*, HRRS 2015, 177 ff. (186: Die „Gleichung § 104 BGB = § 827 BGB = § 20 StGB“ geht nicht auf).

¹²³ RGZ 103, 399 ff. (401); s. ferner auch *Staudinger/Klump*, BGB, 2017, § 104 Rn. 18.

¹²⁴ BGH FamRZ 2017, 1149 ff. (Tz. 14); MünchKomm/*Schwab* (Fn. 72), § 1896 Rn. 31.

¹²⁵ S. nur *Palandt/Ellenberger* (Fn. 12), Einf v § 104 Rn. 2; *Leipold*, BGB I, 9. Aufl. 2017, § 11 Rn. 4; *Wolf/Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts (Fn. 12), § 12 Rn. 7.

¹²⁶ Vgl. MünchKomm/*Schmitt* (Fn. 121), § 105 Rn. 41; *Staudinger/Klump* (Fn. 123), § 105 Rn. 28.

¹²⁷ Zu den Modifikationen bei der *Testierfähigkeit* s. §§ 2229, 2233 Abs. 1, 2247 Abs. 4 BGB.

typisierender Weise an die Fähigkeit zur freien Willensbildung an. Darüber hinaus ist fraglich, in welchem *Maße* ein freier Wille erforderlich ist, um wirksam Rechtsgeschäfte vornehmen zu können. In diesem Kontext stellen sich hauptsächlich drei Probleme:

Weitgehende Übereinstimmung besteht, dass eine *partielle Geschäftsunfähigkeit*, die nur einen bestimmten, abgrenzbaren Lebensbereich erfasst, die Geschäftsfähigkeit in allen anderen Gebieten unberührt lässt (Beispiel: krankhafte Querulanz in Rechtsstreitigkeiten).¹²⁸ Eine Extension auf alle nicht betroffenen Bereiche wäre ein unverhältnismäßiger Eingriff in die Privatautonomie, den auch die Rechtssicherheit nicht gebietet. Ebenso ist zur Wahrung der Privatautonomie eine *partielle Geschäftsfähigkeit* anzuerkennen, bei der ein an sich Geschäftsunfähiger in einem abgrenzbaren Lebensbereich über die Fähigkeit zur freien Willensbildung verfügt. Die Rechtsprechung hat dies in verfassungskonformer Auslegung für die Eheschließung¹²⁹ sowie für die Erteilung einer Vorsorgevollmacht¹³⁰ bejaht.

Im Unterschied zur partiellen Geschäfts(un)fähigkeit lehnt die h.M. eine *relative Geschäftsfähigkeit* ab.¹³¹ Sie verweist auf die Möglichkeit, Geschäfte des täglichen Lebens gem. § 105a BGB tätigen zu können, und sieht vor allem eine Gefahr für die Rechtssicherheit.¹³² Das Argument der Rechtssicherheit ist allerdings nicht sehr stark.¹³³ Zum einen ist auch bei § 105a BGB der Verkehrsschutz nachrangig und zum anderen zeigt die Rechtsvergleichung, dass die Anerkennung einer relativen Geschäftsfähigkeit zu keinen schwerwiegenden Beeinträchtigungen des Rechtsverkehrs führt.¹³⁴ Wenig überzeugend wirkt auch das zusätzliche Argument, wonach ein Ausschluss der freien Willensbildung regelmäßig die ganze Persönlichkeit ergreife.¹³⁵ Gerade bei langen Übergangszeiten, wie etwa im Fall einer sich langsam entwickelnden Demenz, kann der freie Wille unterschiedlich stark ausgeprägt sein und deshalb

¹²⁸ S. nur BGH NJW 2008, 840 ff. (Tz. 18 zur Spielsuchterkrankung); *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl. 2016, Rn. 542; *Staudinger/Klump* (Fn. 123), § 104 Rn. 23 m.umf.N.

¹²⁹ BVerfG NJW 2003, 1382 f. (1383).

¹³⁰ OLG München NJW-RR 2009, 1599 ff. (1602).

¹³¹ BGH NJW 1970, 1680 f. (1681); NK-BGB/*Baldus* (Fn. 119), § 104 Rn. 29; *Köhler*, BGB Allgemeiner Teil, 41. Aufl. 2017, § 10 Rn. 4.

¹³² Vgl. *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 984; *Wolff/Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts (Fn. 12), § 34 Rn. 7 (diese bisherige Ansicht gebe ich auf).

¹³³ S. auch schon *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 4. Aufl. 1992, § 13, 5.

¹³⁴ *S. Spickhoff*, AcP 208 (2008), S. 345 ff. (380, 384).

¹³⁵ So BGH NJW 1970, 1680 f. (1681); *Staudinger/Klump* (Fn. 123), § 104 Rn. 20.

gegen eine harte Entweder-Oder-Entscheidung sprechen.¹³⁶ Zu bedenken ist ferner, dass insbesondere nach Art. 12 UN-Behindertenrechtskonvention die Teilnahme am Rechtsverkehr für alle Menschen, jedenfalls soweit es der Grad der jeweiligen Behinderung erlaubt, sichergestellt sein muss. Die Konvention nimmt zwar innerstaatlich nur den Rang eines einfachen Gesetzes ein, doch bleibt methodisch Raum für eine konforme Auslegung von § 104 Nr. 2 BGB im Sinne der Anerkennung von „relativer Geschäftsfähigkeit“.¹³⁷

Neben der partiellen und der relativen Geschäftsfähigkeit gibt es gleichsam auch eine *temporäre Geschäftsfähigkeit* in sog. *lichten Augenblicken* (*lucida intervalla*).¹³⁸ Dies folgt aus § 104 Nr. 2 BGB, der die Geschäftsunfähigkeit von dem konkreten, tatsächlichen Krankheitszustand abhängig macht, und damit wiederum den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wahrt. Die Figur des lichten Augenblicks ist allerdings umstritten. Vor allem aus psychiatrischer Sicht wird Kritik geübt.¹³⁹ Auch das OLG München hat in einer Entscheidung ausgeführt, dass im Falle einer chronisch-progredienten Demenz ein luzides Intervall „praktisch ausgeschlossen“ ist.¹⁴⁰ Die Kritik richtet sich im Kern aber nur gegen ein veraltetes, wissenschaftlich überholtes Begriffsverständnis im Sinne von kurzfristigen Gesundungen und symptomfreien Momenten während chronischer Krankheitsverläufe.¹⁴¹ Der heutige *juristische* Sprachgebrauch ist jedoch erkennbar offener und erfasst auch das längerfristige und phasenhafte Nachlassen von Krankheitssymptomen. Jedenfalls ändert der terminologische Streit nichts an der nationalen und internationalen

¹³⁶ Vgl. *Schmoeckel*, NJW 2016, 433 ff. (433 f.); s. mit Verweis auf die unverhältnismäßigen Konsequenzen auch *Leipold*, BGB I (Fn. 125), § 11 Rn. 17.

¹³⁷ Zur folgerichtigen Anerkennung einer relativen Testierfähigkeit s. *Leipold*, Erb-recht, 21. Aufl. 2016, Rn. 269; MünchKomm/*Hagen*, BGB, 7. Aufl. 2017, § 2229 Rn. 15 m.w.N.

¹³⁸ S. nur *Leipold*, BGB I (Fn. 125), § 11 Rn. 15; *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs (Fn. 132), Rn. 982; *Staudinger/Klumpp* (Fn. 123), § 104 Rn. 25 m.w.N.

¹³⁹ Repräsentativ *Cording*, Fortschritte Neurologie Psychiatrie 72 (2004), 147 ff. (156 f.); *Binder*, Das luzide Intervall, 1998, S. 9 ff.

¹⁴⁰ OLG München ZEV 2013, 504 ff. (506); so auch *Cording*, ZEV 2010, 115 ff. (120).

¹⁴¹ S. *Cording*, Fortschritte Neurologie Psychiatrie 72 (2004), 147 ff. (156): „Während die ursprüngliche Vorstellung von ‚intervalla lucida‘ sich offensichtlich auf die meist Monate bis Jahre dauernden symptomfreien Intervalle bei *phasenhaft* verlaufenden Psychosen bezogen hatte (in denen Geschäfts- und Testierfähigkeit wiedererlangt wird), kam es im 19. Jh. zu einem Bedeutungswandel, und der Begriff des ‚luziden Intervalls‘ wird seither meist für *kurzdauernde* Zustandsbesserungen während eines an sich *chronischen* Krankheitsprozesses verwendet (die keine forensische Relevanz haben). In der juristischen Literatur werden beide Arten von ‚Intervallen‘ nicht unterschieden, daher rührt die Konfusion“; kritisch aus juristischer Sicht auch NK-BGB/*Baldus* (Fn. 119), § 105 Rn. 3 ff.

Rechtslage, die verlangt, auch dauerhaft Erkrankte als geschäftsfähig zu behandeln, sofern das getätigte Rechtsgeschäft auf einer nachweisbar freien Willensbildung beruht.¹⁴²

b) Einwilligungsfähigkeit

Unter Einwilligungsfähigkeit versteht man die Kompetenz, Dritten eine tatsächliche Handlung im eigenen Rechtskreis wirksam gestatten (oder untersagen) zu können. Als Voraussetzungen¹⁴³ benennen die Gesetzesmaterialien (in missverständlicher Umschreibung¹⁴⁴) die „Einsichts- und Steuerungsfähigkeit“.¹⁴⁵ Umgekehrt spricht § 14 Abs. 1 GenDG in verallgemeinerbarer Weise von einer einwilligungsunfähigen Person, wenn diese „nicht in der Lage ist, Wesen, Bedeutung und Tragweite der genetischen Untersuchung zu erkennen und ihren Willen hiernach auszurichten“.

Für die Feststellung der Einwilligungsfähigkeit kommt es stets und allein auf den konkreten Eingriff und die Umstände des Einzelfalls an. Im medizinischen Sektor reicht das Spektrum vom bloßen Anlegen eines Verbandes oder der Anbringung eines Bettgitters bis hin zur risikoreichen Operation oder Behandlung mit Außenseitermethoden.¹⁴⁶ Erforderlich ist somit jeweils eine *relative Einwilligungsfähigkeit*.¹⁴⁷

Bei Volljährigen wird die Einwilligungsfähigkeit ebenso wie die Geschäftsfähigkeit vermutet.¹⁴⁸ Komplex und umstritten ist die Rechtslage bei Eingriffen in die *körperliche Integrität* von Minderjährigen.¹⁴⁹ Mangels konkreter gesetzgeberischer Regelungen verbleibt hier methodisch nur die Möglichkeit, mittels Analogie- und Umkehrschlüssen nach verallgemeinerbaren Standards zu suchen: Eine alleinige Einwilligungszuständigkeit der Eltern besteht hier-

¹⁴² S. auch *Schmoeckel*, NJW 2016, 433 ff. (437); *Staudinger/Klump* (Fn. 123), § 104 Rn. 27.

¹⁴³ Zum Widerspruch gem. § 1896 Abs. 1a BGB s. bereits oben im Text bei Fn. 120.

¹⁴⁴ S. dazu oben im Text bei Fn. 77 f.

¹⁴⁵ BT-Drs. 17/10488, S. 23; 16/8442, S. 12 f.

¹⁴⁶ Vgl. auch *Beckmann*, JZ 2013, 604 ff. (607 f.).

¹⁴⁷ MünchKomm/*Wagner*, BGB, 7. Aufl. 2016, § 630d Rn. 20; BeckOK/*Müller*, BGB, 43. Ed., Stand 2017, § 1904 Rn. 6; *Genske*, MedR 2016, 173 ff. (176) m.w.N.; auf die relative Einsichtsfähigkeit kommt es auch bei höchstpersönlichen Geschäften des Geschäftsherrn im Rahmen der GoA an; im Falle von Geschäftsunfähigkeit oder beschränkter Geschäftsfähigkeit entscheidet nach h.M. der Wille des gesetzlichen Vertreters; vgl. *Erman/Dornis*, BGB, 15. Aufl. 2017, § 683 Rn. 9 m.w.N.

¹⁴⁸ Vgl. nur BT-Drs. 17/10488, S. 23.

¹⁴⁹ Dazu aus jüngster Zeit *Damm*, MedR 2015, 231 ff. (232 f., 238); monographisch *Gleixner-Eberle*, Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger, 2014; *Brückner*, Das medizinische Selbstbestimmungsrecht Minderjähriger, 2014.

nach bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres (*e contrario* zu §§ 9 Abs. 1 Nr. 3, 60 S. 3 FamFG, § 19 StGB u.a.); ab Vollendung des 16. Lebensjahres ist grundsätzlich das Kind allein zuständig (analog § 2229 Abs. 1 BGB, § 2 Abs. 2 S. 3 TPG, § 182 Abs. 3 StGB u.a.), mit Ausnahme einer kumulativen Zuständigkeit von Eltern und Kind bei besonders riskanten Eingriffen (analog § 8a Abs. 1 Nr. 4, 5 TPG, § 40 Abs. 4 AMG, § 20 Abs. 4 MPG u.a.).¹⁵⁰

Handelt es sich um einen Eingriff in reine *Vermögensrechte*, sind die §§ 104 ff. BGB analog anwendbar, da es wertungsmäßig keinen Unterschied macht, ob ein Kind das Eigentum an einer Sache überträgt oder einem anderen erlauben möchte, die Sache zu verändern oder zu zerstören.¹⁵¹ Bei dem *Recht am eigenen Bild* und vergleichbaren Persönlichkeitsrechten besteht eine Doppelzuständigkeit des einsichtsfähigen Kindes und seiner gesetzlichen Vertreter, da die Einwilligung vor allem erhebliche ideelle und auch ökonomische Konsequenzen haben kann.¹⁵²

c) Deliktsfähigkeit

Nach § 827 S. 1 BGB ist für einen Schaden nicht verantwortlich, „wer im Zustand der Bewusstlosigkeit oder in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit einem anderen Schaden zufügt“. Der Begriff der „freien Willensbildung“ hat in § 827 S. 1 BGB dieselbe Bedeutung wie bei der Geschäftsunfähigkeit gem. § 104 Nr. 2 BGB.¹⁵³ Er ist daher ebenfalls im Sinne eines kompatibilistischen Freiheitsbegriffs,¹⁵⁴ einschließlich des Modells einer hierarchischen Stufung des menschlichen Willens,¹⁵⁵ zu verstehen.

Im Unterschied zur Einwilligungsfähigkeit ist die Deliktsfähigkeit Minderjähriger in § 828 BGB detailliert geregelt. Nach § 828 Abs. 3 BGB ist allerdings nur die Einsichtsfähigkeit und keine Steuerungsfähigkeit erforderlich

¹⁵⁰ Ausführlicher *Wolf/Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts (Fn. 12), § 12 Rn. 14 ff.

¹⁵¹ *Staudinger/Klumpp* (Fn. 123), Vorbemerkungen zu §§ 104 ff. Rn. 100; s. dazu auch *Kohle*, AcP 185 (1985), S. 105 ff. (146); *MünchKomm/Schmitt* (Fn. 121), § 105 Rn. 20; *Ohly*, „Volenti non fit iniuria“ – Die Einwilligung im Privatrecht, 2002, S. 319 plädiert sogar für eine unmittelbare Geltung der §§ 104 ff. BGB im vermögensrechtlichen Bereich.

¹⁵² *Kohle*, AcP 185 (1985), S. 105 ff. (149 f.); *Götting*, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, 1995, S. 152 ff.; *Erman/Klass*, BGB, 15. Aufl. 2017, Anhang zu § 12 Rn. 234; *Staudinger/Hager*, BGB, 2017, § 823 Rn. C178; ausführlich *Ohly*, „Volenti non fit iniuria“ – Die Einwilligung im Privatrecht (Fn. 151), S. 312 ff.

¹⁵³ S. Mot. II, S. 732.

¹⁵⁴ Vgl. *Spilgies*, HRRS 2015, 177 ff. (184).

¹⁵⁵ S. bereits oben im Text bei Fn. 50 f., 55 ff.

(sofern die Verantwortlichkeit nicht ohnehin schon nach § 828 Abs. 1 oder 2 BGB ausgeschlossen ist).¹⁵⁶ Letztere wird nur im Rahmen des § 276 Abs. 1 BGB (nach objektiven Kriterien) berücksichtigt (anders als im Strafrecht gem. § 20 StGB, § 3 JGG).

3. Relativierungen

Die Willensfreiheit der Privatrechtsakteure ist in mehrfacher Hinsicht bedingt. Sie hängt nicht nur unausweichlich von der erklärenden Person und ihrer Lebensgeschichte ab, sondern ebenso von ihrer Beziehung nach *außen* zum Erklärungsempfänger. Wird ein Wille geäußert, verliert er seinen Charakter als reines Internum und dient als sozialer Kommunikationsakt dazu, von anderen zur Kenntnis genommen zu werden. Der Erklärende übernimmt damit auch die entsprechende Verantwortung gegenüber dem Erklärungsempfänger. Es reicht nicht aus, den gebotenen Schutz des Adressaten allein aus dem Vertrauensgedanken herzuleiten, vielmehr ist dem Wollenden sein erklärter Wille auch zuzurechnen, da Privatautonomie ohne Verantwortlichkeit keinen Sinn ergibt. Richtigerweise sieht die *Geltungstheorie* daher nicht den isolierten inneren Willen als Geltungsgrund einer Willenserklärung an, sondern den als Einheit zu begreifenden Akt der In-Geltung-Setzung.¹⁵⁷

Der Wille in Form seiner Erklärung ist also immer mitbedingt durch die Verständnismöglichkeiten des Adressaten, der die Verlautbarung interpretieren muss. Der Gesetzgeber schützt bei einer fehlerhaften Selbstbestimmung aber auch den Erklärenden, indem er unter bestimmten Voraussetzungen namentlich die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts vorsieht.¹⁵⁸

VI. Ausblick

Der natürliche Wille führte lange Zeit ein dogmatisches Schattendasein, das sich im Wesentlichen auf Realakte beschränkte. Mehr Gewicht erlangte der natürliche Wille erst durch die Rezeption im Betreuungsrecht. Seine Rele-

¹⁵⁶ S. BGHZ 161, 180 ff. (187); BGH NJW 1984, 1958 f. (1958); Staudinger/Oechsler, BGB, 2014, § 828 Rn. 24; MünchKomm/Wagner, BGB, 7. Aufl. 2017, § 828 Rn. 10 m.w.N.

¹⁵⁷ S. Larenz, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, 1930, S. 34 ff.; Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht (Fn. 10), S. 418 ff.; kritisch R. Singer, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen, 1995, S. 72 ff.

¹⁵⁸ S. auch schon oben im Text bei Fn. 10.

vanz wird durch das internationalrechtliche, aber auch verfassungsrechtliche Modell der unterstützenden Entscheidungsfindung („supported decision-making“) noch deutlich zunehmen.