

19 Implizite Willenstheorien des rechtlichen Denkens aus empirisch-psychologischer Perspektive

Wilfried Hommers

Das rechtliche Denken kennt verschiedene Begriffe, die auf eine oder gar mehrere implizite Willenstheorien schließen lassen, z. B. Erwägungsfähigkeit, Willensbildungsfähigkeit, Steuerungsfähigkeit, Handlungsfähigkeit. Diese Begriffe sind anzutreffen im zivilrechtlichen und im strafrechtlichen Denken, d. h. nicht nur in den Gesetzestexten, sondern auch in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, in den Kommentaren und im rechtswissenschaftlichen Schrifttum.

Aus empirisch-psychologischer Perspektive die impliziten Willenstheorien des rechtlichen Denkens zu diskutieren: das entspricht in der Gegenrichtung dem juristischen Interesse an der empirischen Willenspsychologie; einem Interesse, das Anfang des 20. Jahrhunderts groß war (z. B. Horn, 1895 a, b, c, 1902, 1904; Dürr, 1906). Dazwischen befindet sich der grundsätzliche Hiatus von Recht-Sprechen-Müssen im Einzelfall und Theorien-Prüfen-Müssen im allgemeinen, der auf zwei Arten aus empirisch-psychologischer Perspektive überbrückbar scheint. Bei diesen Überbrückungen geht es aber nicht um eine besserwisserische Kritik oder um eine reduktivistische Zurückführung der rechtlichen Begriffe und Institutionen auf psychologische Grundgesetzmäßigkeiten. Vielmehr führt die eingenommene Perspektive zu zwei Eindrücken über den Nutznieß an den Beziehungen. Einerseits wird die hilfswissenschaftliche Funktion der Psychologie (*de lege lata* und *de lege ferenda*) an den impliziten Willenstheorien sichtbar. Andererseits wird sich zeigen, daß sich die Psychologie durch die noch herauszuarbeitenden Gedankengänge zu ihrer eigenständigen Aufgabe empirisch-wissenschaftlicher Erforschung von gewissen Variablensystemen zum Zwecke der Bildung empirisch prüfbarer Theorien herausgefordert fühlen kann. Es geht nicht nur um empirisch begründete Unterstützung des Rechtswesens, sondern auch um Konstruktion einer Hypothese *aus* dem Recht.

Zu dem Zweck werden die relevanten gesetzlichen Regelungen und Begriffe im Zivil- und Strafrecht aufgeführt, der hilfswissenschaftliche Beitrag der empirischen Psychologie zu den impliziten Willenstheorien des rechtlichen Denkens in Ausschnitten dargelegt und die Strukturen von zwei generellen Hypothesen aus der impliziten Willenstheorie des rechtlichen Denkens herausgearbeitet, die eine empirisch-psychologische Auseinandersetzung verdienen.

Der Kontext des Willens im rechtlichen Denken

Die relevanten gesetzlichen Regelungen und Begriffe lassen sich nach explizitem Vorkommen, d. h. direkter gesetzlicher Nennung des Wortes „Wille“, und implizitem Vorkommen in der Gesetzesauslegung einteilen. Untergliedert wird weiterhin nach Zivilrecht, die Bezugsquelle ist da das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) von 1900, und nach Strafrecht, die aktuelle Bezugsquelle ist da das Strafgesetzbuch (StGB) von 1975.

Explizite Nennung des Willens

Im BGB von 1900 gibt es den Zentralbegriff der *Willenserklärung* als 2. Titel des 3. Abschnitts über die Rechtsgeschäfte (§§ 116 ff. BGB, aber auch die §§ 7, 8, 105, 107 BGB), dazu auch die „Einwilligung“ verschiedener Personen in die „Annahme als Kind“ (§§ 1746 ff. BGB). Weiterhin findet man den „die freie Willensbestimmung“ ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit in den §§ 104 (2.) und 827 BGB, wodurch die Geschäftsfähigkeit und die Deliktsfähigkeit ausgeschlossen werden.

Die zivilrechtliche Kommentierung kennt „Willenstheorien“, welche drei Arten von Willensmängeln bei Willenserklärungen beschreiben. Diese Mängel sind das Fehlen des Handlungswillens (Inkongruenz von Wille und Äußerung), das Fehlen des Erklärungsbewußtseins (Nicht-Wissen um das Vornehmen eines Rechtsgeschäfts durch die Äußerung) und das Fehlen des eigentlichen Geschäftswillens zum konkret erreichten Erfolg. Auf den Zweck der Erklärung und den Willen des Erklärenden kommt es aber „erst in zweiter Linie an: zunächst ist davon auszugehen, wie die Willensäußerung vom Empfänger verstanden werden durfte“ (Schmidt in Soergel & Siebert, 10. Aufl., Bd. 2, S. 274).

Im StGB von 1975 findet man im Allgemeinen Teil außer der „freiwilligen Aufgabe“ in den §§ 24 und 31 als Rücktrittsbedingung im § 46 StGB bei der Strafzumessung den „bei der Tat aufgewendeten Willen“, der strafverschärfend oder strafmildernd berücksichtigt werden kann. Dieser Strafzumessungsumstand wird dort eingerahmt von anderen auf die subjektive Tatseite bezogenen Strafzumessungsumständen wie den „Beweggründen und Zielen des Täters“, der „Gesinnung, die aus der Tat spricht“, und dem „Maß der Pflichtwidrigkeit“. Die Kommentierung sieht die Nachhaltigkeit des Tatwillens als ein wesentliches Indiz für die verbrecherische Energie des Täters. Je größer die Schwierigkeiten waren, die der Täter bei der Tat zu überwinden hatte, und je hartnäckiger er sein Ziel verfolgte, desto größer ist seine Schuld. Die Stärke des Tatwillens kann sich strafverschärfend z. B. aus einer sorgfältigen Tatvorbereitung, aus der Spurenbeseitigung oder aus einem intensiven Unrechtsbewußtsein ergeben. Strafmildernd kann hingegen eine Willensschwäche zu werten sein, so z. B. eine Verminderung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit, etwa infolge jahrelangen Rauschgiftgenusses (Stree in Schönke & Schröder, 1985, S. 526).

Der Besondere Teil des StGB 1975 gebraucht in den §§ 311c und 330b das „freiwillige und ernsthafte Bemühen“ als Voraussetzung zur Anerkennung der

Tätigen Reue, im § 181 (Menschenhandel) die Wendung „wider seinen Willen durch List, Drohung oder Gewalt entführt“, im § 226 a die „Einwilligung“ des Verletzten, im § 236 die Entführung mit „Willen“ der Entführten, im § 237 die Entführung gegen den „Willen“ der Entführten, im § 223b die „böswillige Vernachlässigung“ der Pflicht, für Schutzbefohlene zu sorgen und im § 302 a die Ausnutzung der erheblichen „Willensschwäche eines anderen“ bei Wucher. Aber auch das Vorkommen der Wendung „absichtlich oder wissentlich“ in den §§ 183 a (Erregung öffentlichen Ärgernisses) und 344 (Verfolgung Unschuldiger) ist zu beachten für die Abgrenzung von „wissentlich“ und „absichtlich“ zu „willentlich“ in der juristischen Definition des Vorsatzbegriffes (vgl. dazu Spindel, 1987, mit Literaturhinweisen).

Implizite Erscheinungsformen des Willens

Deliktsfähigkeit und Verschulden im BGB. Im BGB werden die Begriffe des Verschuldens nach § 276 BGB und des Mitverschuldens nach § 254 BGB mit der Steuerungsfähigkeit nach erkannter konkreter Gefährlichkeit in Verbindung gebracht. Dabei sind die §§ 827 und 828 BGB einzubeziehen. Durch die juristische Berücksichtigung von Entwicklungsstand und krankheitsbedingten Ausnahmeständen in den §§ 827 und 828 BGB wird daher der zivilrechtliche Verschuldensbegriff für die Psychologie aus hilfswissenschaftlicher Perspektive interessant. Aber auch unter dem Gesichtspunkt der Konstruktion einer Hypothese aus dem rechtlichen Denken besitzt der zivilrechtliche Verschuldensbegriff Bedeutung für die Psychologie.

Die §§ 827 und 828 BGB schließen die Deliktsfähigkeit Bewußtloser und Geisteskranker aus und beschränken sie bei Minderjährigen und Taubstummen ohne Bezug zum konkreten Verschulden, sondern nur mit Bezug zu der für die Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderlichen Einsicht, die individuell und nicht alterstypisch festzustellen ist. Die höchstrichterliche Auslegung zur zivilrechtlichen Verantwortlichkeit nach § 827 und § 828 BGB verdeutlicht zwar, daß bei der Einsichtsfähigkeit nicht auf die Fähigkeit zum einsichtsgemäßen Handeln abgestellt wird, zu prüfen ist diese aber nach § 276 BGB (Verschulden) und § 254 BGB (Mitverschulden). Dort ist die konkrete Gefahrenkenntnis und die darauf bezogene Steuerungsfähigkeit eines typischen Minderjährigen dieses Alters oder im allgemeinen des Durchschnittsmenschen zu berücksichtigen. Es handelt sich dabei um die konkrete Frage, ob die erkannte Gefährlichkeit zum Anlaß genommen werden konnte, die begangene Schädigung zu unterlassen.

Der § 276 BGB faßt im ersten Satz Vorsatz und Fahrlässigkeit als Bedingungen des zivilrechtlichen Vertretenmüssens zusammen: „Der Schuldner hat, sofern nicht anderes bestimmt ist, Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten.“ Hieran ist für die späteren Zwecke hervorhebenswert, daß ein kompakter Begriff des Verschuldens im Zivilrecht gebildet wurde. Dieser Umstand ist juristisch gerechtfertigt durch die einheitliche Rechtsfolge des Zivilrechts, nämlich durch den Schadensersatz. Er wird nur dadurch qualifiziert, daß das mitwirkende Verschulden des § 254 eine Verteilung des Ersatzumfanges be-

gründet. Differenzierungen in diesem kompakten Einheitsbegriff des Verschuldens sind zwar möglich, aber nicht in gleicher Weise wie im Strafrecht bedeutsam: „Im Zivilrecht ist die Unterscheidung von *dolus directus* und *dolus eventualis* nicht notwendig“ (Schmidt in Soergel-Siebert, 1969, Bd. 2, S. 274).

Schuldfähigkeit im StGB. Im Strafgesetz kommt die Kommentierung des Ersten Titels des StGB 1975 (§§ 13 bis 21) über die Grundlagen der Strafbarkeit immer wieder auf Begriffe mit Bezug zum „Willen“. Sie fallen in zwei Klassen, die Willensbetätigung und die Willensbildung. Im einzelnen sind dies die Fragen

- der Zielgerichtetheit (Finale Handlungslehre), wobei der Unterschied von kausalem Reflex und finaler Handlung für die Berücksichtigung der Erkenntnisse der Psychowissenschaften von Bedeutung ist (Welzel, 1969),
- der Willensfreiheit, welche als eine empirisch nicht hinterfragbare Voraussetzung des Strafrechts aufgefaßt wird,
- der Definition von Abstufungen des Vorsatzbegriffs und seiner Abgrenzung zum Fahrlässigkeitsbegriff, worauf weiter unten noch ausführlich eingegangen wird,
- des subjektiven Tatbestands, zu dessen Klärung in der Regel der Richter aufgefordert ist, und
- der Willensbildungsfähigkeit, bei der zumeist die Nicht-Beherrschbarkeit von affekt- und triebabhängigen Impulsen trotz größter Willensanspannung strafrechtlich relevant zu sein scheint.

Nicht alle diese Einzelfragen besitzen gleichen Aufforderungscharakter für empirisch-psychologische Beiträge. Streng genommen sind die ersten vier rein juristische Problemstellungen zur Willensbetätigung. Die Willensbildungsfähigkeit aber berührt die Beziehung der empirischen Psychologie zur Rechtspflege und Rechtsfortbildung direkt wegen der gemischt biologisch-psychologischen Kriterien der strafrechtlichen Unzurechnungsfähigkeit.

Die Wahl von „Willens-“ statt „Steuerungsfähigkeit“ verweist darauf, daß ursprünglich auch hier der „Wille“ im Gesetzestext genannt wurde. Das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund (1870) und das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich (1871) besagten im § 51 noch, daß eine strafbare Handlung nicht vorhanden sei, wenn durch Bewußtlosigkeit oder krankhafte Störung der Geistestätigkeit die „freie Willensbestimmung“ des Täters ausgeschlossen war. Durch das Gesetz vom 24.11.1933 wurde die biologische Bedingung der Bewußtlosigkeit durch die Bewußtseinsstörung (im Unterschied zu § 20 StGB 1975 ohne den weiteren Zusatz „tiefgreifend“) ersetzt und die Geistesschwäche als biologische Bedingung hinzugefügt. Weiterhin wurde ein Zustand verminderter Zurechnungsfähigkeit anerkannt und schließlich die psychologische Bedingung des Ausschlusses der freien Willensbestimmung durch die Unfähigkeit, das Unerlaubte der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln, ersetzt. Nach Lange (1959) hatte die frühere Fassung die Neigung begünstigt, das philosophische Freiheitsproblem (Determinismus versus Indeterminismus) im Strafrecht zu diskutieren und die Anerkennung des Strafrechts von der Bejahung des Indeterminismus abhängig zu machen oder

im § 51 selbst eine Anerkennung des Indeterminismus zu sehen. Erforderlich wäre demnach aber nur die „Fähigkeit, im Einzelfall Vernunftabwägungen den natürlichen Trieben entgegenzusetzen“ (Lange, 1959, S. 196).

Die terminologische Abschaffung der „freien Willensbestimmung“ im Gesetzestext entsprach der seit 1871 fortgeschrittenen Diskussion über die Strafrechtsreform, denn Frank (1931, S. 150) kommentiert schon die alte Fassung: „Ausschluß der freien Willensbestimmung bedeutet also Ausschluß des Hemmungs- oder des Unterscheidungsvermögens.“ Diese Doppelbedingung war durch den § 3 Jugendgerichtsgesetz (JGG) von 1923 schon in das strafrechtliche Denken eingeführt mit der Formulierung „nach seiner geistigen oder sittlichen Entwicklung unfähig war, das Ungesetzliche der Tat einzusehen oder seinen Willen dieser Einsicht gemäß zu bestimmen.“ Aber auch damals schon war die heute gültige Formulierung in der Reformdiskussion (March, 1933). Sie erhielt 1928 im JGG von Österreich die ohne den „Willen“ auskommende Gestalt „das Unrechtmäßige der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln“. Im RJGG von 1943 wurde schließlich das heute geltende Doppelkriterium auch im deutschen Jugendstrafrecht kodifiziert und damit das Wort „Wille“ auch im JGG entfernt.

In der heutigen Regelung zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit und Schuldfähigkeit schließt der § 19 StGB 1975 die Schuldfähigkeit der noch nicht vierzehn Jahre alten Minderjährigen aus. Der § 3 JGG 1953 lautet im ersten Satz: „Ein Jugendlicher ist strafrechtlich verantwortlich, wenn er zur Zeit der Tat nach seiner sittlichen und geistigen Entwicklung reif genug ist, das Unrecht der Tat einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln.“ Der § 20 StGB 1975 lautet: „Ohne Schuld handelt, wer bei Begehung der Tat wegen einer krankhaften seelischen Störung, wegen einer tiefgreifenden Bewußtseinsstörung oder wegen Schwachsinnns oder einer schweren anderen seelischen Abartigkeit unfähig ist, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln.“ Der § 21 StGB 1975 benennt die vier Bedingungen des § 20 StGB als mögliche Schuld minderungsgründe.

Die rechtlichen Willentheorien aus hilfswissenschaftlicher Perspektive

De lege ferenda und *de lege lata* sind hilfswissenschaftliche Beiträge der Psychologie denkbar. Die zivilrechtlichen Willensmängel könnten *de lege ferenda* in Hinsicht auf die Begründung der Altersgrenze vom vollendeten siebenten Lebensjahr untersucht werden (Hommers, 1983). Da die Willenserklärungen von Kindern vor Vollendung des siebenten Lebensjahres generell nichtig sind, könnte die Altersgrenze dadurch begründet werden, daß erst Kinder dieses Alters die sprachlich-kognitiven Fertigkeiten für die Abgabe von Willenserklärungen besitzen. Damit könnte die Abnahme der Häufigkeit eines der Willensmängel, z. B. des fehlenden Erklärungsbewußtseins, einhergehen. *De lege lata* wären zivilrechtlich hilfswissenschaftliche Beiträge über die alterstypischen Steuerungsfähigkeiten aufgrund von erkannten Gefahren zur Unterstützung

der zivilrechtlichen Beurteilung des Verschuldens Minderjähriger erwünscht. Diese beiden zum Zivilrecht hilfswissenschaftlichen Aufgabenstellungen hätten repräsentative Datengrundlagen zu schaffen, die aber im Unterschied zu Verantwortlichkeitsmerkmalen nicht für jedes Individuum diagnostische Gültigkeit beanspruchen müßten.

Vom Strafrecht her interessiert *de lege ferenda* das Verhältnis von Willensfreiheit und Schuld aus prinzipiellen Gründen, weil dazu eine wichtige Stellungnahme über das Verhältnis seinswissenschaftlicher und normativer Wissenschaft von seiten der Jurisprudenz vorliegt. *De lege lata* sind die Aufgaben und die Qualität der forensischen Sachverständigen – sei es psychiatrischer, psychologischer oder psychoanalytischer Herkunft – durch empirische Forschungsbeiträge zu stützen. Diese haben hauptsächlich die Frage der Beurteilung der Willensbildung zum Gegenstand. Bresser (1976) diskutierte aber auch die Beteiligung des Sachverständigen an der Ermittlung des subjektiven Tatbestandes.

Zur Diskussion über Schuld und Willensfreiheit

Die Willensfreiheit war für Ach (1935, S. 410ff.) der Bezugspunkt für die Interpretation seiner Ergebnisse, die er mit der von ihm erfundenen „Vorhersagemethode“ erlangte. Sein (hier nur komprimiert formuliertes) Ergebnis eines nicht einmal unbedingt anzutreffenden Freiheitserlebens (Freiheit zu) bei totaler Verhaltensdeterminiertheit trotz alternativer Verhaltensmöglichkeit (Unfreiheit von) steht der Meinung eines forensischen Psychiaters entgegen, daß wissenschaftlich „Willensfreiheit weder positiv noch negativ verifiziert werden“ könne (Witter, 1983, S. 443). Wie stellt sich die Jurisprudenz dazu?

In der menschlichen Entscheidungsfreiheit wird von juristischer Seite die Voraussetzung für das Schuldprinzip gesehen: „Denn nur wenn grundsätzlich die Fähigkeit zum Andersdenken besteht, kann der Täter dafür verantwortlich gemacht werden, daß er es zu der rechtswidrigen Tat hat kommen lassen, anstatt die kriminellen Antriebe zu beherrschen“ (Jeschek, 1957, S. 328). Diese Voraussetzung besteht aber nicht in der Freiheit von kausalen Vorgängen, sondern in der „Überformung des kausalen Zwanges“ (Welzel, 1969) oder in einer „Überdetermination“ der Kausalabläufe (Kaufmann, 1966). Die herrschende Meinung der Rechtswissenschaft spricht daher gegen den Versuch, einen empirisch-psychologischen Beitrag zum Verhältnis von Willensfreiheit und Schuld zu erbringen. Von welchem Menschenbild eine Rechtsordnung ausgeht, sei „primär eine normative Frage, bei der es eine Beweislast vernünftigerweise nicht geben kann“ (Lenckner in Schönke & Schröder, 1985, S. 146). Die These (Leferez, 1948, S. 371), daß alle rechtlichen Grundentscheidungen seinswissenschaftlich verifizierbar sein müßten und daß die Gründung des Strafrechts auf eine metaphysische Stellungnahme nicht zulässig sei „verkennt, daß das Recht gar nicht umhin kann, eine Gemeinschaftsordnung auch nach solchen Maximen, Zielvorstellungen und Wertentscheidungen zu gestalten, für deren Richtigkeit es keinen Beweis im strengen Sinne gibt“ (Lenckner in Schönke & Schröder, 1985, S. 146).

Die Willensbildungsfähigkeit im Sachverständigenurteil

Das geltende Strafrecht verlangt zum Schuldvorwurf oder zur Zurechnung neben der Unrechtserkenntnisfähigkeit die Willensbildungsfähigkeit (d. h. die Fähigkeit, nach der Unrechtseinsicht zu handeln). Es erkennt an, daß diese beiden Bedingungen nicht nur aufgrund von krankheitsbedingten Störungen, sondern auch aufgrund einer tiefgreifenden Bewußtseinsstörung fehlen können. Bei der Bezeichnung dieser Bedingung macht sich der Einfluß der Argumentation der empirischen Psychologie bemerkbar, da noch in den Entwürfen zum geltenden Recht nur von einer solchen Bewußtseinsstörung die Rede war, die der krankhaften seelischen Störung gleichwertig war (Arnold, 1965). Weiterhin wird wegen § 19 StGB und § 3 JGG das entwicklungsbedingte Fehlen der Schuldfähigkeit bzw. strafrechtlichen Verantwortlichkeit neben dem krankheitsbedingten Fehlen anerkannt.

Gegenstand des Schuldvorwurfs ist nach juristischer Auffassung die „in bezug zur konkreten Anforderung des Gesetzes fehlerhafte Willensbildung des Täters, die darin besteht, daß er sich nicht zu einem rechtmäßigen Handeln hat motivieren lassen, obwohl ihm dies möglich gewesen wäre, weil er sowohl das Unrecht der Tat hätte einsehen als auch nach dieser Einsicht hätte handeln können“ (Lenckner in Schönke & Schröder, 1985, S. 148). Bei der Fähigkeit, nach der Unrechtseinsicht zu handeln, geht es nach juristischer Auffassung (Lenckner in Schönke & Schröder, 1985, S. 264) um die „Fähigkeit, die Anreize zur Tat und die ihr entgegenstehenden Hemmungsvorstellungen gegeneinander abzuwägen und danach einen Willensentschluß zu normgemäßem Verhalten zu bilden.“ Diese Fähigkeit kann aber erst dann ausgeschlossen werden, wenn „der Täter auch bei Aufbietung aller Widerstandskräfte zu einer normgemäßen Motivation nicht imstande“ (Lenckner, a. a. O.) gewesen ist, was nicht mit der Fähigkeit zu zweckrationalem Verhalten verwechselt werden darf. Die psychologische Handlungslehre (Thomae, 1960) nannte das Geforderte „Fähigkeit zur Normorientierung und Fähigkeit zur normgemäßen Überformung.“

Der außerhalb des Normalen anzusiedelnde Affekt des Nicht-Kranken und psychopathologische Zustände sind mögliche Anhaltspunkte für die Bestellung eines Gutachters. Außerdem ist die Prüfung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Jugendlichen stets, wenn auch in der Regel durch die Jugendgerichtshilfe vorzunehmen. Als Strategie der Prüfung der Willensbildungsfähigkeit muß gelten, daß entweder das Fehlen der Fähigkeit zum Abwägen (z. B. bei Geistigbehinderten) oder der Abbau der Widerstandskräfte (besondere Versuchungssituationen) zu klären ist. Wegener (1981) gibt einen Überblick über die Begutachtung der Schuldfähigkeit von erwachsenen und jugendlichen Straftätern.

Für die Psychologie erhebt sich nun aber die Frage, woran die durch die Jurisprudenz beschriebene fehlerhafte Willensbildung, d. h. das Fehlen der Fähigkeit zum Abwägen oder der Abbau der Widerstandskräfte, im einzelnen erkannt werden kann, wenn sie das nicht krankheitsbedingte Fehlen der Willensbildungsfähigkeit erfassen will. Genügt dafür die vorstellbare (d. h. von Dritten *ex-post* vollzogene Vorstellung) Existenz von Alternativen? Das Erleb-

nis von Wahlmöglichkeit und Freiheit? Die annähernd gleiche Realisierungsmöglichkeit von Handlungsalternativen (u. U. lediglich von Tun und Lassen der Tat)? Die gewissermaßen erheblich von Null verschiedene Realisierungsmöglichkeit mindestens zweier Handlungsalternativen (u. U. nur von Tun und Lassen der betreffenden Tat)? Der Vollzug eines Abwägens (da stellt sich die zusätzliche Frage des Zeitpunktes)? Oder geht es um die öffentliche Zumutung des geforderten Handelns oder des geforderten Abwägens (hierzu würde sich z. B. eine empirisch beantwortbare Fragestellung zu den Unterschieden zwischen verschiedenen Teilnehmergruppen am Rechtssystem hinsichtlich der Urteile über die Zumutung eines Anders-Wollens-Könnens und den Gründen dafür ergeben!)? Aus empirisch-psychologischer Sicht wäre also zunächst einmal die präzise Operationalisierung der Begriffe der fehlerhaften Willensbildung zu fordern.

Bei den „psychologischen“ Merkmalen der gemischt biologisch-psychologischen Methode der Bestimmung der Schuldfähigkeit wird aber auch von psychiatrischer Seite das Problem der Vorschriften zur Schuldfähigkeit gesehen. Man meint, daß die Frage, ob die drei dort genannten „biologischen“ Zustände und die „tiefgreifende Bewußtseinsstörung“ den Täter zu Unrechtserkenntnis oder zur demgemäßen Willensbildung unfähig machten, empirisch nicht oder nur beschränkt beantwortet werden kann. Bresser (1983, S. 440) fordert daher inhaltliche Klarstellungen von seiten der Jurisprudenz und Streng (1983, S. 397) gar Streichung der psychologischen Merkmale der Schuldfähigkeit. Ideal wären eindeutig diagnostizierbare Organbefunde zur Steuerungsfähigkeit, etwa aufgrund von validierten Gehirnlandkarten und spezifischen Diagnosemöglichkeiten für Dysfunktionen einzelner Funktionsfelder. Für die Feststellung entwicklungsbedingter Mängel in der Willensbildung müßten diese aber nicht unbedingt hinreichen.

Der Diskussionsstand zur krankheitsbedingten Steuerungsunfähigkeit wird stellvertretend für die entwicklungsbedingte Steuerungsunfähigkeit skizziert. Witter (1983, S. 445 ff.) sagt zur Unterscheidung von wissenschaftlich nachweisbarer und nur rechtlich zuerkannter Schuldunfähigkeit zweierlei. Erstens sei es der *Psychiatrie* möglich, aufgrund eines Ausschlusses der Voraussetzungen für das Anders-Wollen-Können die Anwendung von § 20 StGB positiv zu unterscheiden, d. h. Schuldfähigkeit abzuspochen. Zweitens könne die psychiatrische Persönlichkeits- und Motivationsanalyse dem Richter Material anbieten, auf dessen Basis er die juristische Bewertung zu § 21 StGB auch vornehmen könne, was übereinstimmt mit Maurach und Zipf (1983, S. 467 f.), wonach zwischen der Aufgabe des Sachverständigen, der dem Gericht Befundtatsachen biologischer, medizinischer, psychiatrischer oder psychologischer Art mitzuteilen hat, und der Beantwortung der Rechtsfragen durch den Richter klar unterschieden wird.

Lackner (1985, S. 264) erscheint eine nachprüfbare Aussage darüber ausgeschlossen, „ob ein bestimmter Mensch in einer bestimmten Situation fähig war, eine bestimmte Handlung zu vermeiden.“ Darüber hinaus müsse aber auch bedacht werden, daß „auch die Beurteilung der generellen Frage, bei welchem psychischen Zustand im allgemeinen die Motivierbarkeit von Menschen durch Normen endet“ entweder schon „prinzipiell oder jedenfalls nach

dem gegenwärtigen Wissensstand nicht beantwortbar ist.“ Er stellt weiterhin klar (Lackner, 1985, S. 265), daß zur „entscheidenden Kernfrage, ob ein konkreter psychischer Ausnahmezustand aus der Grauzone der Unbestimmtheit heraustritt“, sich naturwissenschaftlich hinreichend Zuverlässiges erst sagen läßt, „wenn zwei Voraussetzungen erfüllt sind: Erstens muß – gleichgültig in welcher Fachdisziplin – Erfahrungsgut zusammengetragen worden sein, in dem vergleichbare Ausnahmezustände in genügender Häufigkeit vorkommen. Und zweitens muß für die insgesamt vorgefundenen Zustände dieser Art die Beeinträchtigung der Kontrollfunktion des Bewußtseins über die Handlungsantriebe in einem solche Maße typisch sein, daß auch der jeweils konkret Betroffene nach wissenschaftlicher Erfahrung keine Chance hatte, die ihm zugeschriebene Handlung zu vermeiden.“ Fälle der Schuldunfähigkeit seien also nur solche, bei denen sich das regelmäßige Fehlen der Motivierbarkeit durch Normen methodisch einwandfrei einsichtig machen lasse, was ganz unabhängig vom Kriterium des Krankheitswertes möglich sei.

Lenckner (in Schönke & Schröder, 1985, S. 264) sieht die Lösung in einer vergleichenden Aussage über den Erheblichkeitsgrad der Beeinträchtigung des Persönlichkeitsgefüges. Wo die Grenzen zwischen dem „Normalen“ und dem „Abnormen“ verlaufen, sei letztlich ein rechtlich-normatives Problem, weil im Hintergrund immer die Frage stehe, welche Anforderungen zu normgemäßem Verhalten an den einzelnen legitimerweise gestellt werden dürfen und müssen.

Wegener (1981, S. 89) hält den zuvor angedeuteten Problemen entgegen, „daß sich vollständig operationalisierte Entscheidungsstrategien mit einer restlosen Eliminierung subjektiver Faktoren ohnehin nur in der experimentellen Grundlagenforschung realisieren lassen.“ Diese wären im Bereich der angewandten Psychologie nur approximativ zu erreichen. Agnostische Tendenzen zur Schuldfähigkeitsbegutachtung und Tendenzen zur „Entpsychologisierung“ des Strafrechts erscheinen ihm daher als beklagenswerter Rückschritt weg von einem kriminalpolitisch effizienten und humanen Gesamtkonzept des Strafrechts (Wegener, 1981, S. 110 und S. 159). Eine vorzeitige Verschiebung auf eine richterliche Wertung („Kompetenzverkürzung“) sollte vermieden werden. Statt Werturteile zu fällen, wo noch empirische Feststellungen möglich wären, sollte man beachten, daß grundsätzlich ein empirisch-methodisch zulässiger Exaktheitsanspruch nur im Sinne einer kalkulierbaren Fehlervarianz gegeben sei, und in diesem Rahmen seien durchaus determinierende Merkmale der Täterpersönlichkeit aufzuzeigen, so daß eine empirisch brauchbare Grundlage für die richterliche Wertung der Schuldfähigkeit geschaffen würde (Wegener, 1981, S. 107).

Angesichts dieser Stimmen zur Gutachtenrealität stellen sich die Forschungsaufgaben der Standardisierung und der Validierung der Schuldfähigkeitsbegutachtung durch empirisch-psychologische Beiträge, da man davon ausgehen darf, daß es sich bei den Fragen zur Steuerungsfähigkeit nach den §§ 19, 20, 21 StGB und 3 JGG trotz einiger agnostischer Tendenzen um empirisch zu unterstützende Fragestellungen handelt. Der weitere Diskussionspunkt, wo die Grenze zwischen Schuldfähigkeit und Schuldunfähigkeit zu ziehen ist, fällt wie das Problem der Willensfreiheit aus dem Rahmen der direkten empirisch-wissenschaftlichen Zuständigkeit.

Zur Standardisierungsaufgabe. Die Standardisierung bezieht sich auf das einheitliche Vorgehen in der Untersuchung. Alle Fälle sollten im Prinzip nach überprüfbareren Verfahren bearbeitet werden. Dazu wären die Merkmale zu bestimmen, die das Fehlen der Motivierbarkeit durch Normen anzeigen. Schöchs (1983) Auflistung von psychologischen Kriterien der Steuerungsfähigkeit im Affekt gibt ein Beispiel für den eingeschlagenen Weg zur Objektivierung der forensischen Schuldfähigkeitsdiagnostik. Im Einvernehmen mit anderen stellte er folgende Subskalen für die Affektdiagnostik heraus: Dauer zwischen Affektimpuls und Affektentladung, Tatauslösung eher beim Opfer oder eher beim Täter, Anpassung an äußere Situation, Art und Herkunft des Tatwerkzeugs, Schärfe der Erinnerungslücke, Dauer und Stärke der vorangegangenen seelischen Zermürbung, gedankliche Antizipation und Planlosigkeit des Nachtatverhaltens.

Man muß sich jedoch klar darüber sein, daß mit der Benennung und standardisierten Erfassung dieser Skaleninhalte nur ein erster Schritt erfolgt ist. Außer der noch zu diskutierenden Validierungsaufgabe bestehen Verdichtungsprobleme, da die mit den vorstehend genannten Skalen erfaßten Merkmale zur Gewinnung des diagnostischen Gesamtfazits über die Schuldunfähigkeitsfrage begründbar integriert werden müssen. Hierbei sind summative Ansätze, die die direkte Überführung aller Einzelinformationen in das Schuldunfähigkeitsurteil erfordern, und konfigurale Ansätze, die bestimmte Muster der erfaßten Merkmale als Kriterien der Schuldunfähigkeit ansehen, denkbar. Die methodischen Ansätze der Informationenintegration (Regressionsansatz, Funktionales Messen und Fundamentale Verbundene Messung, vgl. z. B. Anderson, 1982) und der Typenbildung (Konfigurationsfrequenzanalyse, vgl. z. B. Krauth, 1983) stünden zur Verfügung.

Weiterhin wäre nach der Existenz von empirisch beobachtbaren „Sprüngen“ zu fragen, die die empirische Basis bilden könnten zur Fundierung der normativen Grenzziehung absoluter Schuldunfähigkeit und, wenn sie ordinal angeordnet werden können, auch zur Fundierung von Abstufungen der verminderten Schuldunfähigkeit. Grundsätzliche Konzepte sind hierfür das Schwellenkonzept, das Konzept variierender Distanzen auf einer kontinuierlichen Variablen und das Konzept der ordinalen Kommensurabilität von konfiguralen Strukturen (vgl. Hommers, 1983, S. 187 ff.).

Zur Validierungsaufgabe. Mit dem Nachweis von Kontinuitätsunregelmäßigkeiten würde zur allgemeinen Validierungsfrage (*de lege ferenda*) durch Berücksichtigung von Empirie bei der Normensetzung beigetragen. Die einzelfallspezifischen Feststellungen der Sachverständigen müssen aber Gültigkeitsansprüchen im Sinne der psychometrischen Konstruktvalidität genügen. Kenntnis der Gültigkeitsbereiche, d. h. der kalkulierbaren Fehlervarianzen im Sinne Wegeners (1981), hätte zur Folge, daß die Grenzen der empirisch-wissenschaftlichen Aussagekraft mitteilbar würden, was wiederum die vielfach kritisierte Rollenübertragung vom Richter auf Sachverständige vermeiden würde. Die Validierung erfordert aber von der forensischen Begutachtung klar abgesetzte experimentelle Grundlagenforschung aufgrund folgender methodischer Probleme: Stichprobenfehler, Nachträglichkeit der Untersuchung und mündliche Berichte als alleinige Informationsquelle.

Im allgemeinen handelt es sich bei der Datenbasis um selegierte Stichproben. Man muß sogar von einem mehrfachen Stichprobenproblem ausgehen, da nicht jeder Täter gefaßt und nicht jeder Angeklagte oder Beklagte begutachtet (Bresser, 1976) wird und da Menschen, die in vergleichbaren Situationen keine Straftaten verübten, in der Regel nicht vor Gericht kommen. Daher gelangt eine *Ex-post-facto*-Betrachtung von Tätern ungefährdet zu Zwangsläufigkeitseindrücken (Witter, 1983). Das juristisch anerkannte Faktum der Schrecksekunde ist dagegen jederzeit bei jedermann belegbar. Gebraucht werden also repräsentative Untersuchungen zur Veränderung von Steuerungsfähigkeiten unter Bezug auf die Bedingungen der §§ 19, 20 StGB und 3 JGG.

Aber nicht nur die Probanden sind selegiert, sondern auch die Beobachtungen. Kommunizierte, möglicherweise von Verteidigungstaktiken gefärbte Erlebnisse oder retrospektive Selbstdarstellungen sind von der erforderlichen Forschung nicht nur in ihrer individuellen Varianz systematisch zu registrieren, sondern auch auf einem intersubjektiv überprüfbareren Hintergrund zu validieren, damit typische Anzeichen für unterschiedliche Grade des Steuerungsverlustes bestimmt werden können und in ihrer Aussagekraft beurteilbar werden. Wenngleich nur mit großem Aufwand zu verwirklichen, scheinen Simulationsstudien über Affekttaten denkbar, wie sie auch bei der Validierung der psychophysiologischen Aussagebeurteilung (Lügendetektion) eingesetzt werden (Steller, 1983). Dabei läßt sich möglicherweise auch das Konzept der Handlungskontrolle von Kuhl (in diesem Band, Beitr. 8) einbringen, das hohe Ähnlichkeit zum Begriff des Affekttunnels von Undeutsch (1957, 1974) besitzt, aber möglicherweise mehr Potenz für empirische Studien enthält. Der Affekttunnel wäre kurzgefaßt zu beschreiben durch die Kombination von Eindeutigkeit der Richtung, Abschottung gegen Einflüsse, und Rigidität. Er stellt damit einen Zustand „motivationaler Stabilisierung“ im Sinne Kuhls dar. Er scheint zugleich aber von dem Zustand „motivationaler Stabilisierung“ des Zwangsneurotikers verschieden. Oder ist der Zwangsneurotiker auch ein Affekttäter, nur mit anderem Objekt? Dann könnten die geforderten Simulationsstudien auch mit dieser besonderen Population durchgeführt werden.

Zusammengefaßt ergibt sich, daß nur beides, eine experimentell bestätigte Theorie über die Spuren, die vorangegangene Ausnahmezustände der Steuerungsfähigkeit hinterlassen, und die Verfügung über im differentiellen Sinne reliable und valide Eingangsmessungen, fall- und individualspezifische Aussagen empirisch wissenschaftlicher Art *in foro* so begründen würde, daß auf Dauer psychologische und psychiatrische Sachverständige zu Rate gezogen würden.

Die rechtlichen Willenstheorien als Heuristiken empirischer Theorien

Zuvor wurden nur grundsätzliche Aspekte der Willensthematik in der hilfswissenschaftlich-gerichteten Beziehung von Psychologie zum rechtlichen Denken

hervorgehoben. Dadurch bleibt Platz für die Darstellung des aus empirisch-psychologischer Perspektive gegenläufig gerichteten Aspekts der Themenstellung. Statt hilfswissenschaftlicher Forschungsaufforderung oder Berücksichtigung von Forschungsergebnissen soll nun die implizite Willenstheorie des rechtlichen Denkens als Heuristik für die empirisch-psychologische Theoriebildung selbst betrachtet werden.

Bei der hilfswissenschaftlichen Aufgabenstellung der Psychologie wäre davon auszugehen, daß rechtliche Willensbegriffe Teile von Handlungstheorien sind, die erlauben müssen, als gegeben angenommenes Faktisches (die faktischen Möglichkeiten des Handelnden, das Können) mit normativen Forderungen (Sollen oder Nicht-Dürfen) zu verbinden. Die Möglichkeiten des Handelnden sind als Handlungsmenge abzugrenzen von den Zwangsläufigkeiten. Die empirische Forschung müßte versuchen, über die verbleibenden Freiheitsgrade beim scheinbar Unmöglichen oder Zwangsläufigen – *de lege lata* und *de lege ferenda* (d. h. in Hinsicht auf die Rechtspflege am Einzelfall und in Hinsicht auf die Rechtsentwicklung im allgemeinen) – Auskunft zu geben.

Dagegen ist die andere Betrachtungsweise zu halten: die implizite Willenstheorie des rechtlichen Denkens als Heuristik für empirische Willenstheorien zu betrachten, um aus ihr Nutzen für die Theoriebildung in der Psychologie zu ziehen. Das nimmt die implizite Willenstheorie zunächst einmal als Resultat von Vorphasen empirischer Forschung. Diese Vorphasen umfassen eine mindestens 3500 Jahre lange Geschichte geschriebenen Rechts und eine noch längere Geschichte der Rechtsprechung, in der beide jeder gerade geäußerten oder äußerbaren Kritik standhalten mußten. Daher erscheint es nicht vermessen, in den impliziten Theorien des Rechts auch ganz im allgemeinen Grundstrukturen zu suchen, die grundsätzlich empirisch prüfbar, aber nicht unbedingt empirisch gültig sind. Nach einer Aufdeckung der Aussagen dieser Vorarbeiten ist zu fragen, ob die Aussagen so beschaffen sind, daß sie empirische Theorieentwürfe bilden, die die empirische Forschung auch tatsächlich herausfordern.

Der Wille als konstituierendes Element von Verschuldensstufen

Rechtliches Denken dient als Heuristik der psychologischen Theoriebildung, wenn es das Verschulden als eine kognitive Variable vorstrukturiert. Dabei ergänzen sich zivil- und strafrechtliche Begriffe. Das Zivilrecht bindet Vorsatz und Fahrlässigkeit im § 276 BGB als Bedingungen des zivilrechtlichen Vertretenmüssens zusammen. Das Strafrecht trennt sie zwar im § 15, indem es die Bestrafung fahrlässigen Verhaltens als Ausnahme darstellt, die ausdrücklicher Nennung bedarf. Jedoch bringt das Strafrecht z. B. mit der Unterscheidung von *dolus directus* und *dolus eventualis* Feinabstufungen des Vorsatzes ein, die im Zivilrecht noch keine Bedeutung haben (vgl. oben). Ein Zitat von Cramer (in Schönke & Schröder, 1985, S. 201) stellt darüber hinaus den Willensbegriff als strafrechtlichen Ursprung der Konstituierung von Abstufungen dieser kognitiven Variable heraus: „Vorwiegend nach Art und Beschaffenheit der Willensbeziehung des Täters zur Tatbestandsverwirklichung unterscheidet man verschiedene Arten des Vorsatzes, die mit direkter Vorsatz (*dolus*

directus), der in verschiedenen Stufen auftritt, und Eventualvorsatz (*dolus eventualis*) bezeichnet werden.“ Möglicherweise kann die Differenzierung von Vorsatzarten auch noch anders als durch die Willensbeziehung des Täters zur Tat vorgenommen werden. Das würde aber nichts daran ändern, daß das Zivilrecht die Behauptung der Bindbarkeit, das Strafrecht weitere Differenzierungen lieferte.

Die Aufgabe der empirischen Psychologie besteht darin, das Faktum der Einheitlichkeit in den kognitiven Wirkungen bei verschiedenen Probandengruppen auch tatsächlich nachzuweisen. Das wäre für das rechtliche Denken möglicherweise bedeutungslos, für die psychologische Theorienbildung über das soziale Urteil dagegen eine fundamentale Leistung. Fundamental deswegen, weil eine Vielzahl von Einzelercheinungen, die in der Regel völlig disjunkt in der empirischen Forschung behandelt werden, als Abstufungen einer vorrangigen Urteilsgrundlage somit zu einer psychologisch-prozessual einheitlichen Bedingungsvariable verbunden werden. Es wäre allerdings kein unumstößliches Dogma, sondern nur eine falsifizierbare Hypothese. Zwei Möglichkeiten existieren: Multi-Fazetten-Begriff und eindimensionale Variable. Das Konzept der „Cognitive Unit“ (Anderson, 1982) und die diesbezüglichen Methoden der Informationen-Integrations-Theorie, aber auch die Methoden der Multidimensionalen Skalierung (Borg, 1981) bieten methodische Zugänge.

Eine empirisch prüfbare rechtliche Willenstheorie

Bei der folgend ausführlicher erörterten Willenstheorie, die sich als generell entpuppt, weil sich ihre Grundstruktur im zivil- und strafrechtlichen Denken findet, wird eine empirische Annäherung an die Auseinandersetzung mit der Willensthematik des Rechts vorgenommen, die in gewisser Hinsicht der Aussage des Psychiaters Witter (1983) ähnelt, der meinte, daß die Psychiatrie zur Willensfreiheit (gegenwärtig) nur empirisch gesicherte Aussagen über das *Fehlen der Voraussetzungen* der Willensfreiheit gestatten würde. Hier geht es dementsprechend auch nur um die untersuchbaren kognitiven Voraussetzungen der Willensbildungsfähigkeit, die mit Erwägungsfähigkeit bezeichnet werden. Im Unterschied zu dem forensischen Anlaß Witters geht es hier aber nicht um die retrospektive Diagnostik von Steuerungsfähigkeiten von Tätern.

In dieser Hinsicht greifen wir eine Tradition auf. Wenn sich der Jurist Krümpelmann (1974) auf die Psychologin T. Dembo (1931) beruft, um die Zermürbungstheorie des Affekts für die Jurisprudenz zu erschließen, oder wenn der Mediziner und Jurist Schewe (1972) den Psychologen Lewin (1926) heranzieht, um das Affektgeschehen zu kennzeichnen, dann ist typisch für die psychologischen Beiträge, daß sie sich nicht mit der forensischen Seite der Fragestellung befaßt haben. Vielmehr ging es ihnen immer um eine allgemeine Auseinandersetzung mit dem Problem des Affekts. Diesem Beispiel soll insofern gefolgt werden, als nicht auf Anwendung in forensischen Problemstellungen abgestellt wird. Aber völlig im Unterschied dazu wird im folgenden an das rechtliche Denken angeknüpft.

Willensbildungsfähigkeit wird im zivilrechtlichen und im strafrechtlichen Denken als Erwägungsfähigkeit umschrieben. Burkhardt (Kap. 18, in diesem Band) stellt das Können als Zentralbegriff des Strafrechts heraus. Damit wird der Wortteil „Fähigkeit“ betont. Mittelstraß (Kap. 4, in diesem Band) legt dar, daß für die griechische Philosophie ein Beratungsmodell des Willens typisch ist. Demnach erscheint der folgend entwickelte Gedanke auch von daher als Beitrag zur impliziten Willenstheorie gestützt, obgleich sowohl die Entschlußfassung als auch die Handlungsinitiierung nicht behandelt werden.

Die „Erwägungsfähigkeit bei Vorteilerlangungen“ wurde von Hommers (1983) als denkbare Begründungskriterium für die Altersgrenze zur Geschäftsfähigkeit nach § 104 BGB herausgearbeitet. Das dortige Vorgehen bildet hier den Anknüpfungspunkt für die Gewinnung einer der empirisch-psychologischen Bearbeitung zugänglichen Hypothese aus der impliziten Willenstheorie des Rechts. Im Unterschied zu der spezifischen Fragestellung von Hommers (1983) würde nun aber daraus eine Hypothese über die Struktur und die Veränderung von Steuerungsleistungen im allgemeinen zu gewinnen sein, in die auch deliktrechtliche Steuerungsanforderungen im Zivil- und Strafrecht einbezogen sind.

Die Grundidee ist hier wie dort, daß die Erwägungsfähigkeit gegenüber hemmenden Informationen der Erwägungsfähigkeit gegenüber nichthemmenden Informationen vergleichbarer Art sozusagen nachfolgt. Die Manipulierbarkeit der Berücksichtigung der beiden Arten von Informationen wäre nun aber mit Probandengruppen verschiedener Art zu untersuchen, die sich aus der Gesetzeslage aufdrängen. Schließlich könnten Bedingungen der Erregung oder besser der Störung (Ablenkung) gesetzt werden, die den Wirkungsvergleich der relevanten Informationen bei den verschiedenen Gruppen unter veränderten Bedingungen möglich erscheinen lassen.

Die folgende Darstellung wird zuerst den Kerngedanken am Zivilrecht bei der Regelung zur Geschäftsfähigkeit herausstellen und dann seine Ausdehnung auf die weiteren Bereiche der Willensbildungsfähigkeit betreiben.

Die Willenstheorie zur Geschäftsfähigkeit

Die Komponenten der impliziten rechtlichen Willenstheorie zur Geschäftsfähigkeit umschließen Personenvariablen und Stimulusvariablen. Die Personenvariablen sind Alter und aufgrund von Geisteskrankheit erfolgte Entmündigung. Insgesamt sind es die §§ 6, 104, 105, 106, 114 BGB, aus denen die Variablenabstufungen hervorgehen. Die Stimulusvariablen ergeben sich aus der Unterscheidung von rechtlichen Vorteilerlangungen und Nachteilen aus § 107 BGB.

Die relevanten gesetzlichen Regelungen zur Geschäftsfähigkeit im BGB werden im folgenden aufgeführt:

Bezug zu Personenvariablen. Nach § 104 BGB ist geschäftsunfähig, wer nicht das siebente Lebensjahr vollendet hat, wer sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet, sofern nicht der Zustand seiner Natur nach ein vorüberge-

hender ist und wer wegen Geisteskrankheit entmündigt ist. Der § 105 BGB gibt als Folge der Geschäftsunfähigkeit im ersten Satz an, daß die Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen nichtig ist. Er berücksichtigt im zweiten Satz dann noch die in § 104 (2) BGB ausgelassenen vorübergehenden Störungen der Geistestätigkeit. Der § 106 BGB führt den Begriff der beschränkten Geschäftsfähigkeit ein, und der § 114 BGB dehnt die beschränkte Geschäftsfähigkeit aus auf die wegen Verschwendung oder Trunksucht Entmündigten.

Demnach gibt es hinsichtlich des Alters außer der allgemeinen Altersabhängigkeitshypothese noch die einer besonderen Abstufung beim vollendeten siebenten Lebensjahr und hinsichtlich der Entmündigung die Anhaltspunkte für mögliche Abstufungen der diesbezüglichen Personenvariablen in der Geisteskrankheit, der Geistesschwäche, der Verschwendung und der Trunksucht.

Bezug zu den Stimulusvariablen. Der § 107 BGB enthält die für die Gewinnung von zu untersuchenden Stimulusvariablen interessante Regelung: „Der Minderjährige bedarf zu einer Willenserklärung, durch die er nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters.“ Sieht man einmal vom Schutzgedanken als Sinn der Regelung ab (Dittenberger, 1903) erscheint der Minderjährige in § 107 BGB fähig zu den erforderlichen Leistungen bei rechtlichen Vorteilerlangungen, aber noch nicht bei gleichzeitig bestehenden rechtlichen Nachteilen oder Verpflichtungen. Der noch nicht sieben Jahre alte Minderjährige kann folglich die erforderlichen Leistungen nicht einmal bei rechtlichen Vorteilerlangungen erbringen. Die Interpretation des § 107 BGB als Anforderungsprofil enthält eine allgemeine Struktur, die in einem spezifischen Kontext erscheint. Der spezifische Kontext entsteht durch den engen Bezug zur zivilrechtlichen Altersgrenze des vollendeten siebenten Lebensjahres nach § 104 (1.) BGB und durch die inhaltliche Spezifikation des „rechtlichen Vorteils“. Die allgemeine Struktur der so interpretierten Aussage ist aber, daß Vorteile und Nachteile anscheinend unterschiedliche Anforderungen stellen, so daß unterschiedliche Befähigungszustände nachweisbar sein müßten.

Zu ergänzen ist, welche Anforderungen erhoben werden, damit einerseits Geschäftsfähigkeit bei reinen Vorteilerlangungen nachgewiesen ist und gleichzeitig für eingeschlossene Nachteile nicht nachweisbar ist, andererseits für fähigere Probanden aber beides demonstrierbar ist und für unfähigere nicht einmal das scheinbar einfachere. Die Rechtsprechung zur Aberkennung der Geschäftsfähigkeit wegen krankhafter Störung der Geistestätigkeit gibt hierfür in Analogie den entscheidenden Anhaltspunkt. Die zentrale Bedingung, durch die eine krankhafte Störung die Geschäftsfähigkeit beeinträchtigt, ist der Ausschluß der freien Willensbestimmung. Der Bundesgerichtshof war nach Lenckner und Schumann (1972, S. 292) der Ansicht, daß es darauf ankomme, ob eine freie Entscheidung aufgrund einer Abwägung des Für und Wider, eine sachliche Prüfung der in Betracht kommenden Gesichtspunkte möglich ist oder ob umgekehrt von einer freien Willensbestimmung deswegen nicht mehr gesprochen werden kann, weil der Betroffene fremden Willenseinflüssen unterlag oder die Willenserklärung durch unkontrollierte Triebe und Vorstellungen ähnlich einer mechanischen Verknüpfung von Ursache und

Wirkung ausgelöst wird. Auf eine Erwägungsfähigkeit über die (in der Zukunft liegende) Tragweite des Handelns komme es, wie bei der Schuldfähigkeit hinsichtlich der Fähigkeit zu zweckrationalem Handeln, nicht an.

Die implizite Willenstheorie des rechtlichen Denkens zur Geschäftsfähigkeit ist also eine aus kognitiven und voluntativen Bedingungen gemischte, die sich von zwei Seiten dem kritischen Punkt der Aberkennung nähert. Als voluntativer Ausschlußgrund für die freie Willensbestimmung gilt, daß reflexhaftes Verhalten sicher nicht mehr ein Fall freier Willensbestimmung ist. Als kognitive Bedingung gilt, daß die Fähigkeit zur Prüfung der in Betracht kommenden Gesichtspunkte *hinreichende* Bedingung für die rechtlich geforderte freie Willensbetätigung ist. Diese hinreichende Bedingung wurde Erwägungsfähigkeit genannt (Hommers, 1983). Sie spielt forensisch nur in Hinsicht auf die Entmündigung eine Rolle, da in den Fällen des § 107 BGB (Genehmigung durch Vormund des Minderjährigen) gerichtlich nur eine Faktenfeststellung zu treffen ist, ob es sich lediglich um einen rechtlichen Vorteil handelt. Ein Bezug auf individuelle Fähigkeiten fehlt hier völlig.

Die Erwägungsfähigkeit erscheint aber auch völlig losgelöst von forensischen Fragen empirisch untersuchbar. Unter Berücksichtigung der zuvor aus § 107 BGB gewonnenen verdeckten rechtlichen Aussagen über das zeitliche Verhältnis der Geschäftsfähigkeit bei reinen Vorteilserlangungen und Verpflichtungsgeschäften ergibt sich insgesamt, daß sich die Erwägungsfähigkeit bezüglich Vorteilen und Nachteilen innerhalb eines kritischen Bereichs in der Weise unterschiedlich ausgebildet finden lassen sollte, daß Erwägungen über verschiedene Vorteilserlangungen gelingen, während Erwägungen, die Nachteile einschließen, nicht gelingen. In dieser verallgemeinerten Form, d. h. um das Attribut „rechtlich“ reduzierten Form, wird die implizite rechtliche Willenstheorie zu einer grundlegenden psychologischen Aussage, die auch ohne engen Bezug zur rechtlichen Regelung der Altersgrenze oder der Entmündigung verfolgt werden kann. Dieser Verallgemeinerung durch Loslösung von dem engeren rechtlichen Kontext wird eine weitere hinzugefügt, da sich die Aussagenstruktur im Bereich der Verantwortlichkeit für verschuldete Delikte wieder antreffen läßt.

Ausdehnung auf die Willensbildung im Rahmen der Verantwortlichkeit für verschuldete Delikte

Da die rechtlichen Gedankengänge zur Steuerungsfähigkeit im Zusammenhang mit dem Verschulden und der Schuld hohe Ähnlichkeit zu dieser Begriffsstrukturierung besitzen, ergibt sich die Ausdehnung direkt. Der Anknüpfungspunkt für die Ausdehnung liegt in der Begriffserweiterung von Vorteilen und Nachteilen. Vorteile sind ja offensichtlich Erwägungsgesichtspunkte, die die Handlung „Willenserklärung“ fördern. Nachteile sind dagegen die Handlung „Willenserklärung“ hemmende Gesichtspunkte.

Bei den eingangs dargestellten gesetzlichen Regelungen zum Verschulden nach §§ 254 und 276 BGB und zur Schuldfähigkeit bzw. strafrechtlichen Verantwortlichkeit nach den §§ 19, 20, 21 StGB und nach § 3 JGG und ihrer Aus-

legung heißt es mit Bezug zur Steuerungsfähigkeit: „Unfähig, nach dieser Einsicht zu handeln.“ Mit der Einsicht ist aber jeweils Unterschiedliches gemeint: Im Strafrecht das Unrecht der Tat (§ 3 JGG und § 20 StGB) oder bei fahrlässigen Delikten im Zivilrecht die Gefährlichkeit der Tat (§§ 254 und 276 BGB) – eine zivilrechtliche Nicht-Zurechnung von vorsätzlichen Schädigungen wird dagegen generell abgelehnt. In der zuvor erfolgten Darstellung zur Geschäftsfähigkeit war das hemmende Moment demgegenüber der rechtliche Nachteil oder die Verpflichtung durch eine Willenserklärung (§ 107 BGB).

Offensichtlich paßt das für die Geschäftsfähigkeit Dargestellte auch auf die Steuerungsfähigkeit im Rahmen der Schuldfähigkeit und strafrechtlichen Verantwortlichkeit sowie auch auf das zivilrechtliche Verschulden. Demnach soll ja ein hemmender Gesichtspunkt berücksichtigungsfähig geblieben sein. Der geschäftsmäßige rechtliche Nachteil, z. B. der „Verlust“, als möglicherweise nicht berücksichtigungsfähiger Stimulus wäre zu ersetzen durch das hemmende Unrechtsbewußtsein, der in Aussicht stehende Gewinn des Rechtsgeschäfts durch den Straftaterfolg. Dabei können als Personenvariablen die vier Ausschließungsgründe des § 20 StGB oder das Alter eines Jugendlichen aufgrund § 3 JGG bzw. § 19 StGB oder als ein Gruppenmaßstab das Alter von Minderjährigen bei § 276 BGB einbezogen werden.

Eine weitere Beobachtung ist erwähnenswert. Die Bedingungen, unter die die Erwägungsfähigkeit gestellt wird, unterliegen einer Steigerungsreihe. Der Nachteil ist für den Handelnden selbst gegeben, die Gefahren bestehen nicht nur für ihn (Mitverschulden), sondern auch für andere (Verschulden), dabei hat die Rechtsprechung (OLG Celle, NJW 1968, S. 2147) selbst eine Sukzessionshypothese hierzu aufgestellt (einem selbst drohende Gefahren können eher berücksichtigt werden, als die einem anderen drohenden), und schließlich soll die geforderte Unrechtseinsicht von einem relativ abstrakten Niveau sein und die Systembezogenheit umfassen (Peters, 1967). Die Beziehungen zu Kohlbergs (1963) ersten vier Stufen sind offenkundig, ohne daß es irgendeine gegenseitige Beeinflussung gegeben haben könnte.

Schließlich kann die rechtliche Unterscheidung von Tun und Unterlassen aufgegriffen werden. Das Recht kennt Begehungs- und Unterlassungsdelikte. Bei den ersten beruht der Vorwurf in der Regel (außer bei Fahrlässigkeitsdelikten) auf Wissen und Wollen des Tatbestandes, bei den anderen auf der Pflichtwidrigkeit. Juristisch sind sie schwierig unter der finalen Handlungslehre zu vereinigen. Eine Anwendung der herausgestellten Hypothese über die Struktur der Erwägungen bezüglich hemmender und bahnender Aspekte würde sich, direkt an diese Schwierigkeit anknüpfend, für die empirisch-psychologische Perspektive anbieten. Es ergibt sich die folgende aus zwei Teilen bestehende Fragestellung in einer von rechtlichen Begriffen abgelösten Fassung: 1) Wenn es um ein Tun geht, ist die Einbeziehung „hemmender“ Gesichtspunkte schwerer als die Einbeziehung „bahnender“ Gesichtspunkte? 2) Wenn es jedoch um ein Unterlassen geht, ist dann die Einbeziehung „bahnender“ Gesichtspunkte schwerer als die Einbeziehung „hemmender“ Gesichtspunkte?

Zusammenfassung

Die Struktur der aufgedeckten Theorie stellt sich insgesamt in allgemeiner Formulierung folgendermaßen dar:

1) Seien Sachgebiete zur Steuerungsfähigkeit aufgrund des Unrechts, aufgrund der Gefährlichkeit für andere, aufgrund der Gefährlichkeit für einen selbst oder aufgrund der Nachteile gegeben. Für jedes Sachgebiet gelte weiterhin:

2) Seien a, b zwei handlungsfördernde Informationen, die jeweils variierbar sind,

3) sei c eine dem Sachgebiet zugehörige handlungshemmende Information, die variierbar ist,

4) seien x, y, z zusätzliche Informationen, die auch konstant gehalten werden können, jedoch nicht müssen (mit ihnen soll die „Schwierigkeit“ der Urteilsaufgabe fein-abgestimmt werden können),

5) seien schließlich rechtsrelevante Personenvariablen aktueller und dispositioneller Art bestimmbar,

dann ergibt sich als Erwartung,

daß in Abhängigkeit von den Personenvariablen die Stimuli aus dem Kreuzprodukt ($a \# b$) in einem geeigneten Urteil vollständig differenziert werden, während gleichzeitig die Beurteilung von Stimuli des Kreuzprodukts ($a \# c$) nur hinsichtlich der Variation von a hinreichend differenziert erfolgt.

Ein ganzer Fragenkomplex kann hier, ohne in den seinswissenschaftlichen-normativen Diskurs zu verfallen, bearbeitet werden. Im allgemeinen ist der Nachweis der zuvor beschriebenen strukturellen Eigenschaften der Steuerungsfähigkeit zu erbringen. Diese allgemeine Struktur ist jeweils rechtsbezogen auszufüllen durch die jeweils relevanten hemmenden Bedingungen: Unrecht, Gefahr für andere, Gefahr für einen selbst oder Nachteil. Das hat aber aufgrund der zuvor dargestellten Steigerungsreihe zur Folge, daß die allgemeine Struktur an jeweils im Entwicklungsstand oder im aktuellen Befähigungszustand unterschiedlichen Probanden „querschnittlich“ oder auch „längsschnittlich“ nachgewiesen werden muß. Der entscheidende Nachweis ist dann geliefert, wenn gezeigt wird, daß der geforderte hemmende Gesichtspunkt von einer Probandengruppe nicht mehr verarbeitet werden kann, ein an seine Stelle gesetzter nichthemmender aber noch beachtet werden kann! Mit den verschiedenen Stimulusbedingungen ist es jedoch nicht getan. Vielmehr gehört zu ihnen jeweils eine Menge von Personenvariablen mit ihren Ausprägungen. Entwicklungsstand, psychiatrische Krankheit und die rechtlich akzeptierten Ausnahmezustände müßten jeweils im Zusammenhang mit der beschriebenen Wirkstruktur der Bedingungen der verallgemeinerten Erwägungsfähigkeit stehen. Der spezifische Variablenbereich, wo die Wirkstruktur sichtbar wird, muß aber nicht unbedingt mit den gesetzlich definierten Nahtstellen zusammenfallen, wie z. B. mit einer Altersgrenze oder mit einem psychopathologischen Zustand, der die Schuldfähigkeit ausschließt.

Wie ist konkret vorzugehen? Da es nicht um die Motiviertheit geht, sondern um die Motivierbarkeit, kann das Vorliegen der Fähigkeit nicht am einzelnen Tun erkannt werden. Es müssen Handlungsweisen in mehreren Situationen erhoben und verglichen werden. Ihre Vergleichbarkeit ist durch die experi-

mentelle Kontrolle zu erreichen. Zu ihrer Erhebung sind multifaktorielle Pläne heranzuziehen. Konkrete versuchsplanerische Leistungen sind gleichwohl in inhaltlicher Hinsicht noch zu bewältigen. Man muß eben die geeigneten fördernden und die relevanten hemmenden Informationen auswählen, so daß die aus dem rechtlichen Denken abgeleitete Hypothese bestätigt werden kann. Die Situation als solche kann ethisch gesehen den Probanden zugemutet werden und ist sicher auch unter Störreizen mit verschiedenen Probandengruppen anwendbar.

Der Wert der vorzunehmenden empirischen Forschung könnte in der Herauslösung des Wesentlichen aus den zahlreichen Besonderheiten konkreter rechtlicher Situationen bestehen. Von daher wäre, selbst wenn sich diskordante Ergebnisse einstellen würden, die Psychologie bereichert. Das bedeutet aber, daß aus einem hilfswissenschaftlichen Verhältnis zum rechtlichen Denken ein wechselseitiges Verhältnis von Recht und Psychologie wurde (Hommers, 1981, 1985). Das Problem der entworfenen Forschung liegt in der Rückführung oder in der Rückführbarkeit der Ergebnisse, wenn man die Perspektive der Jurisprudenz einnimmt. Das Ausgeführte hat die Rückführung oder -führbarkeit aber nicht zu ihrem Rechtfertigungsgrund gemacht, auch wenn sich die Entwicklung des Gedankens an die rechtlichen Aussagen hielt. Das Dargestellte sollte gerade nicht unter hilfswissenschaftlichem Anliegen beurteilt werden, sondern unter ihrem grundsätzlichen Beitrag zur empirischen Willentheorie. Gleichwohl ist es nicht ausgeschlossen, daß die Bearbeitung der vorgestellten Fragestellung auf das Recht rückwirkt.

Literatur

- Ach, N (1935) *Analyse des Willens*. Berlin, Wien: Urban & Schwarzenberg
- Anderson, NH (1982) *Methods of information integration theory*. New York: Academic Press
- Arnold, W (1965) *Person und Schuldfähigkeit*. Würzburger Universitätsreden. Heft 43. Würzburg: A. Staudenraus
- Borg, I (1981) *Anwendungsorientierte multidimensionale Skalierung*. Berlin, Heidelberg, New York: Springer
- Bresser, PH (1976) Die Ermittlung des subjektiven Tatbestands. Grundsätzliches über „Psychologie und Recht“. In G. Warda, H. Waider, R. von Hippel & D. Meurer (Hrsg.), *Festschrift für Richard Lange*. Berlin, New York: de Gruyter
- Bresser, PH (1983) Schuldfähigkeit und Schuld – Die Ambivalenzen ihrer Beurteilung. In H.-J. Kerner, H. Göppinger & F. Streng (Hrsg.), *Kriminologie – Psychiatrie – Strafrecht. Festschrift für Heinz Lefrenz zum 70. Geburtstag*. Heidelberg: C. F. Müller
- Dembo, T (1931) Der Ärger als dynamisches Problem. *Psychologische Forschung*, 15, 1–144
- Dittenberger, H (1903) *Der Schutz des Kindes gegen die Folgen eigener Handlungen im BGB für das Deutsche Reich*. Berlin: Guttentag
- Dürr (1906) Einige Grundfragen der Willenspsychologie. *Der Gerichtssaal*, 69, 168–193
- Frank, R (1931) *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz* (18. Aufl.). Tübingen: Mohr
- Hommers, W (1981) Recht und Psychologie: Ein wechselseitiges Verhältnis. In W. Michaelis (Hrsg.), *Bericht des 32. Kongresses der Deutschen Gesellschaft für Psychologie, Zürich 1980*. Göttingen: Hogrefe
- Hommers, W (1983) *Die Entwicklungspsychologie der Delikts- und Geschäftsfähigkeit*. Göttingen: Hogrefe
- Hommers, W (1985) Recht und Psychologie: Ein wechselseitiges Verhältnis – Zur Gegenstandsbestimmung der Rechtspsychologie. *Universitas*, 39, 1323–1332
- Horn, A (1895a) Wille und Willensmacht. *Der Gerichtssaal*, 51, 1–44
- Horn, A (1895b) Die Bedeutung des Willens für die Strafrechtstheorie. *Der Gerichtssaal*, 51, 151–183

- Horn, A (1895c) Die empirische Natur des Willens. *Der Gerichtssaal*, 51, 257–320
- Horn, A (1902) Die Willenshandlung in der neueren Psychologie. *Der Gerichtssaal*, 60, 284–327
- Horn, A (1904) Erörterungen zur Willenshandlung und Willensfreiheit. *Der Gerichtssaal*, 63, 161–204
- Jeschek, HH (1957) *Das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform* (Recht und Staat, Heft 198/199). Tübingen: Mohr
- Kaufmann, A (1966) *Schuld und Strafe*. Schriftenreihe Annales Universitatis Saraviniensis, Heft 22. Köln: Heymanns
- Kohlberg, L (1963) The development of children's orientation towards a moral order: I. Sequence in the development of moral thought. *Vita Humana*, 6, 11–33
- Krauth, J (1983) Typenanalyse. In J. Bredenkamp & H. Feger (Hrsg.), *Enzyklopädie der Psychologie, Serie I: Forschungsmethoden der Psychologie, Bd. 4: Strukturierung und Reduzierung von Daten*. Göttingen: Hogrefe
- Krümpelmann, J (1974) Motivation und Handlung im Affekt. In G. Strathenwerth (Hrsg.), *Festschrift für Hans Welzel*. Berlin: de Gruyter
- Lackner, K (1985) Prävention und Schuldunfähigkeit. In K. H. Gössel (Hrsg.), *Strafverfahren im Rechtsstaat. Festschrift für Theodor Kleinknecht zum 75. Geburtstag*. München: Beck
- Lange, R (1959) *Kohlrausch-Lange. Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen* (42. Aufl.). Berlin: de Gruyter
- Leferenz, H (1948) Die rechtsphilosophischen Grundlagen des § 51 StGB. *Der Nervenarzt*, 19, 364–372
- Lenckner, I, Schumann, H (1972) Psychiatrische Probleme des Privatrechts. In H. Göppinger & H. Witter (Hrsg.), *Handbuch der Forensischen Psychiatrie* (Bd. 1). Berlin, Heidelberg, New York: Springer
- Lewin, K (1926) Vorsatz, Wille und Bedürfnis. *Psychologische Forschung*, 7, 330–385
- March, P (1933) *Die materiellrechtlichen Bestimmungen des reichsdeutschen und österreichischen Jugendrechtsgesetzes*. Leipzig: Noske
- Maurach, R, Zipf, H (1983) *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. Teilband 1: Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat (6. Aufl.). Heidelberg: C. F. Müller
- Peters, K (1967) Die Beurteilung der Verantwortungsreife. In U. Undeutsch (Hrsg.), *Handbuch der Psychologie* (Bd. 11: Forensische Psychologie). Göttingen: Hogrefe
- Schewe, G (1972) *Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz. Strafrechtsdogmatische Aspekte des Willensproblems aus medizinisch-psychologischer Sicht*. Lübeck: Schmidt-Römhild
- Schöch, H (1983) Die Beurteilung von Schweregraden schuld mindernder oder schuldausschließender Persönlichkeitsstörungen aus juristischer Sicht. *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 66, 333–343
- Schönke, A, Schröder, H (1985) *Strafgesetzbuch. Kommentar* (22. Aufl., neubearbeitet von T. Lenckner, P. Cramer, A. Eser & W. Stree). München: Beck
- Soergel, HT, Siebert, W (1969) *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen* (10. Aufl.). Stuttgart: Kohlhammer
- Spendel, G (1987) Zum Begriff des Vorsatzes. In W. Küper (Hrsg.), *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987*. Berlin, New York: de Gruyter
- Steller, M (1983) Psychophysiologische Aussagebeurteilung – Zum Stand der wissenschaftlichen „Lügendetektion“. *Psychologische Beiträge*, 25, 459–493
- Streng, F (1983) Richter und Sachverständiger – Zum Zusammenwirken von Strafrecht und Psychowissenschaften bei der Bestimmung der Schuldfähigkeit. In H.-J. Kerner, H. Göppinger, F. Streng (Hrsg.), *Kriminologie – Psychiatrie – Strafrecht. Festschrift für Heinz Leferenz zum 70. Geburtstag*. Heidelberg: C. F. Müller
- Thomae, H (1960) *Der Mensch in der Entscheidung*. München: Barth
- Undeutsch, U (1974) Schuldfähigkeit unter psychologischem Aspekt. In G. Eisen (Hrsg.), *Handwörterbuch der Rechtsmedizin*. Stuttgart: Enke
- Wegener, H (1981) *Einführung in die Forensische Psychologie*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft
- Welzel, H (1969) *Das Deutsche Strafrecht* (11. Aufl.) Berlin: de Gruyter
- Witter, H (1983) Wissen und Werten bei der Beurteilung der strafrechtlichen Schuldfähigkeit. In H.-J. Kerner, H. Göppinger, F. Streng (Hrsg.), *Kriminologie – Psychiatrie – Strafrecht. Festschrift für Heinz Leferenz zum 70. Geburtstag*. Heidelberg: C. F. Müller