

## Vierter Teil: Definition

Nachdem in der historischen Grundlegung (2. Teil) gezeigt wurde, was alles unter Fiktion verstanden wird und in der philosophischen Grundlegung (3. Teil) diskutiert wurde, in welchem Verhältnis der Fiktionsbegriff zu anderen, ihm nahestehenden Begriffen steht, wird in diesem vierten Teil zusammengeführt, wie man Fiktion im Bereich der Rechtswissenschaft, insbesondere der Rechtslehre, verstehen sollte.

Der jahrhundertalte Ausdruck „Fiktion“, in Literaturtheorie, Philosophie und Jurisprudenz bis ins 20. Jahrhundert in seiner Bedeutung unabhängig und langsam gewachsen, entgleitet einem umso mehr, je mehr man ihn versucht zu fassen. Der Kontext bestimmt die Form der Fiktion wesentlich, sie selbst hat jedoch eine ebensolche Wechselwirkung auf ihren Kontext. So auch Wolfgang Iser:

„Denn als es [das Fiktive, Anm. K.A.] selbst ließ es sich nicht fassen, es sei denn man charakterisiert es als eine Leerform, die – weil sie nach einer Besetzung verlangt – höchst unterschiedlicher Füllungen fähig ist, woraus sich eine Streubreite ihrer Beschaffenheit ergibt, die von den Erfordernissen abhängt, welche das Fiktive jeweils zu erfüllen hat. [...]“<sup>882</sup>

Ist die sprachliche Kennzeichnung „als ob“ ausreichend, um das Phänomen zumindest seiner Form nach zu erfassen?<sup>883</sup> Oder verhält es sich vielmehr wie bei einem Eisberg, dessen oberer Teil durch Signalwörter wie besagtem „als ob“ einfach identifiziert werden können, dessen wahre Masse aber unter dem Meeresspiegel zu finden ist? Ist es überhaupt *ein* Eisberg? Oder verhält es sich wie bei Wittgensteins berühmten Beispiel des Spiels, welcher nur durch eine Familienähnlichkeit beschrieben werden kann?<sup>884</sup> Die Verknöcherung der Verwendungsweisen in *Civil* und *Common Law* legen letzteres nahe.

Anzumerken ist zu dem Vorgehen noch, dass es weder rein deduktiv noch rein induktiv ist: Konstruiert man „Fiktion“ rein aus gewissen idea-

---

882 Iser, Das Fiktive im Horizont seiner Möglichkeiten, in: Henrich/Iser (Hrsg.), Funktionen des Fiktiven, 547.

883 So vertreten von *Vaihinger*, Die Philosophie des Als Ob<sup>1</sup>.

884 Mein Dank für den Hinweis gebührt *William Twining* (Gespräch in Oxford im November 2016).

len Vorstellungen, hat er womöglich keine wissenschaftstheoretische Kraft und führt zu Verwirrungen, da ein Begriff völlig unabhängig zu jeder gewachsenen Position entwickelt wird. Geht man von der Beschreibung vorhandener Verwendungsweisen aus, fehlt dem Gedankengang aber möglicherweise die innovative Kraft, neue Erkenntnisse zu Tage zu fördern.

Zur Definition: Im Sinne Aristoteles' soll *per genus proximum et differentiam specificam* definiert werden. Dies bedeutet, dass ein Oberbegriff (*genus proximum*) und die kennzeichnenden Merkmale (*differentia specifica*) bestimmt werden müssen. Diese strenge Art der Definition zeigt die Eigentümlichkeit des hier behandelten Begriffs am besten auf.

Was das *genus proximum* anbelangt, so werden in der Forschung (von Philosophie bis Rechtslehre) Annahmen, (Hilfs-) Konstruktionen, Vorstellungen und Mittel der Rechtslehre häufig genannt.<sup>885</sup> Da Fiktionen hier nur im Bereich des Rechts betrachtet werden, ist die Kategorie der „Mittel der Rechtslehre“ die erste Anlaufstelle. Dort jedoch gibt es – je nach Systematisierung – zunächst andere Obergruppen. Es wird zu diskutieren sein, wie sich die Fiktionen dort einfügen. Die Diskussion der *differentia specifica* kreist um folgende, im vorherigen Abschnitt bereits angeschnittene Merkmale:

- Annahme (*assumptio*)
- Intentionalität des Autors
- Erkenntniserweiterung
- Als-Ob-Struktur
- Falsche Annahme (*contra veritatem* und *pro veritate*)
- Kontrafaktizität
- Verdeckung
- Möglichkeit des Fingierten (*re possibili*)
- Bewusste Einsetzung

Vorwegnehmend sei das Ergebnis dieses Kapitels, die allgemeine Definition einer Rechtsfiktion, genannt:

Eine *Rechtsfiktion* ist ein Vorstellungsgebilde im Recht, welches von einer ihm übergeordneten Regel (welche sich auf das Vorstellungsgebilde bezieht) auf artifizielle Weise abweicht, um damit einen übergeordneten Zweck des Rechts zu erfüllen.

---

885 Dort aber zumeist nicht als *genus proximum*, sondern als ein Merkmal unter den andern.

## A. Oberbegriff

Die Oberkategorie von Fiktionen wird durch Vaihinger als Hilfsvorstellung, Hilfsgriff des Denkens beschrieben. Bei den Fiktionen im Recht, welche hier ausschließlich betrachtet werden, bietet sich zweierlei an: Die Bestimmung der Oberkategorie allein über den Zweck der Fiktion oder über das Mittel. Der Zweck variiert von Rechtsfolgenverweisungen über Rechtsfortbildungen bis zur Gestaltung der sozialen Wirklichkeit. Das Mittel ist die artifizielle Abweichung von einer übergeordneten Regel zu einem höheren Zweck. Das Umfeld, in dessen Rahmen die Fiktion einzuordnen ist, sind die Mittel der Rechtstheorie, welche klassischerweise von ihrem Zweck her unterteilt werden. Betrachten wir also zunächst die Zuordnung über die verschiedenen Zwecke.

I. Bestimmung des *genus proximum* über den Zweck

Das *genus proximum* wird in der deutschsprachigen Forschung aktuell praktisch nicht diskutiert: Fiktionen werden meist unkommentiert bei den Mitteln zur Rechtsfolgenverweisung eingeordnet.<sup>886</sup> Man geht also vom Zweck aus.

Franz Bydlinski sieht die „unselbständigen oder unvollständigen Rechtsregeln“ als Oberkategorie.<sup>887</sup> Diese unterteilt er in Anschluss an Karl Larenz<sup>888</sup> noch einmal in „erläuternde, einschränkende und verweisende Rechtssätze“, wobei letztere die „Rechtsfolgenverweisungen sowie die (gleichbedeutenden) gesetzlichen Fiktionen“<sup>889</sup> beinhalten.<sup>890</sup> Bernd Rütters sieht gesetzliche Fiktionen auch als Teil der „unvollständigen Rechtssätze“ und dort wiederum als Teil der Unterkategorie der „Hilfsnor-

---

886 Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, § 132a.

887 Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 197; Eine solche läge vor, wenn „der Inhalt einer Rechtsregel typischerweise nur im Zusammenhang mit anderen Rechtsvorschriften“ interessierte.

888 Ibid., 197 in Fn. 32, Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 250 f.

889 Beide Zitate: Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 197 in Fn. 32.

890 Es sei angemerkt, dass hier eine kleine Differenz besteht: Ist die gesetzliche Fiktion demnach nur *gleichbedeutend* mit den Rechtsfolgenverweisungen oder ist sie eine *Unterkategorie* von Rechtsfolgenverweisungen?

men“ neben gesetzlichen Verweisungen und gesetzlichen Vermutungen.<sup>891</sup>

Larenz bringt noch eine andere Nuance ein: Er sieht, dass Fiktionen bei einer späteren Ergänzung eines bereits bestehenden Rechtssatzes als Betonung der Kontinuität des Rechts eingesetzt werden können.<sup>892</sup> Dieser Aspekt wird bei Friedrich Carl von Savigny und der englischsprachigen Forschung noch sehr viel deutlicher: Savigny sah in Fiktionen ein Mittel zur moderaten Rechtsfortbildung. Die Wichtigkeit der Fiktion wurde von ihm „wirkungsreich“<sup>893</sup> 1814 betont:

„Also auch im bürgerlichen Rechte war der allgemeine Römische Character sichtbar, das Festhalten am Herkömmlichen, ohne sich durch dasselbe zu binden, wenn es einer neuen, volksmäßig herrschenden Ansicht nicht mehr entsprach. [...] Entsteht eine neue Rechtsform, so wird dieselbe unmittelbar an eine alte, bestehende angeknüpft, und ihr so die Bestimmtheit und Ausbildung derselben zugewendet. Dieses ist der Begriff der Fiction, für die Entwicklung des Römischen Rechts höchst wichtig und von den Neueren oft lächerlich verkannt [...].“<sup>894</sup>

Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt auch Josef Esser:

„Diese Bedeutung behielt die Rechtsfiktion auch späterhin bei [...] mögen sie nun der Durchbrechung alter oder – was im Grunde nur die andere Seite derselben Funktion ist – der Einführung neuer Prinzipien gedient haben.“<sup>895</sup>

Gerade im 19. Jahrhundert war man sich der Herkunft der Fiktion und ihrem ursprünglichen Zweck der Rechtsfortbildung also noch bewusst. Die moderne englischsprachige Forschung stellt, wie im historischen Teil bereits festgestellt, die rechtsfortbildende Funktion in den Mittelpunkt und auch diese nicht in Frage. Ob man dies nun als Kommunikation zwischen aktuellem und zukünftigem Richter<sup>896</sup> oder als ausnahmsweises punktuelles Testen einer neuen Regel deutet, stellt den Zweck der Rechtsfortbildung nicht in Frage.

---

891 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 129 f.

892 *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 252.

893 *Haferkamp*, „Methodenehrlichkeit“? – Die juristische Fiktion im Wandel der Zeiten, 1079.

894 *Savigny*, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 32.

895 *Esser*, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen<sup>2</sup>, 24.

896 *Del Mar*, Preface, in: *Del Mar/Twining* (Hrsg.), *Legal Fictions in Theory and Practice*.

Festzuhalten ist, dass es beim *genus proximum* klassischerweise zwei ganz unterschiedliche Ansichten gibt: Einerseits, dass Fiktionen Mittel der Rechtsfolgenverweisung durch den Gesetzgeber seien und andererseits, dass sie ein Mittel der Rechtsfortbildung durch den Richter seien.

Ein anderer Zweck könnte noch in der Veranschaulichung von abstrakten Regeln zu einem personifizierten Maßstab liegen, wie beispielsweise dem durchschnittlichen Verbraucher. Ein weiterer Zweck könnte in der Beeinflussung sozialer Institutionen im Sinne der rechtlichen Wertungen liegen, indem man rechtliche Institute fortschrittlicher ausgestaltet als es sie in der sozialen Realität sind. Gerade die letzten beiden Zwecke lassen sich zwar noch mit dem Mittel der Fiktion erfassen, aber nicht mehr mit einer einheitlichen Oberkategorie im o.g. System der Rechtstheorie. Dies hätte zur Folge, dass man, mangels einheitlichen Oberbegriffs, nicht zu einer Definition gelangen könnte.

## II. Bestimmung des *genus proximum* über das Mittel

Man könnte die Fiktionen auch über das Mittel bestimmen, welches die artifizielle Abweichung von einer übergeordneten Regel zu einem höheren, im Recht implementierten Zweck ist. Dies ist bei allen o.g. Typen gemein, so verschieden die letztendlichen Zwecke sind.<sup>897</sup> Die Fiktionen gerieren sich hier als Grenzbereich der Regelungsmittel der Rechtstheorie. Die Abweichung von der übergeordneten Regel ist grundsätzlich im Recht nicht wünschenswert, kann jedoch durch die Erfüllung des höheren rechtlichen Zwecks gerechtfertigt sein.<sup>898</sup> Man könnte daher verkürzt sagen, dass bei Fiktionen der Zweck das Mittel heiligt. Diese Abhängigkeit von Mittel und Zweck findet sich auch bereits bei Vaihinger. Kelsen schrieb über Vaihinger, dass er die Fiktion sowohl durch das Mittel als auch durch den Zweck gleichermaßen bestimme – und übernahm dies für seine Übertragung von Vaihingers Fiktionstheorie auf das Recht. Da Kelsen jedoch am philosophischen Zweck der Erkenntniserweiterung festhielt und ihn nicht öffnete für Zwecke des vorliegenden Rechtssystems, ihn also nicht

---

897 Fraglich ist, welche anderen Mittel es in einer Systematisierung der Mittel der Rechtstheorie den Fiktionen dann gibt. Dies würde zu einer neuen Systematisierung der Mittel der Rechtstheorie führen. Dies soll aber nicht das hiesige Projekt sein.

898 Wann eine Abweichung tatsächlich gerechtfertigt ist bzw. welche Parameter gegeneinander abgewogen werden müssen, findet sich im 6. Teil, der Bewertung.

formalisierte, sind für Kelsen auch keine Fiktionen im Recht möglich. Die Öffnung des Fiktionsbegriffs für Fiktionen im Recht ist jedoch das, was hier geschehen soll: Um den Fiktionsbegriff für das Recht fruchtbar zu machen, muss vom Zweck der Erkenntniserweiterung Abstand genommen und der Begriff formalisiert werden. Es genügt nicht, dass irgendein Zweck verfolgt wird, denn das ist beispielsweise bei einer Lüge ebenso der Fall. Der Zweck wird vielmehr durch das vorliegende Rechtssystem vorgegeben. So kann im Ergebnis an der Bestimmung der Fiktion über Mittel und Zweck zugleich festgehalten werden. Für ein gemeinsames *genus proximum* muss jedoch das Mittel herangezogen werden: Die gerechtfertigten artifiziellen Abweichungen von rechtlichen Regeln.

## B. Begriffselemente

Im Folgenden sollen nun die einzelnen Merkmale von Fiktionen, welche sich aus dem zweiten und dritten Teil der Arbeit ergeben, diskutiert werden.

### I. Annahme, Setzung und Konstruktion

Eine nicht häufig diskutierte Frage ist die, was eine Fiktion im Kern ist: Eine Annahme, wie es bereits in der Scholastik bestimmt wurde? Oder doch eher ein Vaihinger'sches Vorstellungsgebilde oder eine Hilfskonstruktion, ein Kunstgriff des Denkens?

#### 1. Annahme

Das Element der Annahme (*assumptio*) wurde zuerst durch die Glossatoren eingeführt. Die Annahme beschreibe dabei sowohl die Tätigkeit des Fingierens als auch deren Ergebnis.<sup>899</sup>

Eine Annahme ist mehr als eine bloße Behauptung. Das Wort „Annahme“ enthält zunächst etwas Passives, wie man etwa ein Geschenk oder ein Angebot annimmt. Sich etwas nehmen kann jedoch auch ein aktiver Akt sein. Im Gegensatz zum „Hinnehmen“, bei dem die Betonung auf der Pas-

---

899 Olivier, Legal Fictions in Practice and Legal Science, 16.

sivität der Tätigkeit und dem eher entgegenstehenden Willen des erkennenden Subjekts liegt, *verleibt man sich das Angenommene beim Annehmen bis zu einem gewissen Grad ein*, auch wenn man es nicht für tatsächlich wahr halten muss. Im Gegensatz zum Simulieren ist kein Szenario notwendig; es können kleinste Aspekte angenommen werden. Es ist gewissermaßen eine bewertungsoffene Setzung, die aktiv und mit einer gewissen Vermutung der Nützlichkeit des Gedankens, als Prüfstein für eine These etc., gesetzt wird. Pierre J.J. Olivier bestreitet, dass bei Verweisungen eine Annahme getroffen würde:

„A good grasp of the assumptio element enables us to distinguish correctly between fiction and cross-references. The fiction consists of a deliberate false assumption of a certain facts pro veritate. This means that we are ordered by the legal rule to accept untrue facts as true and to accept them quite literally, i.e. as if they were the real and proven facts, and to act on these facts. The cross-reference or ‘Verweisung’ does not order or ask us to change the proven or probable facts [...]. It merely states: If fact A is proven, apply to that fact the legal rules which are applicable to fact B. The fiction would have said: If fact A is proven, assume that fact B had been proved and apply the rules pertaining to fact B to the situation.“<sup>900</sup>

Dies mag bei der Interpretation einer Norm zutreffend sein, d.h. auf einer tieferen hermeneutischen Ebene, aber eine typische Norm für eine Verweisung enthält im Wortlaut:

§ 22 ABGB: Selbst ungeborene Kinder haben von dem Zeitpuncte ihrer Empfängniß an, einen Anspruch auf den Schutz der Gesetze. In so weit es um ihre und nicht um die Rechte eines Dritten zu thun ist, werden sie als Geborne angesehen [...].<sup>901</sup>

Der Wortlaut arbeitet mit der Vorstellung, dass ein Fall A gleich einem gesetzlich geregelten Fall B sei. Das Ungeborene sei als geboren zu betrachten. Und gerade nicht: Auf das Ungeborene sind die Rechte eines geborenen Menschen anwendbar. Entscheidender *Ausgangspunkt* bei der induktiven Gewinnung von Erkenntnissen aus dem Gesetz ist der Wortlaut.<sup>902</sup> Daher ist Oliviers Kritik, dass bei Verweisungen keine Annahme getroffen

---

900 Ibid., 61.

901 Hervorhebung nicht im Original.

902 Würde *Olivier* dies anders sehen, müsste er konsequenterweise bei den von ihm als einzig wahre Fiktion angesehenen Figuren im Rahmen der Rechtsfortbil-

würden und sich daher anhand des *assumptio*-Elements zwischen Fiktion und Verweisung unterscheiden ließe, zurückzuweisen.

Schwerer fällt es allerdings, bei fiktiven Maßstabsfiguren von Annahmen zu sprechen: Diese werden aus den gesetzlichen Wertungen rekonstruiert. Ebenso verhält es sich bei fiktiven Instituten, wie etwa einer geschlechtsunabhängigen Ehe sofern diese noch nicht der sozialen Realität entspricht; hier ist schwerer von Annahme, denn von Setzung bzw. Konstruktion zu sprechen. „Annahme“ vermittelt die Idee, dass sie überprüfbar sein könnte unter bestimmten Umständen, was bei einer kontrafaktischen Setzung aber nicht der Fall ist. Daher ist der Begriff der Annahme, so passend er bei dogmatischen Fiktionen ist, weniger passend bei den fiktiven Instituten und den Maßstabsfiguren.

## 2. Unterstellung

Interessant ist, dass Schiemann und Harke die Fiktion nicht als Annahme, sondern im Lichte des römischen Rechts als Unterstellung einordnen:

„Die noch in modernen Gesetzen angewendete Technik der Fiktion zur Anordnung von Rechtsfolgen für einen anderen als den ursprünglich geregelten Sachverhalt durch die Unterstellung, die Sachverhalte seien entgegen der Wirklichkeit identisch, geht auf die römische Jurisprudenz zurück.“<sup>903</sup>

„Denn der Jurist, der seine Entscheidung im Wege der Fiktion gewinnt, beschränkt sich darauf, statt des zu entscheidenden Sachverhalts einen nicht gegebenen Tatbestand zu unterstellen [...]“<sup>904</sup>

Das Wort „Unterstellung“ verweist auf den gerade nicht vorläufigen Charakter einer Rechtsfiktion. Das Ergebnis der Fiktion ist klar und wird gerade nur darum vom Rechtsschöpfer eingesetzt. Das Wort „Annahme“ ist daher nicht grundsätzlich falsch, gerade im Hinblick auf einen größeren philosophischen Kontext, wenn man etwa Simulationen und Gedankenexpe-

---

dition eben auch nur eine Durchbrechung eines Prinzips bzw. eine Rechtsfortbildung sehen. Er ist insofern inkonsequent, als dass er bei Verweisungsfiktionen auf eine höhere Interpretationsebene als bei den Fiktionen zur Rechtsfortbildung geht.

903 Schiemann, *Fictio*, 503.

904 Harke, *Argumenta Iuventiana*, 29.



rimente erfassen will, verleitet jedoch zu falschen Assoziationen im Rechtsbereich.

### 3. Konstruktion und Vorstellungsgebilde

„*C'est une construction de l'esprit en rupture avec la réalité.*“<sup>905</sup>

Geht man davon aus, dass Recht nicht von einer höheren Instanz gegeben ist, sondern von Menschen gemacht wird, so muss man zwangsläufig von einer Konstruktion des Rechts generell ausgehen. Die Fiktionen wären also als Teil des Rechts bereits Konstruktionen, wie auch jede Annahme bereits eine Konstruktion ist. Auch Vaihinger verwendet als Grundbegriff jeder Fiktion nicht etwa „Annahme“ oder ähnliches, sondern stets „Vorstellungsgebilde“.<sup>906</sup> Konstruktion des Denkens bzw. Vorstellungsgebilde sind die am wenigsten spezifischen Begriffe, die man wählen kann. Da die spezifischeren Begriffe abgelehnt werden mussten, ist auf diese zurückzugreifen.

## II. Zweckverfolgung

Der Zweck der Fiktionen wurde in der Forschung bisher maßgeblich in den Mittelpunkt gerückt. Allgemein lässt sich sagen, dass der Einsatz von Fiktionen nicht selbstverständlich erfolgt. Hinter dem Einsatz einer Fiktion steht stets die Hoffnung auf einen bestimmten Nutzen, welcher durch die Erfüllung eines Zweckes herbeigeführt wird.

### 1. Zweck der Erkenntniserweiterung

Vaihinger unterscheidet in *Die Philosophie des Als Ob* insgesamt 12 Arten von Fiktionen. Ein Typus sei die *factio iuris*. In Bezug auf diese sagt er, dass „auch in der *factio iuris* [...] etwas Nicht-Geschehenes als geschehen oder umgekehrt betrachtet oder [...] ein Fall unter ein analoges Verhältnis gebracht [wird], in einer Weise, die der Wirklichkeit schroff widerspricht“.<sup>907</sup>

---

905 Chassignard-Pinet, La place de la fiction dans le raisonnement juridique, 1.

906 Siehe dazu ab Seite 71.

907 Vaihinger, Die Philosophie des Als Ob, 48.

Wesentliche Merkmale des von ihm entwickelten erkenntnistheoretischen Fiktionsbegriffs sind ein Widerspruch zur Wirklichkeit und der Zweck des Erkenntnisgewinns.<sup>908</sup> Die Rechtswissenschaft sah sich erstmals in ihrer Geschichte, in der sie mit der *factio iuris* als Mittel der Rechtsfortbildung bisher sehr gut zurecht kam, mit einem erkenntnistheoretischen Anspruch konfrontiert. Gegen diesen Anspruch bringen jedoch sowohl Kelsen als auch Esser Einwände vor: Kelsen wendet in seinem Aufsatz zur Rechtsfiktion ein, dass Ziel des Rechts nicht die Erkenntnis der Wirklichkeit sei. Vaihingers Fiktionsbegriff sei zu eng, da er sich auf die „Sinnenwirklichkeit“ beziehe.<sup>909</sup> Die Erkenntnis der Sinnenwelt ist Ziel der Naturwissenschaften sowie einzelner Geisteswissenschaften, wie zum Beispiel der Soziologie oder der Geschichte. Sie ist aber nicht Ziel des Rechts, sondern maximal der Rechtswissenschaft. Ein Fiktionsbegriff, der sich auf die Sinnenwirklichkeit bezieht wäre daher zu eng für die Jurisprudenz. Vaihinger selbst sagt, dass er unter Wirklichkeit „diese raumzeitliche Welt nebst den von uns in sie hineinprojizierten Eigenschaften und Qualitäten“ versteht, wobei er in einem zweiten Erkenntnisschritt untersuchen möchte, welche der „subjektiven Gebilde in dieser Wirklichkeit [...] objektiven Wahrnehmungskomplexen entsprechen“.<sup>910</sup> Mithin stimmt Kelsens Behauptung, dass Vaihinger sich auf die Sinnenwirklichkeit beschränke. Trotz dieser Kritik sieht Kelsen noch Raum für erkenntnistheoretische Fiktionen in der Jurisprudenz.<sup>911</sup> Dieser solle darin bestehen, dass das Recht Erkenntnisse über sich selbst finde.

Essers Einwand gegen Vaihingers These lautet:

„Denn da Gesetze Gebote sind, und keine Erkenntnismittel, können sie auch keine Fiktionen in erkenntnistheoretischen Sinn enthalten.“<sup>912</sup>

Es sei gegen die These angeführt, dass Vaihinger Rechtswissenschaft und Recht nicht trennt – sondern beide Systeme (fälschlicherweise) mit seinem erkenntnistheoretischen Anspruch konfrontiert. Kelsen sieht bereits, dass dies nicht möglich ist, da es im Recht nicht um eine Erkenntniserweiterung geht. Recht wird nicht geschaffen, um mehr über die soziale Realität zu erfahren, sondern um diese zu gestalten. Kelsen befreit den Fiktionsbe-

---

908 Ibid., 27.

909 Kelsen, Zur Theorie juristischer Fiktionen, 632.

910 Vaihinger, Die Philosophie des Als Ob, 23.

911 Kelsen, Zur Theorie juristischer Fiktionen, 636.

912 Esser, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen<sup>2</sup>, 17.

griff jedoch noch nicht von Vaihingers erkenntnistheoretischem Anspruch. Wenn man jedoch Fiktionen im Recht annehmen will, so muss man den Fiktionsbegriff vom Zweck der Erkenntniserweiterung lösen.

## 2. Zweckverfolgung

Man könnte den Vaihinger'schen Ansatz dahingehend abschwächen, dass man keinen erkenntnistheoretischen Zweck, sondern überhaupt einen Zweck verlangt. Bestimmt man diesen jedoch nicht weiter, dann könnten sich auch Täuschungen einschleichen: Wenn der Zweck beliebig ist, lassen sich Fiktionen kaum mehr von Lügen abgrenzen. Daher ist eine beliebige Zweckverfolgung nicht ausreichend.

## 3. Zweck des Rechts

Der verfolgte Zweck muss, um als Rechtsfiktion gelten zu können, ein solcher des Rechts sein. Dies bedeutet jedoch nicht, dass jede Rechtsfiktion gut sein muss: Eine Rechtsfiktion könnte immer noch zum Beispiel zu komplex sein, um eine Verständlichkeit des Rechts zu gewährleisten. In diesem Fall könnte man zwar von einer Rechtsfiktion sprechen, jedoch wäre diese für das Recht nicht wünschenswert. Das Kriterium schließt also nicht aus, dass es schlechte Fiktionen im Recht geben kann. Es schließt nur aus, dass Täuschungen oder Lügen als Fiktionen bezeichnet werden können.

Das Merkmal des Zwecks hat aber nicht allein die Funktion, Fiktionen von Täuschungen oder Lügen abzugrenzen, sondern auch vom Imaginären.<sup>913</sup> Das Fiktive lässt sich von einem bloß Imaginären abgrenzen durch seine Zweckbestimmung; dem Fiktiven wohnt „ein im hohen Maße ‚Fiktives‘“<sup>914</sup> inne.

„Woraus aber geht diese Bestimmtheit des Fiktiven hervor? Sie scheint aus dem Gebrauchszusammenhang zu kommen, in dem es steht. Eine Fiktion erfolgt um eines Gebrauches willen, der von ihr zu machen ist,

---

913 Zum Imaginären siehe oben ab S. 204.

914 *Henrich/Iser*, Entfaltung der Problemlage, 9.

und dieser bestimmt ihre Funktion. So ist ihre Bestimmtheit abgeleitet von der Weise, in der sie verwendet werden soll.<sup>915</sup>

Dieser Gebrauchszusammenhang ist hier das Recht selbst. Die Abgrenzung bestärkt also nochmals das Merkmal, dass der Zweck ein solcher des Rechts sein muss. Bei den bisher vorläufig festgestellten Typen von Fiktionen, rechtsfolgenverweisende und rechtsfortbildende Fiktionen, fiktive Institute sowie fiktive Maßstabsfiguren, müssten die verfolgten Zwecke also solche des Rechts sein.

- Zweck der rechtsfortbildenden Fiktion ist die Implementierung von Weiterentwicklungen,<sup>916</sup> Die Weiterentwicklungen sind notwendig, damit das Recht mit den Entwicklungen der Gesellschaft mithält und neue Fälle erfasst werden können.
- Nach Bydlinskis These sind Rechtsfiktionen gleichbedeutend mit Rechtsfolgenverweisungen. Diese wären als Gesetzestechnik geboten aus dem „ökonomischen Prinzip, wonach die zu treffende rechtliche Regelung mit möglichst wenigen Regeln herbeizuführen ist.“<sup>917</sup> Ein Ausfluss dessen sei wiederum das Prinzip der Verweisung „einschließlich der in Fiktionsform“<sup>918</sup>.
- Die Beeinflussung sozialer Institutionen im Sinne der rechtlichen Wertungen durch die fiktiven Institute dient dem Gesetzgeber als Anstoß zur Weiterentwicklung der Gesellschaft.
- Die fiktiven Maßstabsfiguren haben den Zweck der Veranschaulichung, d.h. der präziseren Anwendbarkeit von abstrakten Wertungen. Da Recht auf Anwendung ausgerichtet ist, kann eine Erleichterung der Anwendbarkeit als Zweck des Rechts identifiziert werden.

Alle Zwecke sind also solche des Rechts, weshalb die vier vorläufig angenommenen Typen bzw. Beispiele weiterhin problemlos zu den Rechtsfiktionen gezählt werden können.

---

915 Ibid.

916 *Maine*, Ancient Law, 21 f.; Wobei er in seinem Fiktionsbegriff den Zweck nicht explizit als solchen benennt. Diese Funktion sehen auch andere, wenn auch mit anderen Betonungen: So z.B. Del Mar, der den Vorab-Charakter von Fiktionen betont oder Fuller, der in Fiktionen nicht allein eine historische Figur sieht.

917 *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 625.

918 Ibid., 626.

### III. Abweichung

Die Abweichung von einer höheren Regel (zwecks der Erreichung eines höheren rechtlichen Zwecks) ist die Form der Fiktion. Fraglich ist, was in welcher Weise wovon abweicht. Das „was“ ist das Abweichende, die o.g. Konstruktion. Das „wovon“ bezieht sich auf den Bezugsrahmen, von welchem die Konstruktion abweicht: Ist dieser das Recht oder die außerrechtliche soziale Realität? Das „wie“ bezieht sich auf die Art der Abweichung: Liegt sie in der Falschheit oder in einer Kontrafaktizität?

#### 1. Contra veritatem

Wie im dritten Teil bereits bestimmt, sind normative fiktive Sätze nur (doppelt) indirekt wahrheitsfähig.<sup>919</sup> Die Komplexität der Anwendbarkeit des Kriteriums macht es fraglich, ob es ein geeignetes Kriterium ist. Dagegen spricht, dass es kontraintuitiv ist: Es als wahr zu behaupten, dass ein nicht zugestellter Brief zugestellt oder Menorca ein Stadtteil Londons ist in der Bezugswirklichkeit des Rechts, fällt intuitiv schwer. Da die Wahrheit für das Recht auch kein zentraler Bezugspunkt ist, ist es auch für dieses System sehr ungewöhnlich. Des Weiteren legt die Bezeichnung als falsch die Bewertung nah, dass Fiktionen schlecht sein könnten. Anders argumentiert Frederick Schauer, der Falschheit für einen wertungsfreien Begriff hält: Dass etwas falsch ist impliziere nicht, dass man dies negativ zu bewerten sei. Dies ist allerdings kontraintuitiv. Die Abweichung vom Recht bei den Fiktionen als Falschheit zu bezeichnen, ist daher zu vermeiden, wenn es möglich ist. Das bedeutet nicht, dass man bei einer Theorie der Fiktion die Wahrheit nicht als zentrales Kriterium nehmen könnte; aber dass man ständig gegen Intuitionen arbeiten müsste.

#### 2. Contra realitatem

Wie bereits im Kapitel der Abgrenzungen besprochen kann es einen Widerspruch von Rechtsnormen mit der sozialen Realität oder mit anderen Regeln innerhalb des Rechts<sup>920</sup> geben. Die soziale Realität ist für das Sys-

---

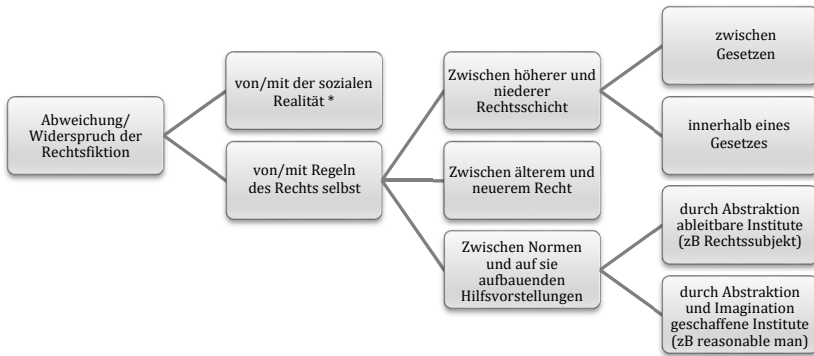
919 Siehe oben, 192 ff.

920 Da davon ausgegangen wird, dass die Rechtsrealität eine Teilmenge der Realität ist, wird hier zwischen sozialer und rechtlicher Realität unterschieden. Soziale

tem des Rechts dabei nur relevant, weil es auf diesem aufbaut und auf dieses wirken will. Daher ist die Abweichung des Rechts von der Realität nicht das Entscheidende: Sondern vielmehr die Abweichung von den Regeln des Rechts; der Bruch mit den eigenen, systemimmanenten Regeln.

### 3. Contra legem

Kriterium für eine Fiktion im Bereich des Rechts ist die Abweichung vom Recht. Inwiefern von den eigenen Regeln des Rechts abgewichen werden kann, sei hier näher aufgeschlüsselt:



\*Das einzige Kriterium für Fiktionen im Recht der Bruch mit den eigenen, rechtlichen Regeln. Daher ist der hier gezeigte Bruch mit den Regeln der sozialen Realität nur deswegen relevant, weil das Recht selbst auf diesen Regeln aufbaut und sich immer wieder auf diese bezieht. Wie im Abschnitt der Abgrenzungen erwähnt, ist das Recht Teil der sozialen Realität und wird hier nur modellhaft getrennt. Der Bruch mit den Regeln der sozialen Realität stellt also im Grunde eine Abweichung von den Regeln des Rechts dar.

Ein Beispiel für Widersprüche mit der sozialen Realität sind die fiktiven Institute: Wenn beispielsweise einem Fluss oder einer Maschine Rechtspersönlichkeit zugesprochen wird, obwohl dies in der Gesellschaft noch nicht

---

und rechtliche Realität sind keine Teilmengen, haben jedoch Einfluss aufeinander. Mehr dazu im obigen Kapitel der Abgrenzungen.

so gelebt wird, so kann man das Institut der Rechtspersönlichkeit als fiktiv bezeichnen.<sup>921</sup>

Abweichung im Rahmen des Rechts zwischen höherer und niederer Rechtsschicht umfasst Fiktionen zur Rechtsfolgenverweisungen, bei denen es zu einer, bei isolierter Betrachtung, Gleichsetzung zweier rechtlichen Fakta kommt, welche gemäß dem Recht aber nicht gleichbedeutend sind. Beispielsweise, dass das Ungeborene nach § 22 ABGB als geboren gilt oder nach § 911 BGB übergefallene Früchte eines Baumes an einer Grundstücksgrenze als Früchte des Nachbargrundstücks gelten. Wendet man nur dieses Kriterium der Abweichung an, sind aber auch Ausnahmeregelungen von der Definition umfasst. Insofern muss es noch ein einschränkendes Kriterium geben.

Abweichungen von älterem und neuerem Recht findet man bei den Fiktionen zur Rechtsfortbildung im römischen Recht und im *Common Law*. Die Abweichungen erfassen zunächst alle möglichen Arten von Rechtsfortbildungen, bei denen stets das neu geschaffene Recht vom älteren abweicht. Es bedarf hier noch eines Kriteriums, welches die Fiktionen herausarbeitet.

Eine Abweichung zwischen Normen und der auf sie aufbauenden Hilfsvorstellungen sind die fiktiven Maßstabsfiguren, aber auch zum Beispiel das Rechtssubjekt. Warum letzteres allerdings nicht zu den Fiktionen gezählt werden sollte, ergibt sich aus dem nächsten Kriterium, der Art und Weise der Abweichung.

#### 4. Artifizialität der Abweichung

Die Abweichung besteht also in einer Kontrafaktizität, welche sich entweder auf die soziale Realität oder das Recht beziehen kann. Das Kontrafaktische alleine muss jedoch noch keine Fiktivität bedeuten. Es hängt von der *Art der Abweichung* ab, ob eine Konstruktion im Recht fiktiv ist oder nicht. Diese der Fiktion eigene Art der Abweichung besteht in der *Artifizialität*. Das Artifizielle macht aus einer kontrafaktischen Konstruktion eine Fiktion.

Artifizuell, künstlich, ist eine Abweichung, wenn sie mit den durchschnittlichen Vorstellungen von Zuständen oder Vorgängen innerhalb des Bezugssystems, d.h. des Rechts und seinem Bezug auf die soziale Realität, auf krasse Weise nicht mehr vereinbar ist. Es ist das, was die mit Fiktionen

---

921 Präzise zu dieser Idee im Kapitel zu den fiktiven Instituten, 265 ff.

in der Regel einhergehende Irritation hervorruft; das, was sie auf den ersten Blick „troubling“<sup>922</sup> macht.

Alle Fiktionen sind daher kontranormativ in dem Sinne, dass sie von einer höheren bzw. älteren Rechtsregel abweichen. Sie können auch als kontrafaktisch in dem Sinne bezeichnet werden, als sie im Widerspruch mit den Fakten ihres jeweiligen Bezugssystems, ihrer jeweiligen Bezugswelt, stehen. Das Faktum ist im Fall der Rechtsnormen das rechtlich Normative. Aber nicht alles Kontrafaktische ist zugleich fiktiv. Wenn man beispielsweise bei einer Erzählung einer Geschichte falsche Namen angibt zum Schutz von Personen, sodass dies keine Übereinstimmung mehr im Realen findet, so würde man aber trotzdem nicht von einer fiktiven Geschichte sprechen. Denn der Name ist hier nicht wesentlich für die Bedeutung der Geschichte. Genauso ist es bei der Abweichung eines Rechtsinstituts von einer sozialen Institution: Nicht jede Abweichung in der Vorstellung von Eigentumsverhältnissen macht das Rechtsinstitut fiktiv. Wenn es sich aber um einen wesentlichen Kerngehalt handelt, wird das Rechtsinstitut fiktiv. Ein Beispiel dafür ist, wenn Roboter oder Flüsse die Rechte natürlicher Personen haben sollen. Hier stimmt der Kerngehalt der sozialen Institution der Persönlichkeit derart nicht mehr mit dem rechtlichen Institut der Person überein, dass ein solches Verständnis von Personalität artifiziell wird.

Die Artifizialität ist bei den rechtsfortbildenden wie bei den rechtsfolgenverweisenden Fiktionen ebenso wichtig: Nicht jede Rechtsfortbildung ist eine Fiktion; sondern nur diejenige, welche dazu führt, dass die enthaltene Neuschöpfung mit den Zuständen der Bezugswirklichkeit nichts mehr zu tun hat. Zum Beispiel bei der Annahme, dass Menorca in London liege oder dass Australien *terra nullius* sei, also keine Ureinwohner habe<sup>923</sup>.

#### IV. Erkennbarkeit

Das Thema der sprachlichen Form bzw. der Erkennbarkeit von Fiktionen gehört zu den umstrittensten Merkmalen. Sieht man die Erkennbarkeit als

---

922 Es sei hier auf das Zitat vor dem Beginn der Arbeit verwiesen: William Twining fragte mich bei einer Diskussion 2016, was so „troubling about fictions“ sei.

923 Zur Durchbrechung der terra-nullius-Doktrin bzgl. Australien in der Entscheidung *Mabo v Queensland No 2* (1992): [www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/HCA/1992/23.html?stem=0&synonyms=0&query=title\(mabo%20%20near%20%20queensland\)](http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/HCA/1992/23.html?stem=0&synonyms=0&query=title(mabo%20%20near%20%20queensland)) (zuletzt aufgerufen am 29.03.2020).



notwendiges Merkmal, so geht man davon aus, dass die Fiktion immer sprachlich oder aus dem Kontext erkennbar ist bzw. sein muss. *Vaihinger* hält die Erkennbarkeit für ein Idealmerkmal, welches aber nicht notwendig sei.

Die Fiktion wird häufig mit einem „als ob“ in Seins-Aussagen (bzw. lat. „quasi“, frz. „comme si“, engl. „as if“)<sup>924</sup> verwendet. Im normativen Kontext ist dem „als ob“ das „gilt als“ das strukturanaloge Äquivalent. Fraglich wäre also, ob das „gilt als“ ein solches Merkmal für Fiktionen im normativen Bereich ist. Dies würden nur die rechtsfolgenverweisenden und rechtsfortbildenden Fiktionen gemein haben. Erkennen ließen sich die Maßstabsfiguren aufgrund ihrer „Figürlichkeit“, d.h. ihrer relativen Konkretheit gegenüber Konstruktionen wie dem Staat oder dem Rechtssubjekt. Bei den fiktiven Instituten (wie etwa der Rechtspersönlichkeit, wenn in diesem Rechtssystem Flüsse die Rechte und Pflichten wie natürliche Personen haben) ist es nicht erkennbar, ob sie fiktiv sind oder nicht, da dies von den Umständen der sozialen Realität abhängt. Sieht man in der Erkennbarkeit also ein notwendiges Merkmal und nicht nur ein Idealmerkmal, wie zum Beispiel *Vaihinger* und *Kelsen*, dann wären die hier bisher so bezeichneten fiktiven Institute keine Fiktionen. Ebenso könnten z.B. die juristische Person oder die Willensfreiheit nicht als Fiktionen enttarnt werden, wenn sie doch gar nicht als solche gekennzeichnet sind. Die Enttarnung von Fiktionen ist, wie *Bülow* bereits betont, ein häufig anzutreffendes Projekt in der Rechtswissenschaft.<sup>925</sup>

Die Erkennbarkeit wird von ihren Befürwortern als maßgebliches Argument ins Feld geführt um die Fiktion von den Vorwürfen der Lüge, der Verschleierung, der Täuschung freizusprechen.<sup>926</sup> Hier soll gezeigt werden, dass die sprachliche Kennzeichnung nur im Fall der Annahmen ein notwendiges Merkmal ist. Es soll weiters argumentiert werden, dass „gilt als“ (engl. „counts as“, „deemed to be“) das normative strukturanaloge Äquivalent zum „als ob“ bei normativen Aussagen im Fall der Annahmen ist. Sowohl bei fiktiven Instituten als auch bei Maßstabsfiguren ist eine sprachliche Kennzeichnung aber nicht notwendig.

Damit zum Beispiel das Ungeborene, welches als geboren gilt nicht als unerklärbarer logischer Widerspruch erscheint, welcher durch Auslegung zu beseitigen ist, um die Einheit der Rechtsordnung wiederherzustellen,<sup>927</sup>

---

924 *Vaihinger*, Die Philosophie des Als Ob, 155.

925 *Bülow*, Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten, AcP 1879, 9.

926 *Olivier*, Legal Fictions in Practice and Legal Science, 88 f.

927 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, § 775.

ist eine Erkennbarkeit für den Rechtsanwender durch den Gesetzgeber bzw. den Richter zwingend notwendig. Bereits einfache Normwidersprüche „gefährden die Sicherheit und Glaubwürdigkeit des Rechts“<sup>928</sup> – eine auf den ersten Blick widersprüchliche Annahme würde dies noch viel stärker gefährden. Damit diese wirklich nur „auf den ersten Blick“ irreführend ist, bedarf es einer Kennzeichnung. Aus der Sicht der Philosophie und Literaturwissenschaft ist zudem zu argumentieren, dass der Gesetzgeber eine veränderte Rezeptionswirkung deutlich machen muss aufgrund seiner Verantwortung gegenüber dem Bürger, welche aus den möglichen massiven Wirkungen des Rechts erwächst. Da das Recht an sich nicht als fiktiv rezipiert werden soll, wären Metaphern-ähnliche Formulierungen wie „das Ungeborene ist geboren“ für den Rezipienten irritierend. Der Adressat des Rechts muss bei einem solchen nichtfiktionalen Text nicht mit Metaphern rechnen; sein Rezeptionsverhalten wird irritiert. Damit dies eindeutig bleibt, muss der Gesetzgeber ein Signal geben. Dogmatische Fiktionen sind daher zu kennzeichnen.

Anders verhält es sich bei den Instituten und den Maßstabsfiguren: Erstere sind nur fiktiv insofern sie einen faktischen Realitätsbezug zu einer sozialen Institution aufweisen, d.h. referieren, und zu dem betrachteten Zeitpunkt nicht kongruent mit selbiger, d.h. nicht referenzialisierbar, sind. Grundsätzlich aber ist das Recht unabhängig von der sozialen Realität, sodass es auch keiner Kennzeichnung bedarf. Im Gegensatz zu den Annahmen ist hier eine veränderte Rezeptionswirkung, etwa im Sinne eines *make-believe* im Sinne Kendall Waltons, sogar unerwünscht. Der Rezipient soll die Menschenwürde oder die Willensfreiheit nicht so rezipieren, dass er sich so verhält, *als ob* sie real wäre: Die Willensfreiheit soll als real rezipiert werden, deswegen wird sie durch das Recht konstituiert. Im Gegensatz zu den fiktiven Annahmen oder Figuren in Erzählungen wäre eine Erkennbarkeit bei diesem Fiktionstyp sogar schädlich, weil eine *make-believe*-Haltung wäre irreführend.

„Immer dort, wo die Entblößung [der Fiktion als selbige, Anm. KA] unterbleibt, geschieht das mit Rücksicht auf die Erklärungs- und Fundierungsleistungen, die die Fiktion zu erbringen hat.“<sup>929</sup>

Die Fiktion müsse implementiert werden, damit sie ihrem Nutzen nachkommen könne, dies wäre aber nicht möglich, wenn sie ständig entlarvt

---

928 Ibid.

929 Iser, Akte des Fingierens in: Henrich/Iser (Hrsg.), Funktionen des Fiktiven, 136.

würde als solche.<sup>930</sup> Genauso verhält es sich auch bei den fiktiven Instituten. Dadurch sind sie aber auch weitaus gefährdeter, den Rechtsadressaten zu täuschen: Es gibt keine sprachliche Kennzeichnung die darauf hinweist, ob ein Institut dem des wirklichen Lebens entspricht oder ob hier ein Idealbild geschaffen wurde, was auf die Realität Einfluss zu nehmen versucht qua der faktischen Kraft des Normativen. Hier könnte man die literaturwissenschaftliche Theorie des *make-believe* heranziehen. Das Kriterium des literaturwissenschaftlichen Ansatzes, dass eine Fiktion durch eine Rezeption des Lesers in *make-believe*-Haltung gekennzeichnet sei, führt bei der Anwendung auf das Recht zu keinen sinnvollen Ergebnissen: Jede rechtsinterne Aussage über fiktive rechtliche Institute wäre dann nur fiktionale Rede. Zum Beispiel, dass Vater derjenige ist gem. § 144 Abs. 1 Nr. 1 ABGB, welcher „mit der Mutter im Zeitpunkt der Geburt des Kindes verheiratet ist“. Dies ist aus der Sicht des Rechts selbst nicht fiktiv, sondern eine bloße Vermutung. Bei diesen Aussagen ist der Laie zunächst irritiert. Denn im Vergleich mit dem sozialen Institut der Vaterschaft, welches sich auf den biologischen Begriff der Vaterschaft stützt, kann diese Aussage jedoch aus Sicht dieses Verständnisses zu fiktiven Ergebnissen führen. So etwa, wenn zwei eineiige Zwillinge als Väter in Betracht kommen. Wird nun einer der Zwillinge, welcher nicht der biologische Vater ist, verklagt, so kann er den Ausschluss der Vaterschaft nicht beweisen. Er wird gerichtlich dann als Vater festgestellt, wer nicht der Vater ist.<sup>931</sup> Was fiktiv ist, ergibt sich also aus dem Kontext, aus der Perspektive. Wenn der zunächst irritierte Leser der Norm der Vaterschaftsvermutung (welche aus seiner Perspektive zu fiktiven Ergebnissen führen kann) oder dem Lesen der Norm, dass es sich bei dem Whanganui Fluss in Neuseeland um eine Rechtsperson handelt, dann muss er sich bewusst machen, dass er gerade in einem Rechtsbuch liest. Aus diesem Kontext weiss er dann, dass er diesen Normtext in *einer Art make-believe*-Haltung lesen muss. Da das Recht aber nicht darauf abzielt, dass man die Vermutung z.B. der Vaterschaft nur für die Zeit des Lesens als wahr annimmt, es auch nicht intendiert, die sozialen Praktiken zu beeinflussen, muss das *make-believe* für normativ Fiktives mit einem Äquivalent ersetzt werden, welches auf die Anerkennung des anderen Sprachgebrauchs abzielt. Dem kommt sprachlich und inhaltlich ein *make-accept* am nächsten. Werden im Recht Vorschriften oder Beschreibungen gemacht, welche nicht nur aufgrund ihrer Eigenschaft als Recht Anerken-

---

930 Ibid., 137 f.

931 Zu dieser speziellen Fallkonstellation siehe *Spitzer*, Problemfälle des Abstammungsverfahrens, 103.

nung suchen, sondern auch ob ihrer Fiktionalität, so intendiert der Gesetzgeber, dass der Adressat des Rechts eine *make-accept*-Haltung einnimmt. Die Erkennbarkeit ergibt sich bei diesem Fiktionstypus über die durch die Artifizialität hervorgerufene Irritation in Verbindung mit dem Kontext des Rechts. Wegen der Veränderlichkeit der Fiktivität der Institute, wenn sich etwa der Personenbegriff erweitert und in Zukunft Roboter und Flüsse mit Rechtspersönlichkeit keine Irritation mehr hervorrufen sollten, sind sprachliche Kennzeichnungen sogar irreführend. Daher ist eine sprachliche Kennzeichnung bei diesem Fiktionstyp kein ideales oder gar notwendiges Merkmal.

Die Maßstabsfiguren sind ebenfalls Teil des Rechts – idealisierende Abstraktionen, welche nie den Anspruch haben kongruent zu sein oder gar zu referieren. Sie sind weder in einem ontologischen, erkenntnistheoretischen noch in einem sozialphilosophischen Sinne, aber im literaturwissenschaftlichen Verständnis fiktiv (auch wenn das Signal bei den Figuren nicht immer klar ist):

„Es kennzeichnet die Literatur im weitesten Sinne, daß sie sich durch ein Signalrepertoire als fiktional zu verstehen gibt [...]. Es muß [sic] jedoch betont werden, daß sich ein solches Signalrepertoire nicht ausschließlich an linguistischen Zeichen des Textes festmachen lässt [...]. Denn das im Text markierte Fiktionssignal wird erst zu einem solchen durch bestimmte, historisch variierende Konventionen [...]. So bezeichnet das Fiktionssignal nicht etwas die Fiktion schlechthin, sondern den ‚Kontrakt‘ zwischen Autor und Leser [...].“<sup>932</sup>

Wolfgang Iser geht davon aus, dass Fiktionssignale eine Begleiterscheinung der Literarizität<sup>933</sup> und damit gemäß einem engen Literaturbegriff auch der Fiktionalität eines Textes sind. Nach seinem Verständnis ist das Fiktionssignal aber nicht der „Kern“ einer Fiktion, welchen er Fiktionsträger nennt. Das Signal zeige lediglich an, dass es in diesem Text eine Fiktion gibt. Ähnlich ist es bei den Maßstabsfiguren, welche aufgrund ihrer Figürlichkeit im Recht bereits derart herausstechen, dass sie nicht weiter gekennzeichnet werden müssen. So auch Simon Stern:

„Fabrication is the very stuff of law, and it may seem paradoxical to single out, as particularly notable, the instances that call attention to

---

932 Iser, Akte des Fingierens in: Henrich/Iser (Hrsg.), Funktionen des Fiktiven, in: Funktionen des Fiktiven, 135.

933 In der Literaturwissenschaft in der Regel gleichbedeutend mit Poetizität.

their artifice (through the use of personification, or deeming provisions, or terms like ‚constructive‘), when the more successful contrivance is the one that conceals its imaginative origins.“<sup>934</sup>

Stern argumentiert, dass sie durch die sprachliche Kennzeichnung des artifiziiellen Charakters als Konstruktionen hervorgehoben würden im Gegensatz zu anderen Formulierungen im Recht. Er vergleicht dies anschaulich mit Marcel Duchamps *Fountain*, welches als bloßes Urinal niemals aufgefallen wäre, wenn es nicht aus dem alltäglichen Kontext gerissen wäre.<sup>935</sup>

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Erkennbarkeit

- bei rechtsfolgenverweisenden und rechtsfortbildenden Fiktionen gegeben sein muss,
- bei Maßstabsfiguren aufgrund der Personifikation und
- bei fiktiven Instituten durch die Irritation und des Kontexts sowieso gegeben ist.

Insgesamt ist die Erkennbarkeit daher kein konstituierendes Merkmal, es kommt auf den konkreten Fiktionstypus an.

## V. Bewusste Einsetzung

Die Bewusstheit der Einsetzung ist neben der Verdeckung<sup>936</sup> das einzig diskutierte subjektive Merkmal für eine Fiktion. Offensichtlicher Nachteil eines subjektiven Merkmals ist, dass sich gerade bei alten Rechtstexten aufgrund fehlender Materialien bzw. bei Gerichtsurteilen noch viel stärker kaum nachvollziehen lässt, ob ein solches bei der Schaffung der Fiktion im Recht vorlag. Dies ist jedoch noch kein Argument dagegen, dass es ein konstituierendes Merkmal sein könnte. Abgeleitet vom lateinischen Ursprung des Wortes Fiktion fordert beispielsweise Thomasson, dass Fiktionen stets bewusst geschaffen werden müssen: „[T]his linguistic root is still evident in our practices in treating fictional characters as entities formed by the work of an author or authors in composing a work of fiction. We do not describe authors of fictional work as discovering their characters [...]“<sup>937</sup>

Das Element des Bewusstseins wird meist nicht explizit als Definitionsbestandteil angesehen, sondern wird durch die Zweckverfolgung impliziert. So kommt auch Vaihinger zu dem Schluss, dass ein Hauptmerkmal

---

934 Stern, Legal and Literary Fictions, 322.

935 Ibid., 321 f.

936 Siehe zu diesem Merkmal ab Seite 249.

937 Thomasson, The Ontology of Fiction, 157.

einer Fiktion „das ausdrücklich ausgesprochene Bewusstsein, dass die Fiktion eben eine Fiktion sei, also das Bewusstsein der Fiktizität“<sup>938</sup> sein müsse. Dies sei allerdings nur unter idealen Umständen der Fall. Bei den ersten Verwendern einer Fiktion würde der Urheber laut *Vaihinger* immer „zwischen Fiktion und Hypothese“ schwanken. Hier ist erkennbar, dass *Vaihinger* selbst inkonsequent ist, was dieses Kriterium angeht: Beispielsweise bezeichnet er auch die erkenntnistheoretischen Kategorien als Fiktionen,<sup>939</sup> welche aber nicht bewusst eingesetzt würden.<sup>940</sup> Einhergehend mit der Verfolgung eines bestimmten Zwecks bei der Schaffung einer Fiktion im Recht erfolgt die Schaffung zumindest im weitesten Sinne bewusst.<sup>941</sup> Da der Zweck aber einer des Rechts ist, bezieht sich das Bewusstsein meist auch nur auf diesen bestimmten Zweck. Jedoch müssen bestimmte Fiktionstypen als Fiktionen erkennbar sein, sodass das Bewusstsein zumindest bezüglich des Signalworts sowieso mit der Schaffung einhergeht. Ausgenommen von der Erkennbarkeit sind, wie dargestellt, die fiktiven Institute. Diese können ihre Fiktivität jedoch auch im Verlauf der Zeit unbemerkt verändern, sodass sich beim historischen Gesetzgeber kein Bewusstsein diesbezüglich einstellen kann.

Wendet man die intentionalen Theorien der Literaturwissenschaft wie oben ausgeführt gleichsam an so hinge die Fiktionalität stets von einer Intention des Gesetzgebers ab. Es kann auf die Intention des Gesetzgebers allein aber nicht ankommen, wenn es um das Recht geht, welches massive Konsequenzen für den Rezipienten nach sich zieht: Der Gesetzgeber hat eine höhere Verantwortung gegenüber den Bürgern als der Autor gegenüber dem Rezipienten. Eine eventuelle Fiktionalität, welche sich auf die Rezeptionshaltung auswirken muss, muss für diesen auch erkenntlich sein. Diese Erkennbarkeit der veränderten Rezeptionswirkung außer Acht zu lassen zugunsten der Intention des Gesetzgebers, erscheint nicht angemessen. Daher ist die bewusste Einsetzung kein notwendiges Merkmal. Es kann aus denselben Gründen auch kein hinreichendes Merkmal sein, wenn sich der Wille des Gesetzgebers nicht erkennbar aus der Semantik des Gesetzes ergibt. Die bewusste Einsetzung ist somit nur eine Begleiterecheinung der Erkennbarkeit, jedoch kein konstituierendes Merkmal.

---

938 *Vaihinger*, Die Philosophie des Als Ob, 173.

939 *Ibid.*, 297 ff.

940 So auch *Somek*, Der Gegenstand der Rechtserkenntnis, 18, der diese Zerissenheit in *Vaihingers* Theorie auf eine nicht explizit gemacht Unterscheidung zwischen erkenntnistheoretischer und wissenschaftstheoretischer Funktion der Theorie zurückführt.

941 *Olivier*, Legal Fictions in Practice and Legal Science, 69.

## VI. Als-Ob-Struktur

Fraglich ist ob jede Fiktion im Kern eine Als-Ob-Struktur<sup>942</sup> enthält und falls ja, was dies genau bedeutet. Dass Fiktionen zwangsläufig eine Als-Ob-Struktur haben, wurde von *Vaihinger* erstmals in die Diskussion eingebracht. *Vaihingers* „als ob“ beschreibt dabei die Gedankenbewegung, einen Umweg auf dem Weg zum Ziel, der Erkenntnis.

Fraglich ist, ob man damit den anderen juristischen Fiktionen der Rechtsfolgenverweisung bzw. der Rechtsfortbildung gerecht wird: Auch wenn im Gesetz die Geburt des Ungeborenen fingiert wird, wird in der „Welt des Rechts“ nicht blind die Geburt angenommen: *Vaihingers* „als ob“ bewegt sich auf keiner normativen Ebene – auf einer solchen entspricht dem „als ob“ das „gilt als“. Dieses findet sich bei den Fiktionen zur Rechtsfortbildung und -folgenverweisung, wenn auch nicht bei den anderen Typen. Fraglich ist, ob andere Verständnisse des „als ob“ auf Fiktionen generell zutreffen. Man könnte unter dem Als-Ob anschließend an *Kendall Walton* ein Gedankenspiel im Sinne eines „game of make-believe“, „als ob“ das Fingierte wahr sei,<sup>943</sup> verstehen.

„Propositions that are ‘true in a fictional world,’ or fictional, are propositions that, in a given social context, are to be imagined as true. What is to be imagined usually depends on features of the real world. If a doll is in a child's arms, participants in the game are to imagine that the child is holding a baby.“<sup>944</sup>

Wie bereits erörtert will eine Rechtsfiktionen niemanden glauben machen, dass das Fingierte wahr sei, sondern maximal, dass das Fingierte im Rahmen des Rechts akzeptiert werde, quasi als „game of make-accept“.

Eine andere Sicht auf das „als ob“ hat die Literaturwissenschaftlerin *Käthe Hamburger*, wobei sie sich jedoch allein auf ästhetische Fiktionen bezieht.<sup>945</sup> Diese will sie durch ein reines „als“ anstelle eines *Vaihinger'schen* „als ob“ charakterisiert sehen. Denn das Dargestellte hätte keinen Anspruch, als etwas aufzutreten, was es nicht sei, gar einem etwas zu entsprechen außerhalb seiner Welt.<sup>946</sup>

942 Dieses Merkmal wurde von *Vaihinger*, *Die Philosophie des Als Ob*, eingeführt.

943 *Walton*, *Précis of Mimesis as Make-Believe: On the Foundations of the Representational Arts, Philosophy and Phenomenological Research*, 380.

944 *Ibid.*

945 *Hamburger*, *Die Logik der Dichtung*, 54.

946 *Ibid.*, 55.

„Vaihinger [...] ha[t] fälschlicherweise von Roman- und Dramenpersonen als fingierten Personen gesprochen, wie denn Vaihinger überhaupt an der Bestimmung der ästhetischen Fiktion gescheitert ist, weil er in den Begriff der Fiktion nicht den Bedeutungsunterschied von fingiert und fiktiv aufgenommen hat, d.h. Fiktion ausschließlich als Als-Ob-Struktur aufgefaßt hat. Aber Schiller hat Maria Stuart nicht gestaltet, als ob sie die wirkliche wäre. Wenn wir sie, wenn wir eine jede Roman- und Dramenwelt dennoch als fiktive apperzipieren, so beruht das nicht auf einer Als-Ob-Struktur, sondern, wie wir sagen können, auf einer Als-Struktur.“<sup>947</sup>

Ähnliches lässt sich von den ausgedachten Dritten Personen im Recht sagen: Sie wollen niemandem entsprechen außerhalb des Rechts, sie sind bloß Personifikation von Werten des Rechts. Wenn vom „durchschnittlichen Verbraucher“ die Rede ist, so wird nicht gefordert, alle Verbraucher soziologisch zu untersuchen und den Durchschnitt zu bilden. Wie der durchschnittliche Verbraucher ist, ergibt sich aus den Gesetzeswertungen selbst.

Die durch die Fiktion geschaffene Wirklichkeit ist für Hamburger „Schein, Illusion von Wirklichkeit“ und als solche Fiktion.<sup>948</sup> Die Scheinwelt tue nicht so, als ob sie Wirklichkeit wäre, vielmehr beschränke sie sich auf ihr Schein-Dasein, auf das „als“.<sup>949</sup> Dieser Schein werde durch „den Schein des Lebens erzeugt.“<sup>950</sup> Das Schein-Dasein ist mit dem Recht jedoch nicht vereinbar, welches in keinem Aspekt Schein, sondern stets normatives Sein ist.

Wolfgang Iser erkennt die Als-Ob-Struktur einer fiktiven literarischen Welt jedoch an: Das „als ob“ vollzöge sich, indem man sich „die dargestellte Welt“ so vorstellen müsse, „als ob sie eine Welt sei. Daraus folgt zunächst, daß die im Text dargestellte Welt sich selbst nicht meint und folglich durch ihren Verweischarakter etwas repräsentiert, das sie selbst nicht ist.“<sup>951</sup> Der Bezugspunkt des „als ob“ sei dabei „ein Unmögliches oder ein

---

947 Ibid.

948 Ibid.

949 „Roman- und Dramenfiguren sind fiktive Personen deshalb, weil sie als fiktive Ichpersonen oder Subjekte gestaltet sind.“ (*Hamburger*, Die Logik der Dichtung, 56) Dies mag auf den ersten Blick zirkulär wirken, aber Hamburger unterscheidet hier sehr stark zwischen fingiert und fiktiv: D.h. bei ihr liegt die Quelle der Fiktionalität im Akt des Fingierens. (Vgl Ibid., 53 f.)

950 *Hamburger*, Die Logik der Dichtung, 56.

951 *Iser*, Akte des Fingierens, in: Henrich/Iser (Hrsg.), Funktionen des Fiktiven, 141.



Unwirkliches“.<sup>952</sup> Diese Theorie ist jedoch stark an literarische Welten angelehnt und übersteigt durch die Ausrichtung der Welt auf ein Unmögliches das Recht, welches auf das Mögliche gerichtet ist. Daher lässt sich diese Theorie nicht auf Fiktionen im Recht beziehen.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass es keine Als-Ob-Struktur im Sinne Vaihingers oder im Sinne der Literaturwissenschaften bei den Fiktionen im Recht gibt. Ein „gilt als“ findet sich, wenn, dann auch nur bei den rechtsfolgenverweisenden und -fortbildenden Fiktionen. Doch auch bei diesen ist sie kein konstituierendes Merkmal, wie Jhering treffend feststellt:

„War es eine Fiction, wenn die *lex de arrogatione* dem arrogirten Kinde die Stellung des natürlichen anwies? Sicherlich nicht, es war zwar eine Gleichstellung, aber nicht jede Gleichstellung ist eine Fiction. [...] Allerdings enthält auch die Fiction eine Gleichstellung [...] aber das Charakteristische ist die Form, in der sie dieselbe vermittelt, und der Zweck, dessentwegen sie dies thut.“<sup>953</sup>

Allen Fiktionen ist eine abgeschwächte Orientierung am Imaginären gemein, was sich aber beim Merkmal der Artifizialität niederschlägt. Die Als-Ob-Struktur ist daher kein generelles Merkmal von Fiktionen.<sup>954</sup>

## VII. Verdeckung

„Tout ainsi que les femmes emploient des dents d’yvore où les leurs naturelles leur manquent [...] ainsi fait la science [avec les, Anm. KA] fictions [...]“<sup>955</sup>

Ein – wie in diesem Zitat von Montaigne – oft erhobener Vorwurf ist, dass die Fiktion das subjektive Element der Verdeckung, des Truges in sich tragen würde. So behauptet auch Henry Sumner Maine, dass die eigentliche

---

952 Ibid., 143.

953 *Jhering*, Geist des römischen Recht, Bd. 3, Teil 1, 289.

954 Schwächer als eine Als-Ob-Struktur wäre ein Gleichstellungsverhältnis im weiteren Sinn, welches bei allen Fiktionsarten, aber auch bei verwandten Phänomenen wie der Metapher oder der Definition bejaht werden müsste. Zwei Entitäten werden verglichen und daher notwendigerweise zumindest vorübergehend als gleich betrachtet, obwohl sie nicht gleich sind. Dieses Merkmal ist jedoch aufgrund seiner Breite wenig aussagekräftig und wird hier nicht diskutiert.

955 *Montaigne*, Essais, Livre II, Chapitre XII, 212 f.; eigene Übersetzung: „Genauso wie die Frauen Zähne aus Elfenbein benutzen, wenn ihre natürlichen ihnen

Fiktion bei einer Fiktion zur Weiterentwicklung des Rechts sei, „that the law stayed the same.“<sup>956</sup> Die Fiktion würde die Weiterentwicklung verdecken.<sup>957</sup> Darin sieht Lon L. Fuller gerade die Stärke der Fiktion: Sie ermöglicht einen Test einer neuen Rechtsregel, ohne dass diese sofort als solche konkret ausformuliert werden muss. Bei den Fiktionen zur Rechtsfolgenverweisung kann man schwerlich von einer Verdeckung sprechen: Es wird ganz offen angesprochen, dass z.B. ein Ungeborenes in einem bestimmten Fall behandelt werden soll, als ob es geboren sei. Durch das offene Ansprechen der Veränderung verhält sich diese Fiktion wie eine Behauptung über einen Romancharakter:

„Die literarische Fiktion ist jedoch eine Simulation ohne negativen Charakter, ein Vorgeben, in dem das Moment der Lüge und des Trugs oder Betrugs getilgt ist.“<sup>958</sup>

Da, wie gerade festgestellt, bis auf die fiktiven Maßstabsfiguren und die fiktiven Institute sogar eine sprachliche Kennzeichnung durch das „gilt als“ gegeben ist, kann dort keinesfalls von einer Verdeckung gesprochen werden. Und bei den genannten anderen Fiktionstypen wird nur auf das Recht Bezug genommen, weshalb auch hier nicht verdeckt wird.

## VIII. Möglichkeit des Fingierten

Fraglich ist, ob das Fingierte immer möglich sein muss (sog. *re possibili*), d.h. ob es in Bezug auf literarische Fiktionen einen Sherlock Holmes geben können muss. Die Möglichkeit eines Objekts bezieht sich auf seine Potenz real sein zu können.<sup>959</sup> Das bedeutet, dass sich das fingierte Objekt im Rahmen der geltenden Denk- und Naturgesetze sowie unserer Erfahrungen mit der Realität bewegen muss. Ein Gegenbeispiel wäre der sprechende Hase aus Alice im Wunderland. Dieser ist nach dem allgemeinen Sprachgebrauch fiktiv, aber nicht möglich. Dieses Kriterium betrifft vornämlich die fiktiven Institute und die Maßstabsfiguren, welche Ideale oder Maßstäbe setzen könnten, welche mit der sozialen Realität nicht ver-

---

verloren gegangen sind, [...] genauso macht es die Wissenschaft mit den Fiktionen.“

956 *Maine*, *Ancient Law*, 22.

957 *Ibid.*

958 *Schmid*, *Elemente der Narratologie*, 31.

959 *Zipfel*, *Fiktion, Fiktivität, Fiktionalität*, 84.

einbar sind. Recht muss, um seiner Ordnungsfunktion der Realität gerecht werden zu können, möglich sein. Unmögliches, gar Verstöße gegen die Denkgesetze, machen ein Recht sinnlos. Die Normen verlieren aber nicht ihren Rechtscharakter.<sup>960</sup> Fraglich ist, ob sie ihren Fiktionscharakter verlieren, d.h. ob Imaginäres nicht mehr fiktiv ist. Diese Unterscheidung, Imaginäres/Fiktives/Wirkliches, kommt ursprünglich aus der Literaturwissenschaft.<sup>961</sup> Wolfgang Iser schlägt vor, statt auf der Dyade Wirklichkeit/Fiktion zu bestehen, mit einer ontologischen Triade von Wirklichkeit, Fiktion und Imagination zu arbeiten.<sup>962</sup> Der Übergang von Möglichem zu Unmöglichem ist allerdings derart fließend und auch dem Sprachgebrauch von fiktiv nicht angemessen. So lässt sich etwa schlecht argumentieren, warum ein Einhorn nur imaginär, aber nicht fiktiv sein soll. Die Möglichkeit des Fingierten ist daher kein Merkmal einer Fiktion.

### C. Ergebnis

*„Unter der Bezeichnung ‚juristische Fiktion‘ werden jedoch sehr verschiedene Erscheinungen zusammengefasst.“<sup>963</sup>*

Bereits bei der Bestimmung des *genus proximum* wurde festgestellt, dass Fiktionen durch ein Mittel und einen Zweck gekennzeichnet sind, welche in einer Abhängigkeit zueinanderstehen. Insgesamt kommt man zu folgendem Ergebnis:

*Eine Rechtsfiktion ist ein Vorstellungsgebilde im Recht, welches von einer ihm übergeordneten Regel des Rechts (welche sich auf es bezieht) auf artifizielle Weise abweicht, um damit einen Zweck des Rechts zu erfüllen.*

Das setzt folgenden allgemeinen Fiktionsbegriff voraus:

*Eine Fiktion ist ein Vorstellungsgebilde in einem Kontext K, welches von einer ihm übergeordneten Regel des Kontextes K (welche sich die Regel bezieht) auf artifizielle Weise abweicht, um damit einen Zweck des Kontextes K zu erfüllen.*

---

960 Für den Hinweis auf diese Unterscheidung gilt mein Dank Prof. Dr. John Gardner (Gespräch im April 2016, Oxford).

961 Siehe näher zur Triade/Dyade ab Seite 204.

962 Iser, Das Fiktive und das Imaginäre. Perspektiven literarischer Anthropologie.

963 Kelsen, Zur Theorie juristischer Fiktionen, 631.

Das neue daran ist, dass nicht mehr wie bei Platon oder Vaihinger ein bestimmter Zweck vorgegeben ist, sondern dieser sich variabel an den jeweiligen Kontext anpasst. Der Kontext  $K_1$  kann dabei auf einen (Sub-)Kontext  $K_2$  verweisen. Kommt es zu einer Inkongruenz zwischen referierenden Instituten des Primär- und des Sekundärkontexts, kann, parallel zu den fiktiven Instituten des Rechts, auch eine Fiktion entstehen.

Von den möglichen *differentia specifica* wurde gezeigt, dass diese bezüglich des Merkmals der Erkennbarkeit variieren je nach Fiktionstyp.

|                                   | Fiktive Annahmen im Recht  |   | Personifikative Fiktion (rechtliche Maßstabsfiguren)                                      | Fiktives Rechtsinstitut  |
|-----------------------------------|--|---|---|--|
|                                   | Rechtsanwendungsfiktion/ rechtsfortbildende Fiktion (Common Law)                             | Gesetzliche Fiktion/ rechtsfolgenverweisende Fiktion (Civil Law)    |   |  |
| Typ                               | Ia   | Ib  | II  | III  |
| Zweck der Fiktion                 | Ein Zweck der Rechtspraxis, z.B. Anpassung an gesellschaftliche Neuerungen iSd <i>Equity</i> | Ein Zweck des Gesetzes, z.B. ökonomisches Prinzip                   | Erleichterung der Anwendbarkeit des Rechts, d.h. Zweck der effizienten Rechtsdurchsetzung | Anpassung des Rechts an gesellschaftliche Neuerungen <i>oder</i> Einflussnahme auf die Gesellschaft durch das Recht iRv gesetzlichen Wertvorstellungen |
| Bezugswirklichkeit der Abweichung | Recht: Ältere Rechtslage ( <i>lex posterior</i> )  | Recht: Höher-rangige Prinzipien/ Grundsätze ( <i>lex superior</i> ) | Recht   | Soziale Wirklichkeit   |
| Art der Abweichung                | Artifizielle Abweichung von einem älteren Rechtsprinzip/ einer höheren Norm                  | Artifizielle Abweichung von einem höheren Rechtsprinzip/ -grundsatz | Übersteigung des Rechts durch Personifikation von rechtlichen Wertungen/ Normen           | Wesentliche Inkongruenz von rechtlichem Institut und sozialer Institution  |
| Sprachliche Kennzeichnung         | Ja   | Ja  | Nein  | Nein   |

Die Anordnung der Typen erfolgte nach Seniorität. Die rechtsfortbildenden Fiktionen findet man vom römischen Recht bis heute im *Common Law*, die rechtsfolgenverweisenden Fiktionen treten mit der Kodifizierung des Rechts auf. Da der auf die Institute gerichtete Fiktionsbegriff hier zum ersten Mal aufgeführt wird, wird er nach den rechtlichen Maßstabsfiguren genannt.

Gemäß den obigen Erörterungen lauten die Definitionen für die einzelnen Typen wie folgt:

|         |   |  |
|---------|---|--|
|         | Fiktion   | Eine <i>Fiktion</i> ist ein Vorstellungsgebilde in einem Kontext K, welches von einer ihm übergeordneten Regel des Kontextes K auf artifizielle Weise abweicht, um damit einen Zweck des Kontextes K zu erfüllen.  |
|         | Fiktion im Recht  | Eine <i>Rechtsfiktion</i> ist ein Vorstellungsgebilde im Recht, welches von einer ihm übergeordneten Regel des Rechts (welche sich auf das Vorstellungsgebilde bezieht) auf artifizielle Weise abweicht, um damit einen Zweck des Rechts zu erfüllen.  |
| Typ I a | Rechtsanwendungsfiktion/ rechtsfortbildende Fiktion ( <i>Common Law</i> ) | Eine <i>rechtsfortbildende Rechtsfiktion</i> ist eine Annahme im Recht, welche von einer ihr übergeordneten Regel des Rechts auf artifizielle Weise und erkennbar abweicht, um damit mehr <i>equity</i> (durch eine Rechtsfortbildung) zu schaffen.  |
| Typ I b | Gesetzliche Fiktion/ rechtsfolgenverweisende Fiktion ( <i>Civil Law</i> ) | Eine <i>rechtsfolgenverweisende Rechtsfiktion</i> ist eine Annahme im Recht, welche von einer ihr übergeordneten Regel des Rechts erkennbar auf artifizielle Weise abweicht, um damit dem ökonomischen Prinzip des Rechts (durch eine Rechtsfolgenverweisung) zu dienen.   |
| Typ II  | Personifikative Fiktion   | Eine <i>personifikative Rechtsfiktion</i> ist ein Vorstellungsgebilde im Recht, welches von einer ihm übergeordneten Regel des Rechts auf artifizielle Weise durch Personifikation abweicht, um damit die Anwendbarkeit des Rechts zu vereinfachen.  |
| Typ III | Fiktives Institut   | Ein <i>fiktives Rechtsinstitut</i> ist ein Rechtsinstitut, welches von einer sozialen Institution, auf welche es referiert, auf artifizielle Weise (d.h. hier: wesentlich) abweicht, um damit eine Anpassung des Rechts an gesellschaftliche Neuerungen <i>oder</i> eine Einflussnahme auf die Gesellschaft durch das Recht iRv gesetzlichen Wertvorstellungen zu erreichen. |