

Kristin Y. Albrecht

Fiktionen im Recht



Nomos

Studien zur Rechtsphilosophie
und Rechtstheorie

herausgegeben von
Prof. Dr. Ralf Dreier (1931–2018)
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Robert Alexy
Prof. Dr. Carsten Bäcker und
Prof. Dr. Martin Borowski

Band 75

Kristin Y. Albrecht

Fiktionen im Recht



Nomos

Der Druck wurde ermöglicht durch die Förderung der Evers-Marcic Stiftung sowie der Stiftungs- und Förderungsgesellschaft der Universität Salzburg.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

1. Auflage 2020

© Kristin Y. Albrecht

Publiziert von
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3-5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3-5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-8487-7627-6

ISBN (ePDF): 978-3-7489-1010-7

DOI: <https://doi.org/10.5771/9783748910107>



Dieses Werk ist lizenziert unter einer
Creative Commons Namensnennung – Nicht kommerziell –
Keine Bearbeitungen 4.0 International Lizenz.



Onlineversion
Nomos eLibrary

„Kristin, can you tell me: What is so troubling about fictions?“
William Twining, Oxford im November 2016

Vorwort

Dieses Buch basiert auf der Dissertation, welche ich der Universität Salzburg im Sommer 2019 vorgelegt habe. Der Weg dorthin wäre ohne Unterstützung nicht möglich gewesen. Mein vorzüglicher und herzlicher Dank gilt dabei meinem akademischen Lehrer und Doktorvater Univ.-Prof. Dr. Stephan Kirste. Auch an den Stellen, an welchen sein Einfluss nicht sichtbar ist oder ich zu anderen Resultaten gelangt bin als er, habe ich dies stets auf Wegen getan, die er mir eröffnet hat.

Univ.-Prof. Dr. Christoph Bezemek gilt mein herzlicher Dank für die anregenden Diskussionen und Ermutigungen. Univ.-Prof. Dr. Friedrich Lachmayer möchte ich ganz herzlich für die Unterstützung, insbesondere durch die treffenden Worte zu den richtigen Zeiten, danken.

Ebenso möchte ich apl. Univ.-Prof. Dr. Jürgen Rath ganz herzlich danken für all die Diskussionen und die durchgehende Unterstützung an der Universität Heidelberg. Seine Arbeit hat mich zu diesem Thema gebracht. Mein weiterer Dank gebührt Univ.-Prof. Dr. Maksymilian Del Mar für die Einladung zum Forschungsaufenthalt an der Queen Mary, University of London und Univ.-Prof. Dr. John Tasioulas für die Einladungen ans King's College London. Die Aufenthalte in England haben diese Arbeit wesentlich geprägt.

Der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Salzburg sei gedankt für die Unterstützung durch das gewährte Leistungsstipendium. Weiterhin gilt mein herzlicher Dank der Evers-Marcic-Stiftung und der Stiftungs- und Förderungsgesellschaft der Universität Salzburg für die Ermöglichung des Drucks.

Danken möchte ich auch meinen Freunden für ihre Unterstützung und Geduld. Insbesondere sind dabei ref. jur. Sebastian Kruft und Dr. Wulf Loh zu nennen, welche mich bei den finalen Korrekturen unterstützt haben. Die Arbeit widme ich meinen Eltern.

Salzburg, den 29. März 2020

Inhaltsverzeichnis

Erster Teil: Einleitung	15
Zweiter Teil: Historische Grundlegung	27
A. Fiktionen im römisch-rechtlichen Rechtskreis	29
I. Frühste Quellen, römisches und griechisch-hellenistisches Recht	30
1. Die Geburt der Fiktionen im Recht	30
2. Die Entwicklung der Fiktionen im römischen Recht	34
3. Resümee	48
II. Mittelalter	49
III. Neuzeit	54
IV. 19. Jahrhundert	58
1. Friedrich Carl von Savigny	58
2. Rudolf von Jhering	61
a. „Historische Fiktionen“	62
b. „Dogmatische Fiktionen“	64
c. Rechtsfolgenverweisungen	64
d. Resümee	65
3. Gustav Demelius	66
4. Oskar Bülow	66
V. 20. Jahrhundert	68
1. Hans Vaihinger	69
a. Fiktionen im Allgemeinen	71
b. Juristische Fiktionen	77
c. Praktische (ethische) Fiktionen	79
d. Resümee	79
2. Hans Kelsen	80
a. Fiktionsbegriff	80
a. Die Grundnorm	87
b. Die juristische Person	97
c. Wahrheit im Recht	99
d. Resümee	100
3. Josef Esser	100
4. Pierre J.J. Olivier	102
5. Dieter Meurer	104

B. Fiktionen im anglo-amerikanischen Rechtskreis	105
I. 18. Jahrhundert	106
1. William Blackstone	106
2. Jeremy Bentham	107
a. „Fictitious Entities“	108
b. „Fictions“	111
c. Resümee	112
II. 19. und 20. Jahrhundert	114
1. Henry Sumner Maine	114
2. Oliver R. Mitchell	118
3. Lon L. Fuller	121
a. Fiktion und Vermutung	121
b. Fiktion und „Deeming“	123
c. Fiktion und Definition	123
d. Fiktion und Wahrheit	124
e. Fiktionsbegriff	125
f. Bewertung von Fiktionen	126
g. Kritik	126
III. 21. Jahrhundert	127
1. Kwame Anthony Appiah	127
2. Maksymilian Del Mar	129
3. Simon Stern	130
IV. Bewertung des anglo-amerikanischen Diskurses	132
V. Beispiele aus der Rechtspraxis	133
1. Fiktive Personen: Die Passagiere des Clapham Omnibus	133
2. Fiktive Institute: Vergewaltigung in der Ehe	135
3. Fiktive Annahme: Writ of Quominus, Bill of Middlesex und Mostyn v. Fabrigas	136
VI. Resümee	139
C. Zusammenfassung	142
Dritter Teil: Philosophische Grundlegung	144
A. Realität	147
I. Möglichkeit von Fiktionen im Recht	149
1. Einwand: Fiktivität der Realität	150
2. Einwand: Fiktivität von Recht bzw. Recht als Fiktion	151
a. Literaturwissenschaftliche Perspektive	151
b. Erkenntnistheoretische Perspektive	160
c. Ergebnis	163

II. Ontologischer Status von Fiktionen	163
1. Position: Fiktiver Realismus	166
2. Position: Meinonganismus	172
3. Position: Fiktiver Antirealismus (Fiktionalismus)	175
4. Diskussion	177
III. Bezugswirklichkeit einer Fiktion im Recht	178
1. Realität (contra realitatem)	178
a. Realität und Fiktion als sich ausschließende Kategorien	179
b. Fiktion als Teil der Realität	180
c. Trennung von sozialer und rechtlicher Realität	183
2. Recht (contra legem)	184
a. Konflikt von höherrangigerem und niedrigrangigerem Recht	184
b. Konflikt von älterem und neuerem Recht	185
c. Konflikt von Recht und rechtlichen Hilfsvorstellung	185
3. Ergebnis	186
IV. Andere Bestimmungsmöglichkeiten der Fiktion	186
V. Ergebnis	189
B. Wahrheit	189
I. Wahrheitsbegriff	190
II. Wahrheitsfähigkeit von Fiktionen im Recht	192
1. Wahrheitsfähigkeit von Fiktionen	192
2. Wahrheitsfähigkeit von Normen	197
3. Wahrheitsfähigkeit und Wahrheit von Fiktionen im Recht	200
III. Ergebnis	201
C. Lüge	202
D. Imaginäres	204
E. Metapher	207
F. Erkenntnis	209
G. Hypothese	211
H. Definition	212
I. Juristische Vermutung	215
I. Position: Alle Vermutungen sind Fiktionen	216
II. Position: Keine Vermutung ist eine Fiktion	217
III. Position: Manche Vermutungen sind Fiktionen	219

IV. Diskussion	219
J. Juristische Analogie	222
Vierter Teil: Definition	225
A. Oberbegriff	227
I. Bestimmung des genus proximum über den Zweck	227
II. Bestimmung des genus proximum über das Mittel	229
B. Begriffselemente	230
I. Annahme, Setzung und Konstruktion	230
1. Annahme	230
2. Unterstellung	232
3. Konstruktion und Vorstellungsgebilde	233
II. Zweckverfolgung	233
1. Zweck der Erkenntniserweiterung	233
2. Zweckverfolgung	235
3. Zweck des Rechts	235
III. Abweichung	237
1. Contra veritatem	237
2. Contra realitatem	237
3. Contra legem	238
4. Artifizialität der Abweichung	239
IV. Erkennbarkeit	240
V. Bewusste Einsetzung	245
VI. Als-Ob-Struktur	247
VII. Verdeckung	249
VIII. Möglichkeit des Fingierten	250
C. Ergebnis	251
Fünfter Teil: Klassifikation	254
A. Typ I: Fiktive Annahmen	256
I. Typ Ia: Fiktionen zur Rechtsfortbildung	257
II. Typ Ib: Fiktionen zur Rechtsfolgenverweisung	257
B. Typ II: Fiktive Maßstabsfiguren	259
I. Fiktivität im Sinne des erkenntnistheoretischen Fiktionsbegriffs	262
II. Fiktivität im Sinne des ästhetisch/literaturwissenschaftlichen Fiktionsbegriffs	262

III. Fiktivität im Sinne des rechtlichen Fiktionsbegriffs	263
IV. Ergebnis	264
C. Typ III: Fiktive Institute	265
I. Soziale Institutionen und rechtliche Institute	268
II. Soziale Institutionen	269
III. Rechtliche Institute	271
IV. Diskussion	276
1. Theoretische Rechtfertigung	276
2. Praktische Rechtfertigung	281
3. Diskussion	285
V. Ergebnis	286
Sechster Teil: Bewertung	287
A. Fiktionen zur Rechtsfortbildung – Vor- und Nachteile	289
I. Klassische Art der Rechtsfortbildung/Lange Bewährung	289
II. Erprobung neuer Rechtssätze	290
III. Überholtes historisches Mittel zur Rechtsfortbildung?	290
IV. Verdeckung, Täuschung, Betrug, Lüge	292
V. Mehr Gerechtigkeit (i.S.v. Equity)	293
VI. Gesetzgebung durch den Richter	294
VII. Willkürlichkeit	295
VIII. Missachtung von Begriffsgrenzen	295
IX. Ergebnis	295
B. Fiktionen zur Rechtsfolgenverweisung – Vor- und Nachteile	297
I. Lange Bewährung	297
II. Ökonomischer Vorteil, Vereinfachung, Eleganz	297
III. Ungenauigkeit der Verweisungstechnik	298
IV. Veranschaulichung	299
V. Ersetzbarkeit der rechtsfolgenverweisenden Fiktionen	299
VI. Weiche Verweisungstechnik, Betonung der Wichtigkeit von Rechtsprinzipien	300
VII. Erhöhte Komplexität des Gesetzestextes	301
VIII. Verdeckung	302
IX. Ergebnis	302
C. Fiktive Maßstabsfiguren – Vor- und Nachteile	303
D. Fiktive Institute – Vor- und Nachteile	304
E. Ergebnisüberblick	306

Inhaltsverzeichnis

Siebter Teil: Schluss	307
Literaturverzeichnis	313
Sachregister	323

Erster Teil: Einleitung

Wer den Begriff der Fiktion beleuchten will, muss sich bewusst sein, dass er es mit einem Grundbegriff der Philosophie, Literaturwissenschaft und Rechtswissenschaft zu tun hat. Die Facetten seiner Bedeutung könnten kaum vielfältiger sein: Er kann von jeder Abstraktion bis zur bloßen spezifischen Gleichsetzungen zweier Tatbestände im Recht entweder alles oder quasi nichts erfassen. Eine historische Herangehensweise ist aufgrund der großen Tradition des Begriffes unabdingbar, doch darf man nicht bei einer Exegese stehen bleiben. Das Kriterium muss sein, was der Fiktionsbegriff im Kontext des Rechts umfassen kann und sollte, d.h. er entspringt im Wesentlichen der Bestimmung seiner Funktionen im Recht. Doch wir werden sehen, dass nicht allein die Funktion den Begriff bestimmt. Auch die Form kann wichtig sein – ist die Rolle der Fiktion doch oft die eines Mittelweges zwischen den Extremen, zwischen denen sprachlich vermittelt wird.

Eine Fiktion ist gemäß der Alltagssprache etwas Erfundenes, Erdichtetes oder Ausgedachtes, was ohne Täuschungsabsicht geäußert wird.¹ Sie ist der Ausgangspunkt für Literatur und Kunst. In der Wissenschaft ist sie grundsätzlich eine Hilfskonstruktion, eine gedankliche Brücke, die man einsetzt, um die Erkenntnis zu erweitern. Sie wird als bewusst falsche Annahme in den Gedankengang eingeführt und danach wieder entfernt. Zurück bleibt eine neue Erkenntnis.² Doch das Recht strebt nicht nach neuen Erkenntnissen.³ Daher eröffnet sich die Frage, ob es Fiktionen im Recht gibt und – falls man dies bejaht – was diese konstituiert. Bei dieser Forschungsfrage ist vorab zu differenzieren zwischen dem Recht *als* Fiktion⁴ und Fiktionen *im* Recht.

Diese Arbeit widmet sich allein dem letzten Thema, den Fiktionen im Recht. Es wird sich zeigen, dass es nicht nur einen Typus von Fiktion im Recht gibt, sondern dass sich Fiktives in vielen Gestalten im Recht wiederfindet. Es stellt sich daran anschließend die Frage, wie diese Fiktionen im

1 Zinsmaier, Fiktion, in: Ueding (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Rhetorik, 342.

2 So die Idee von Hans Vaihinger, Die Philosophie des Als Ob, welche bis heute prägend ist für das Verständnis des wissenschaftlichen Fiktionsbegriffs. Siehe ab Seite 69.

3 Siehe die treffende Kritik an Vaihinger bereits durch Hans Kelsen, ab Seite 80.

4 Siehe hierfür etwa Marmor, The Language of Law.

Recht klassifiziert werden können. Als Abschluss muss evaluiert werden, ob diese Fiktionen im Recht geduldet werden können oder man sie auflösen sollte. Damit wird dann auch die zu Beginn von William Twining gestellte Frage beantwortet.

Doch bevor diesen Fragen in aller Angemessenheit nachgegangen wird, soll die Tragweite der Fiktionsproblematik erläutert werden. Klassisch wird bei Fiktionen an solche gedacht, welche sich aus dem Recht ableiten lassen oder diesem vorgehen, wie z.B. die Figur des gedachten „objektiven, verständigen, sorgfältigen“⁵ Dritten oder die Willensfreiheit. Wenden wir uns zunächst dem letzteren Beispiel zu:

„Das Verlangen nach ‚Freiheit des Willens‘, in jenem metaphysischen Superlativ-Verstande, wie er leider noch immer in den Köpfen der Halb-Unterrichteten herrscht, das Verlangen, die ganze und letzte Verantwortlichkeit für seine Handlungen selbst zu tragen und Gott, Welt, Vorfahren, Zufall, Gesellschaft davon zu entlasten, ist nämlich nichts Geringeres, als eben jene *causa sui* zu sein und, mit einer mehr als Münchhausenschen Verwegenheit, sich selbst aus dem Sumpf des Nichts an den Haaren ins Dasein zu ziehn.“⁶

Schuldig im Sinne der Strafgesetze kann nur handeln, wer Schuld auf sich laden kann. Schuldhaftes Handeln setzt wiederum eine Vorwerfbarkeit voraus, welche bloß bestehen kann, wenn (u.a.) das Subjekt aus freiem Willen gehandelt hat. Dass dies der Fall ist, wird in steter Regelmäßigkeit infrage gestellt. Die neurowissenschaftliche Erkenntnis, dass „freely voluntary acts are preceded by a specific electrical change in the brain [...] that begins 550 ms before the act“⁷, wird teilweise so interpretiert, dass es keine freie Entscheidung und dadurch auch keine persönliche Vorwerfbarkeit, keine Schuld, geben könne.⁸ Dem wird u.a. entgegengetreten mit der Auffassung, dass diese naturwissenschaftlichen Erkenntnisse für das Recht irre-

5 Barnert, Der eingebildete Dritte, 7.

6 Nietzsche, Jenseits von Gut und Böse, 584.

7 Libet, Do We Have Free Will?, Journal of Consciousness Studies 1999, 47.

8 So vertreten z.B. vom Hirnforscher Singer, Ein neues Menschenbild?, 65. Interessanterweise gelangt Libet zu einem anderen Schluss: “Human subjects became aware of intention to act 350–400 ms after RP starts, but 200 ms. before the motor act. The volitional process is therefore initiated unconsciously. [...] The role of conscious free will would be, then, not to initiate a voluntary act, but rather to control whether the act takes place.” (Libet, Do We Have Free Will?, 47, 54) Er bejaht den freien Willen im Ergebnis nicht sondern lässt das Ergebnis offen; dennoch ist ihm wichtig, dass seine Ergebnisse den freien Willen nicht ausschließen. (“Free will is therefore not excluded.” Ibid., 47.)

levant seien, da man den freien Willen zumindest fingiere. Diesen sog. Fiktionalismus vertritt beispielsweise der Begründer dieses Standpunktes, Hans Vaihinger:

„[Der Begriff der Freiheit] bildet [...] die Grundlage des ganzen Kriminalrechts: ohne jene Annahme wäre eine Strafe für etwas Getanes undenkbar vom sittlichen Standpunkt aus [...]. [...] [A]llein das [die Wichtigkeit des Freiheitsbegriffs) hindert nicht, einzusehen, dass dieses Begriffsgebilde selbst [...] ein Widerspruch ist, kurz, dass es nur eine Fiktion, keine Hypothese ist. [...] Es hat viel Kampf gekostet, bis man auf den heutigen, freilich lange noch nicht allgemein verbreiteten Standpunkt sich stellte, dass dem Freiheitsbegriff in der Wirklichkeit nichts entspricht, dass er aber eine für die Praxis höchst notwendige Fiktion sei.“⁹

Auch Immanuel Kant verfällt in eine fiktionalistische Argumentation im Rahmen der praktischen Philosophie, um nicht „die Freiheit auch in ihrer theoretischen Absicht [...] beweisen“¹⁰ zu müssen:

„Ich sage nun: Ein jedes Wesen, das nicht anders als *unter der Idee der Freiheit* handeln kann, ist eben darum, in praktischer Rücksicht, wirklich frei, d.i. es gelten für dasselbe alle Gesetze, die mit der Freiheit unzertrennlich verbunden sind, eben so, als ob sein Wille auch an sich selbst, und in der theoretischen Philosophie gültig, für frei erklärt würde.“¹¹

Was sich diametral gegenüberzustehen scheint, ist der Widerspruch von naturgesetzlicher Kausalität und Freiheit im Sinne der praktischen Philosophie, die eine Zurechnung erlaubt und scheinbar eine Losgelöstheit von den zwingenden naturgesetzlich beschreibbaren Vorgängen voraussetzt.

„Diese [die Freiheit, Anm. KA] muß also wohl voraussetzen: daß kein wahrer Widerspruch zwischen Freiheit und Naturnotwendigkeit eben derselben menschlichen Handlungen angetroffen werde, denn sie kann eben so wenig den Begriff der Natur, als den der Freiheit aufgeben.

Indessen muß dieser Scheinwiderspruch wenigstens auf überzeugende Art vertilgt werden, wenn man gleich, wie Freiheit möglich sei, niemals begreifen könnte. Denn, wenn sogar der Gedanke von der Frei-

9 Vaihinger, Die Philosophie des Als Ob, 59 f.

10 Kant, Metaphysik der Sitten, 82.

11 Ibid.

heit sich selbst, oder der Natur, die eben so notwendig ist, widerspricht, so mußte sie gegen die Naturnotwendigkeit durchaus aufgegeben werden.“¹²

Kant begreift die Willensfreiheit also als Freiheit im Sinn der praktischen Philosophie, welche eine Freiheit im Sinn der der theoretischen Philosophie voraussetzt. Eine Fiktion bzw. einen Fiktionalismus¹³, lehnt Kant dabei aber ab, wie man am letzten Satz des Zitats erkennen kann. Dieser Widerspruch eines Begriffs mit der Natur oder sogar sich selbst wird Hans Vaihinger, der Begründer der Kant-Gesellschaft, später als Ausgangspunkt der „Philosophie des Als Ob“ nehmen. Dennoch folgert er:

„Denn wir können nichts erklären, als was wir auf Gesetze zurückführen können, deren Gegenstand in irgend einer möglichen Erfahrung gegeben werden kann. Freiheit aber ist eine bloße Idee, deren objektive Realität auf keine Weise nach Naturgesetzen, mithin auch nicht in irgend einer möglichen Erfahrung, dargetan werden kann, die also darum, weil ihr selbst niemals nach irgend einer Analogie ein Beispiel untergelegt werden mag, niemals begriffen, oder auch nur eingesehen werden kann.“¹⁴

Nimmt man mit dieser Position das durch die Aufklärung geprägte Menschenbild und oktroyiert es der Realität für den Fall auf, dass die Neurowissenschaften den freien Willen tatsächlich widerlegen? Oder sind für das Recht nicht vielmehr nur seine eigenen Regeln real und die äußere Welt fiktiv, sodass es nichts Realeres als die Willensfreiheit geben kann? So argumentiert zum Beispiel Hans Kelsen:

„Dem Menschen wird nicht darum zugerechnet, weil er frei ist, sondern der Mensch ist frei, weil ihm zugerechnet wird. [...] Der Mensch ist frei, weil dieses sein Verhalten ein Endpunkt der Zurechnung ist.

12 Ibid., 98.

13 Mehr zu Fiktionalismus im Kapitel zur Realität (175 ff.)

14 Dennoch sei die Willensfreiheit aus theoretischer Sicht nicht auszuschließen und daher möglich – und aus praktischer Sicht notwendig. Aus praktischer Sicht deshalb notwendig, weil es sittliche Verpflichtungen durch den kategorischen Imperativ gäbe, welche Willensfreiheit voraussetzen. Aus dieser Kombination von theoretischer Möglichkeit und praktischer Notwendigkeit zieht Kant den Schluss, dass die Willensfreiheit in praktischer Hinsicht real sei. Im Ergebnis kann man also nicht folgern, dass Kant die Willensfreiheit (welche er selbst nie als solche bezeichnet) oder eine notwendige Voraussetzung fingiere. Anderer Ansicht *Jestaedt*, Ein Klassiker der Rechtstheorie: Die "Reine Rechtslehre" aus dem Jahre 1960, 184.

Und es kann ein Endpunkt der Zurechnung sein, auch wenn es kausal bestimmt ist.“¹⁵

Doch ist es gerechtfertigt etwas anzunehmen und aufgrund dessen Menschen zu lebenslangen Freiheitsstrafen zu verurteilen, was es tatsächlich gar nicht geben könnte? Diese Frage soll hier nicht abschließend diskutiert werden, sondern das Bewusstsein für die den Fiktionen zugrundeliegende Problematik schärfen. Diese liegt im Spannungsverhältnis, welches entsteht, wenn das Recht (mehr oder weniger) offen seinen eigenen oder den Regeln der sozialen Wirklichkeit¹⁶ widerspricht. Dieser Widerspruch macht es schwerer nachvollziehbar und manchmal unnötig komplex, was es nicht nur zu einem methodisch-technisch weniger guten Gesetz macht, sondern zu einem, welches im Laufe der Zeit an Anerkennung verlieren kann.¹⁷ Beispiel für den Widerspruch zur sozialen Wirklichkeit wäre die Willensfreiheit, sofern diese naturwissenschaftlich widerlegt wäre.¹⁸

Beispiel für einen Widerspruch zu den Regeln des Rechts könnte der Unternehmer kraft Eintragung gem. § 3 des österreichischen UGB bzw. im deutschen Recht der sog. Fiktivkaufmann gem. § 5 HGB sein:¹⁹ Nach den vom Gesetzgeber selbst definierten Maßstäben dürfte es sich bei Personen dieser Eigenschaften eigentlich nicht um Unternehmer handeln, dennoch werden sie im Gesetz – wobei diese Widersprüchlichkeit ganz offen dargestellt wird – als Unternehmer bezeichnet. Doch warum fasst das Gesetz seine Unternehmerdefinition nicht weiter, anstatt diese Unternehmer als schwarze Schafe in scheinbarer gesetzgeberischer Unbeholfenheit aufzunehmen?

Ein anderes Beispiel, mit anderer Nuance, bei welchem der Gesetzgeber den von ihm selbst aufgestellten Regeln offen widerspricht, ist § 22 ABGB:

§ 22 ABGB: Selbst ungeborene Kinder haben von dem Zeitpunkt ihrer Empfängniß an, einen Anspruch auf den Schutz der Gesetze. In so

15 *Kelsen*, Reine Rechtslehre², 102.

16 Mehr zu diesem Begriff im Kapitel Realität, 147 ff.

17 Dieser Anerkennungsverlust führt nicht zwingend zu einem Geltungsverlust. Dazu später mehr im Kapitel zu den fiktiven Instituten (265 ff.). Zu der Maxime, dass unnötige Steigerungen der Komplexität zu vermeiden sind, im Kapitel zur Bewertung (301 ff.).

18 Mehr zu den Kriterien für fiktive Institute ab Seite 265 ff.

19 Dieses oft genannte Beispiel ist nach dem hier vertretenen Fiktionsbegriff nicht als Fiktion einzuordnen. Zur Abgrenzung von Definition und Fiktion später im Kapitel der Abgrenzungen (212 f.).

weit es um ihre und nicht um die Rechte eines Dritten zu thun ist, werden sie als Geborne angesehen [...].²⁰

Hier widerspricht der Gesetzgeber der Regel, dass (grundsätzlich) nur Geborene Rechte haben können. Diese Art der Fiktion – wenn man sie als solche versteht²¹ – unterscheidet sich von dem oben genannten Fiktionstypus mit dem Beispiel der Willensfreiheit. Zum einen darin, dass dieser Typus nicht den Regeln der sozialen Wirklichkeit, sondern den Regeln des Rechts widerspricht. Zum anderen, dass es sich um kein Rechtsinstitut handelt, sondern ein Instrument zur Rechtsfolgenverweisung ist.

Bisher untersuchte man die Fiktionen im Gesetz selbst (meist als Gesetzesfiktion bezeichnet) oder die Fiktionen des Prätors im römischen Recht (sog. *fictiones iuris*). Die letztgenannten leben heutzutage im *Common Law* weiter (als *legal fictions*). Bei ihnen werden beispielsweise ganze Inseln wie Menorca zu Stadtteilen Londons.²² Das alles zu dem Zweck, das Recht fortzubilden bzw. sich die gerichtliche Zuständigkeit zu sichern.²³ Dieser Typus scheint wiederum verschieden von den oben genannten rechtsfolgenverweisenden Fiktionen.

Ein weiterer Fiktionstypus könnte in Form des „durchschnittlich rechtstreuen Schwachsinnigen“²⁴, des *buon padre di famiglia* oder des *reasonable man* seit Jahrhunderten, ähnlich Frankenssteins Monster, durch das Recht streifen. Die Rede ist von Maßstabsfiguren, welche auf den ersten Blick eher der Literatur als dem doch sonst so nüchternen Recht entsprungen scheinen. Sie wären wiederum auf andere Weise fiktiv als die fiktiven Institute, die rechtsfolgenverweisenden oder die rechtsfortbildenden Fiktionen.²⁵

Die Frage nach verschiedenen Arten von Fiktionen im Recht ist damit eröffnet. Doch nur noch vielzähliger als das, was alles fiktiv sein könnte im Recht, sind die Meinungen zu Fiktionen. Handelt es sich bei Fiktionen

20 Hervorhebung nicht im Original.

21 Im anglo-amerikanischen Recht werden diese sog. *statutory deemings* nicht zwingend als Fiktionen angesehen. Dazu später mehr im Kapitel zu den Fiktionen im *Common Law* (105 ff.).

22 Siehe die Diskussion des Urteils *Mostyn v. Fabrigas*, 136 f.

23 Mehr dazu im Kapitel zu den Fiktionen im *Common Law*, 105 ff.

24 OGH 15 Os 127/87 vom 29.9.1987 in JBl 1988, 330.

25 Mehr zu diesem Fiktionstypus der Maßstabsfiguren später, 259 ff.

um „altertümliche“²⁶, „methodenunehrliche“²⁷ „Krücken“²⁸, denen jede „Daseinsberechtigung“²⁹ abgesprochen werden muss? Oder sind sie doch eher „highly beneficial and useful“³⁰? Zu besonderer Berühmtheit haben es dabei Jeremy Benthams Bewertungen gebracht:

„In English law, fiction is a syphilis, which runs in every vein, and carries into every part of the system the principle of rottenness.“³¹

„It has never been employed but with a bad effect.“³²

„Unlicensed thieves use pick-lock keys; licensed thieves [technical lawyers, Anm. KA] use fictions.“³³

Aber auch die Klarheit von Josef Essers Aussagen ist eindrücklich:

„Scheingeschäft und Fiktion sind die klassischen Werkzeuge einer Rechtsfortbildung, die sich aus theoretischer Schwäche, dogmatischer Bindung, starrem Konservatismus oder politischen Bedenken nicht getraut, die zu ändernden Rechtssätze und -vorstellungen auch der Form nach richtigzustellen [...]“³⁴

Es wird zu diskutieren sein, ob sich all diese Bewertungen auf den gleichen Fiktionstypus beziehen, oder ob hier nicht vielmehr verschiedene Diskurse vermischt werden.³⁵ Festzuhalten ist an dieser Stelle zunächst, dass das Thema „Fiktionen im Recht“ es vermag, das meist doch eher pragmatisch sachliche Gemüt eines Juristen in ungeahnter Weise zu erhitzen.

Fiktionen werden vom Gesetzgeber und Juristen, sei es in der Funktion als Richter, Anwalt, oder Wissenschaftler, beinahe täglich verwendet. Bis heute fehlt eine fundiert hergeleitete Definition sowie eine Klassifizierung.

26 Esser, Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht, AcP 1972, 105.

27 Bundestagsdrucksache 14/6040, 143 (2. Spalte).

28 Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Teil 3, Band 1, 305.

29 Esser, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen², 204.

30 Blackstone, Commentaries on the Law of England, zitiert nach Kerr, Fictions and Deemings, in: Gray (Hrsg.), The Philosophy of Law: An Encyclopedia, 301.

31 Bentham, The Works of Jeremy Bentham, Band 5, 92.

32 Ibid., Band 9, 77. Dem entgegenend Maine, Ancient Law, 22: „We must [...] not suffer ourselves to be affected by the ridicule which Bentham pours on legal fictions wherever he meets them. To revile them as merely fraudulent is to betray ignorance of their peculiar office in the historical development of law.“

33 Bentham, The Works of Jeremy Bentham, Band 7, 285.

34 Esser, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen², 201.

35 Dies wird so festgestellt werden im Kapitel der Bewertung (287 ff.).

Des Weiteren halten sich bei der Bewertung unreflektierte Vorurteile hartnäckig.³⁶

Die Aktualität des Themas ist ungebrochen, da es sich ein methodisches Mittel handelt, welches bereits seit über 2000 Jahren angewendet wird. Und das wird es in verschiedenen Rechtskreisen. So lobt beispielsweise Josef Esser:

„Zeitlos und allgemeingültig gar ist die Bedeutung der Fiktion in der Ausdruckskunst des Gesetzes.“³⁷

Savigny hält die Bedeutung von Fiktionen für „von Neuern oft lächerlich verkannt.“³⁸ Jhering schließt sich dem an und warnt, dass die Fiktion dafür „allerdings eine gewisse Versuchung“ darstelle. Denn oft würde festgestellt: „Wie läppisch, kann man sagen, ein rechtliches Hindernis, dessen man nicht Herr werden kann, einfach hinwegzufingieren.“³⁹ Oft wird den Fiktionen zur Rechtsfortbildung durch den Richter eine wichtige historische Bedeutung in der Rechtsentwicklung zugeschrieben, die aber, sobald das Recht weiter fortentwickelt sei, wegfallende.⁴⁰ Bei den Fiktionen durch den Gesetzgeber handle es sich hingegen entweder gar nicht um Fiktionen, wie Kelsen und Esser es sehen würden, oder schlicht um Rechtsfolgenverweisungen in einer besonderen sprachlichen Ausformung.

Wie bereits hergeleitet lautet die Frage: Welche Arten von Fiktionen gibt es im Recht und wie sind diese zu bewerten? Im Kern steht man beim Thema „Fiktionen im Recht“ damit vor drei Herausforderungen: Der Definition, der Klassifizierung und der Evaluation.⁴¹ Da Fiktion wie bereits betont ein Begriff mit Geschichte ist, soll zunächst sein Gebrauch in und sein Nutzen für die Rechtswissenschaft im Überblick analysiert werden, bevor er definiert wird. Schlussendlich steht die Frage im Raum, ob man Fiktionen im Recht verwenden sollte oder nicht.

36 *Haferkamp* sieht noch 2006 in der Fiktion grundsätzlich eine „unehrliche juristische Methode“; *Haferkamp*, „Methodenehrlichkeit“? – Die juristische Fiktion im Wandel der Zeiten, in: FS Horn, 1078.

37 *Ibid.*

38 *Savigny*, Vom Beruf unserer Zeit Gesetzgebung und Rechtswissenschaft², 32

39 *Jhering*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Teil 3, Band 1, 302.

40 So beispielsweise *Jhering*, Geist des römischen Rechts, Teil 3, Band 1, 301–310; und *Maine*, Ancient Law, 17–36.

41 *Del Mar*, Legal Fictions and Legal Change in the Common Law Tradition, in: *Del Mar/Twining* (Hrsg.), Legal Fictions in Theory and Practice, 225 f.

Zur Eingrenzung des Themas: Als Fiktionen im Recht werden dabei zunächst alle als Fiktion bezeichneten oder mit einem „gilt als“ oder „als ob“ gekennzeichneten Begriffe bzw. Ausdrücke behandelt, die im positiven Recht verankert sind. D.h. ausgeschlossen von der Untersuchung sind Fiktionen, welche allein in der Rechtswissenschaft behandelt werden (z.B. John Rawls' *veil of ignorance*) oder Begriffe wie Gerechtigkeit. Diese Unterscheidung von Fiktionen im Recht und in der Rechtswissenschaft bzw. in der Rechtspraxis ist nicht üblich, aber vorzugswürdig. Normalerweise werden Fiktionen nach ihrem Urheber unterschieden: D.h. es werden Fiktionen des Gesetzgebers als Gesetzesfiktionen (so z.B. Josef Esser), die des Richters als Fiktionen der Rechtspraxis (so z.B. Dieter Meurer) und die der Rechtswissenschaft als rechtswissenschaftliche/-theoretische Fiktionen (so Hans Kelsen) bezeichnet. Diese Unterscheidung setzt voraus, dass zumindest in den meisten Fällen klar bestimmbar ist, wer einen Begriff bzw. einen Ausdruck entwickelt hat. Doch bereits bei Maßstabsfiguren ist oft nicht klar nachvollziehbar, ob diese wie der *pater familias* dem gesetzten Recht oder dem Richterrecht entspringen. Es kommt auch vor, dass manche Fiktionen zunächst von einem römischen Prätor geschaffen und dann in Gesetzbücher übernommen wurden. Es ist daher dem Erkenntnisziel dienlicher, wenn man nicht von den Urhebern ausgeht, sondern zunächst vom Recht⁴² selbst. Das Thema der „Fiktion im Recht“ impliziert daher nicht, wer die Fiktion geschaffen hat.

Kommen wir zurück zu den konkreten Fragen dieser Arbeit:

- (1) Welche Rolle spielen Fiktionen im Recht und wie wird der Begriff in der Rechtswissenschaft verwendet? (Verwendung)
- (2) Wie ist Fiktion zu definieren? (Definition)
- (3) Gibt es eine rationale Rechtfertigung für die Verwendung von Fiktionen im Recht? (Evaluation)

Insgesamt liegt der Arbeit damit ein induktiver Ansatz zugrunde. Auf eine deduktive Anwendung des gefundenen Fiktionsbegriff auf das Recht, wel-

42 Eine auf die Rechtswissenschaft zugeschnittene Definition einer Fiktion setzt eine allgemeine Definition von „Fiktion“ sowie von „Recht“ voraus. Die Frage nach dem Recht soll schnell beantwortet werden: „Vom Rechte, das mit uns geboren ist“ ist nach Goethe „leider! nie die Frage“ und soll es in dieser Arbeit auch nicht sein. Der Begriff des Rechts soll auf das *ius positivum* beschränkt werden: Recht ist demnach der Inbegriff aller Normen, die in einem bestimmten normierten Verfahren gesetzt wurden. (Goethe, Faust I, Zeile 1978 f., Kirste, Einführung in die Rechtsphilosophie¹, 105.)

che in einer Enumeration von Beispielen münden würde, wird verzichtet. In diesem Bereich gibt es bereits ausreichende Ansätze.⁴³

Will man einen Begriff definieren, kann man nicht bei einer *tabula rasa* beginnen. Man muss gezwungenermaßen mit einem Vorverständnis beginnen, welches in diesem Fall hauptsächlich durch das Wort „Fiktion“ im alltäglichen Sprachgebrauch und durch die Geschichte des Wortes selbst geprägt sein soll. Deshalb beginnt die Arbeit nach einem kurzen etymologischen Abriss mit der Frage, wann, wo, wie und mit welchem Zweck Fiktionen im Bereich des Rechts bisher verwendet wurden. Die Analyse soll keine komplette Exegese umfassen, sondern sich schlaglichtartig auf relevante Neuerungen konzentrieren.

Hierbei werden auch Autoren des *Common Law* – in einem gesonderten Kapitel – besprochen. Die Stellung in einem eigenen Kapitel erfolgt maßgeblich aus dem Grund, dass die Diskussion sich dort – wie aber auch im *Civil Law* – trotz großer Tradition selbstreferentiell entwickelt hat.⁴⁴ Legte man beide Diskussionen nun streng historisch geordnet an, so wäre es für den Leser schlicht schwerer nachvollziehbar. Es sei kurz dargelegt, warum eine (historisch) rechtsvergleichende Diskussion des Sujets notwendig ist:⁴⁵ Es mag bei dogmatischen Arbeiten noch zu rechtfertigen sein, in nationalen oder sprachlichen Grenzen zu denken und damit zeitlich und örtlich beschränkte Erkenntnisse zu erlangen. Doch gerade die Rechtstheorie sollte nicht nur den Anspruch einer zeitlichen, sondern auch einer örtlichen Unabhängigkeit verfolgen.

„Aus diesem unhaltbar gewordenen Zustand [der nationalen Rechtswissenschaften, Anm. KA] führt die Rechtsvergleichung heraus und damit hinein in eine internationale Rechtswissenschaft.“⁴⁶

Eine Theorie ist dann gut, wenn sie ohne Verlust von Präzision möglichst universell, im Sinne von nicht von Zufälligkeiten wie Zeit, der Kultur oder Sprache abhängig ist.⁴⁷ Diesem hohen Anspruch kann hier nicht ge-

43 Vergleiche etwa die umfangreiche Arbeit von *Jachmann*, Die Fiktion im öffentlichen Recht.

44 Als löbliche Ausnahmen seien insbesondere *Fuller*, Legal Fictions, und *Olivier*, Legal Fictions in Practice and Legal Science, erwähnt.

45 Zur Bedeutung und zum Nutzen der Rechtsvergleichung allgemein siehe *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 13–16.

46 *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 13.

47 Vgl. Jan Schröder nach *Albrecht/Kopp*, Theorien im Recht – Theorien über das Recht, ARSP 2017, 419–426 (424).

nüge getan werden. Es sollen aber zumindest die zwei wohl einflussreichsten rechtlichen Traditionen untersucht werden:⁴⁸ Die des zentraleuropäischen römisch-rechtlich geprägten Rechtskreises (*Civil Law*) und die des anglo-amerikanischen Rechtskreises (*Common Law*). Die Methode der Rechtsvergleichung übersteigt das „kommentarlose Gegenüberstell[en] der Lösungen verschiedener Rechtsordnungen.“⁴⁹ Man muss vielmehr „die verschiedenen Lösungen unter neuen und vor allem gemeinsamen Perspektiven“⁵⁰ betrachten, ohne dabei an Begriffen des Rechts oder der Rechtswissenschaft zu verhaften. Diese Herausforderung wird sich beispielsweise stellen bei der Betrachtung der sog. (*statutory*) *deemings* des *Common Law*, welchen keine eigenständige rechtstheoretische Kategorie im *Civil Law* gegenübersteht. Im *Common Law* stehen sie in umstrittener Beziehung zu Vermutungen und Fiktionen.⁵¹

Es folgt die philosophische Grundlegung: Das rechtstheoretische Kapitel, in welchem mit Hilfe von Abgrenzungen zu ähnlichen Phänomenen das „Wesen“ der Fiktion näher herausgearbeitet werden soll. Hier beschränkt sich die Methode nicht mehr allein auf ein Studium der rechtswissenschaftlichen Erkenntnisse, sondern zieht auch Philosophie (insbesondere die Ontologie) und Literaturwissenschaft exemplarisch heran. Die Philosophie erlaubt eine punktuelle Präzisierung der rechtswissenschaftlichen Diskussionen. Grundlegend für die Arbeit wird die Abgrenzung zum Begriff „Wirklichkeit“: Fiktionen werden meist als „Abweichung“ oder „Widerspruch zur Wirklichkeit“ wahrgenommen bzw. definiert.⁵²

„[I]n the widest usage, whatever contrasts with what is a matter of fact.“⁵³

Die Heranziehung der Literaturwissenschaften ist auf den ersten Blick nicht selbstverständlich: Hat Hans Vaihinger, die Autorität bei der Untersuchung von wissenschaftlichen Fiktionen, doch explizit die ästhetischen von den wissenschaftlichen Fiktionen getrennt. Ihre einzige Gemeinsam-

48 Zum Denken in Rechtstraditionen siehe Glenn, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, 3 ff.

49 Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 42.

50 Ibid., 43.

51 Simon Stern vertritt beispielsweise, dass *statutory deemings* teilweise Fiktionen und teilweise Vermutungen seien (Monographie im Erscheinen, Stand Februar 2020). Lon Fuller sieht dies ebenso. Mehr dazu im Kapitel zu Fuller, *Legal Fictions*, 123 ff.

52 Statt vieler: Kerr, *Fictions and Deemings*, in: Gray (Hrsg.), *The Philosophy of Law*, 300.

53 Gaut, *Fiction*, in: Audi (Hrsg.): *The Cambridge Dictionary of Philosophy*, 309.

keit sei die Verfolgung eines Zweckes; der der Wissenschaft sei jedoch auf eine Problemlösung, der der Literaturwissenschaft auf das Hervorrufen von Empfindungen gerichtet.⁵⁴ Dennoch birgt das Objekt der Literaturwissenschaft, die Literatur, mit dem der Rechtswissenschaft, nämlich das Recht, genug Gemeinsamkeiten, um vereinzelt Theorien strukturäquivalent übertragen zu können.⁵⁵ So sei beispielsweise fiktive Literatur als solche erkennbar durch bestimmte Signalwörter. Die Frage wäre dann, auf die Rechtswissenschaft übertragen, ob es solche Signalwörter für Fiktionen im Recht, wie etwa „gilt als“ gibt und ob diese konstituierende Merkmale einer Fiktion sind oder nicht.

An die philosophische Grundlegung schließt sich eine Analyse von möglichen Merkmalen einer Definition an, welche in eine Definition mündet. Anschließend werden die verschiedenen Fiktionstypen näher herausgearbeitet und danach folgt, aus den Argumenten des historischen Teils schöpfend, eine Bewertung der verschiedenen Fiktionstypen.

54 Mehr dazu im Kapitel zu *Vaihinger*, Die Philosophie des Als Ob, 69 ff.

55 Zur Anwendbarkeit der Theorien der Literaturwissenschaft auf die Rechtswissenschaft siehe im Kapitel zur Realität, 151 ff.

Zweiter Teil: Historische Grundlegung

Ziel der historischen Grundlegung ist zunächst auf sprachlicher, dann auf rechtshistorischer und (historisch-)rechtsvergleichender Ebene sich dem Begriff⁵⁶ der Rechtsfiktion anzunähern. Es soll gezeigt werden, was unter Fiktion bisher verstanden wurde und aus welchen Merkmalen sich diese verschiedenen (Rechts-) Fiktionsbegriffe zusammensetzen. Ob man eher von der Rechtsfiktion oder den Rechtsfiktionen sprechen sollte, soll dabei vorerst offenbleiben.⁵⁷

Als juristischer Terminus wird *fictio* seit 1677 im deutschen Sprachraum nachweislich verwendet⁵⁸ und sprachlich häufig durch ein *als ob* gekennzeichnet.⁵⁹ Die Geschichte des Wortes *Fiktion* geht zurück auf das lateinische Substantiv *fictio* zurück, welches sich wiederum vom lateinischen Verb *fingere* ableitet.⁶⁰ *Fingere* meint etwas bilden oder erdichten. Die Erdichtung betont den Aspekt, dass das Geschaffene mit keinem Faktischen übereinstimmt. Dieses gestaltende Moment ist dabei das augenfälligste Merkmal.

Für die Literaturwissenschaft ist Fiktionalität neben der Literarizität ein wesentliches Merkmal von Literatur.⁶¹ Unter Fiktionalität versteht man dort die Referenz auf eine vom Autoren des Textes erfundene fiktionale Welt, im Gegensatz zu Texten, die auf die „empirischen Wirklichkeit“⁶² Bezug nehmen.⁶³ Aristoteles unterscheidet in seiner Poetik den Geschichtsschreiber vom Dichter anhand des Inhalts ihrer Texte: Der eine schreibe darüber, was geschehen ist, der andere, was geschehen könnte.⁶⁴ Käthe Hamburger grenzte in aristotelischer Tradition Wirklichkeitsaussa-

56 Begriff im Sinne Gottlob Freges als Bedeutung des Begriffsausdrucks.

57 Es steht in der Diskussion ähnlich wie um die analoge in der Ästhetik, ob man besser von einer Theorie der Kunst oder einer Theorie der Künste sprechen sollte.

58 *Gabriel*, Fiktion, in: *Weimar* (Hrsg.), Reallexikon der deutschen Literaturwissenschaft. Neubearbeitung des Reallexikons der deutschen Literaturgeschichte, 595.

59 *Tesak*, Fiktion, in: *Rehfs* (Hrsg.), Handwörterbuch Philosophie.

60 *Ibid.*

61 *Becker/Hummel/Sander*, Grundkurs Literaturwissenschaft, 62, 201.

62 *Ibid.*, 201.

63 Diese faktualen Texte können jedoch trotzdem Literatur sein, wenn das Merkmal der Poetizität gegeben ist *Becker/Hummel/Sander*, Grundkurs Literaturwissenschaft, 81.

64 *Aristoteles*, Poetik, 29.

gen von epischen Fiktionen ab.⁶⁵ Sie betont zudem, dass ausgehend vom lateinischen *ingere* die Substantive *finta*, *feinte*, *feint*, *Finte* sowie eben *factio* gebildet worden sein. Und die Fiktion trage im Gegensatz zu den vorher genannten Substantiven sowohl die Konnotation der Simulation – des falschen Vorgebens in sich – aber auch die des „schöpferischen Bildens“. Diese letztgenannte Bedeutung überstrahle im Deutschen und Französischen auch die negative des falschen Vorspiegels, was den ästhetischen Kontext anbelange.⁶⁶ In gleicher Tradition führte Gérard Genette die Unterscheidung von faktuellem und fiktionalem Erzählen ein.⁶⁷ Es wird also von einem Dualismus von Fiktion/Dichtung und Realität/Faktualität⁶⁸ ausgegangen.

Die Bedeutung des Wortes changiert von einer Argumentationsfigur in der Rhetorik, Dichtung in der Literaturwissenschaft, methodologische Hilfskonstruktion in einigen Bereichen bis hin zur Lüge beim alltäglichen Wortgebrauch.⁶⁹ Aufgrund dieser Bedeutungsvielfalt wird argumentiert, dass die Etymologie „zur Erforschung des Wesens juristischer Fiktionen von vorneherein untauglich [sei], da es zu viele Wortbedeutungen gebe“⁷⁰. Die vielen Bedeutungen müssen aber nicht zur Folge haben, dass man die Verständnisse der anderen Wissenschaften oder des allgemeinen Sprachgebrauchs vollkommen ausbledet. Da „Fiktion im Recht“ kein Objekt ist, welches sich seit Jahrtausenden unabhängig von allen Einflüssen entwickelt hat, ist es sogar geboten, diesen Kontext nicht vollkommen außer Acht zu lassen. Eine linguistische Philosophie, d.i. John R. Searles Ansatz, „bestimmte philosophische Probleme dadurch zu lösen, daß sie auf den gewöhnlichen Gebrauch einzelner Wörter oder anderer Elemente in einer Sprache achtet“⁷¹, ist daher bei diesem Begriff nicht gewinnbringend.

65 *Hamburger*, Die Logik der Dichtung.

66 *Ibid.*, 53 f.

67 *Genette*, Fiktion und Diktion.

68 Was genau mit Realität bzw. Wirklichkeit gemeint ist, bleibt in den Literaturwissenschaften meist unklar. Dort verweist man darauf, dass es sich um eine philosophische Frage handle, wofür man nicht zuständig sei. *Becker/Hummel/Sander*, Grundkurs Literaturwissenschaft, 201; *Hamburger*, Die Logik der Dichtung, geht beispielsweise.

69 *Tesak*, Fiktion.

70 *Meyer*, Fiktionen im Recht, 3.

71 *Searle*, Sprechakte, 12.

A. Fiktionen im römisch-rechtlichen Rechtskreis

Zur Geschichte der Rechtsfiktionen im römisch-rechtlichen Rechtskreis gibt es einen umfangreichen Literaturbestand. Zu kritisieren ist an den Darstellungen, dass sie Wiedergabe von Rechtsquellen und wissenschaftliche Stellungnahmen sehr häufig vermischen. Dies gilt explizit nicht für die Analyse des römischen Rechts; dieses bildet meist den Kern der Analyse in allen Rechtskreisen. Bearbeitungen zu Rechtsquellen, die sich mit der Zeit ab dem römischen Recht auseinandersetzen, finden sich aber erst wieder ab dem 20. Jahrhundert. Im Fokus der meisten Analysen steht die Interpretationen des römischen Rechts. Dies ist bei Weitem nicht irrelevant, jedoch muss man sich vor Augen halten, dass diese Stellungnahmen von Wissenschaftlern sehr häufig keinen Einfluss auf die Rechtspraxis hatten.

Die Hauptthesen dieses Kapitels sind,

- dass der Einsatz von Fiktionen durch die Rechtspraxis in der Regel unreflektiert geschah und geschieht. Theorien, was Fiktionen überhaupt sind und ob sie dem Recht mehr Vor- als Nachteile bieten, wurden erstmals durch die Glossatoren entwickelt. Die Theorien blieben aber in allen Zeiten als Randphänomene eher unbeachtet.
- dass die Akzeptanz durch die Wissenschaft bzw. der Einsatz von Fiktionen durch die Rechtspraxis abhängig war und ist von der Antwort auf die Frage, wie sich das Recht zur sozialen Realität⁷² verhält. Während das römische Recht noch sehr pragmatisch Fiktionen als Mittel zur Erreichung des Zwecks einsetzte, d.h. keine Scheu vor einer Unabhängigkeit von Recht und Wirklichkeit hatte, solange sie nur der Praxis dient, findet sich bei den Glossatoren eine stark christliche Prägung. Nach dem christlichen Weltbild hat sich die Rechtswelt so eng es geht an die von Gott geschaffene Realität anzuhalten. Das Artifizielle an Fiktionen wurde in der Interpretation daher so stark es geht eingeschränkt; z.B. sollte nichts im Recht bestehen, was in der Realität nicht zumindest bestehen könnte. Später wiederum werden die Ansichten der Interpreten gespalten: Während 2006 im deutschen Bundestag noch vor den täuschenden Fiktionen gewarnt wurde, ist die Verwendung von einem anderen, viel weitergehenden Fiktionstypus im *Common Law* im

72 Der Begriff Realität soll in diesem Kapitel gleichbedeutend mit „Wirklichkeit“ und noch unreflektiert eingesetzt werden, wie es in der Geschichte auch geschah. Hinter diesem Begriff steckt immer eine (wenn auch unbewusst gewählte) erkenntnistheoretische und ontologische Position. Darauf wird später näher eingegangen.

täglichen Gebrauch. Währenddessen werden durch den Gesetzgeber weiterhin, auch bei den aktuellsten Entwicklungen, z.B. bei der Alters-einschätzung von Minderjährigen Flüchtlingen, Fiktionen eingesetzt. Hier spielt die erste These der Unabhängigkeit von Wissenschaft und Rechtspraxis hinein.

I. Frühste Quellen, römisches und griechisch-hellenistisches Recht

Im antiken Mittleren Osten kann der Gebrauch von Fiktionen im Recht, wie beispielsweise dem Kodex Hammurabi, nicht nachgewiesen werden.⁷³

1. Die Geburt der Fiktionen im Recht

In der Wissenschaft ist umstritten, wo die Anfänge der Fiktionen im Recht genau liegen. Einig ist man sich zumindest bei dem Punkt, dass sie im römischen Recht entstanden seien. Überwiegend wird die Geburtsstunde dabei nicht bei dem ersten Gebrauch des Wortes *fictio* gesehen: der Anfang liege bei der Übertragung der sakralen Regel *simulacra pro veris accipiuntur* auf das Recht. Diese Regel entstand in der Fortentwicklung des Sakralwesens. Man kam von den echten Menschenopfern ab, ersetzte sie zunächst durch Tiere und dann durch Ton- oder Wachsfikturen von Tieren. Diese Auffassung, in der Akzeptanz von Symbolen *pro veritate* die Geburtsstunde der Fiktionen im Recht zu sehen, wurde von Gustav Demelius entwickelt und von Ernesto Bianchi bestätigt.⁷⁴ Die Akzeptanz eines Weniger vom eigentlich Geforderten und die damit verbundene Abstraktionsleistung, von Esser als „primitive[r] Symbolismus“⁷⁵ bezeichnet, ist auch mindestens der erste Schritt in Richtung Fiktionen im Recht.⁷⁶

Der These, dass die Einführung eines Symbols noch keine Fiktion bedeuten muss, ist zuzustimmen. Denn ein Symbol nimmt in Anspruch, einen Gedanken bzw. Begriff in seinen Hauptfacetten (unter notwendiger Vernachlässigung von Nebenaspekten) visuell zu veranschaulichen. Ledig-

73 Olivier, Legal Fictions in Practice and Legal Science, 3. Hier gab es wohl Fälle der *adoptio* zum Zwecke der Landübertragung, was jedoch nie fiktional, sondern stets tatsächlich geschah.

74 Demelius, Die Rechtsfiktion; Bianchi, Fictio Iuris, 481 f.

75 Esser, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen², 21.

76 Kerber, Die Quasi-Institute als Methode der römischen Rechtsfindung, 12, sieht in den Tonfiguren etc. bereits „Opferfiktionen“.

lich „erzeugt [...] das Abbild die Wirkung des Vorbildes“. ⁷⁷ Bei der Fiktion fehlt jedoch die Veranschaulichung, das Abbild. Auch versucht sie nicht, die Kernelemente eines Begriffs widerzuspiegeln. „*Si heres esset*“ ist bloß noch eine sprachliche Form, die einem Menschen eine bestimmte rechtliche Eigenschaft, hier die des Erben, zuschreibt. Dabei vernachlässigt sie auch keine Bedeutung des Begriffs *heres* (sondern erweitert ihn vielmehr). Dies unterscheidet sie wesentlich von den alten „Opfertierfiktionen“ bei Demelius. Weiterhin könnte man ein Symbol als fiktiv ansehen im Hinblick auf den Anspruch, das zu Symbolisierende wiederzugeben in einer abstrahierten Form. Bei den Fiktionen im römischen Recht fehlt jedoch bereits die „reduzierte Form“. Insofern kann auch unter diesem Aspekt nicht von einer Fiktion gesprochen werden.

Gegen Essers Auffassung wenden sich auch – unabhängig voneinander – Fritz Pringsheim und Hans Hattenhauer. Sie haben bei ihrer Kritik die Fiktionen zur Rechtsfortbildung im Blick: die gedankliche Leistung eines Symbols sei nur notwendige, nicht aber hinreichende Bedingung für das Entstehen der Fiktionen im römischen Recht gewesen. Hinzutreten musste noch die neue Bedeutung von *aequitas* als Billigkeit. Erst diese hat es den Prätores erlaubt, über den Wortlaut der Rechtsregeln hinauszugehen *ex aequo et bono*. Das Tor zur Rechtsfortbildung wurde aufgestoßen, das Klammern an die Buchstaben der Normen gelockert. Die römischen Juristen hatten sich gedanklich von der Starrheit des Rechts etwas befreit. Die Möglichkeit, sich vom Wortlaut zu lösen aus Gründen der Billigkeit, habe aber erst mit dem gestiegenen Einfluss der griechischen Kultur und dessen Wertekanon stattgefunden.

Zum gleichen Ergebnis kommt Clifford Ando, der damit argumentiert, dass die Einführung von Fiktionen mit der Erweiterung der Macht des Prätors einhergehe, nicht nur über Fälle zu entscheiden, sondern „*to create new legal actions*“. ⁷⁸ Auf die Ursache für diese Erweiterung und warum diese getrennt von der Anwendung von Fiktionen zu betrachten sei, geht er dabei nicht weiter ein. Er datiert die Entstehung der rechtsfolgenverweisenden Fiktionen auf das frühe zweite Jahrhundert vor Christus. ⁷⁹

Einen weiteren Gedanken bringt Kaser in die Diskussion ein, wenn er schreibt, dass „die Wirkung der Symbolhandlung später aus einer Rechts-

⁷⁷ Pringsheim, Symbol und Fiktion in antiken Rechten, 213.

⁷⁸ Ando, Fact, Fiction and Social Reality in Roman Law, in: Del Mar/Twining (Hrsg.), Legal Fictions in Theory and Practice, 319.

⁷⁹ Ando, Fact, Fiction and Social Reality in Roman Law, 319.

fiktion erklärt⁸⁰ wurde, nachdem die Vorstellung „des Bindens durch magische Kraft [...] früh überwunden“⁸¹ worden sei. Die Vorstellung davon, was eine Fiktion ist und was keine ist, könnte von dem Verständnis vom Verhältnis von Recht und Wirklichkeit abhängen. Dem wird später nachzugehen sein.

Hier sei der Blick auf das griechisch-hellenistische Recht gerichtet, genauer auf die Praxis des Kreditkaufs. Im Gegensatz zum römischen Recht gab es keine Konsensverträge, d.h. das Zustandekommen eines Vertrages war immer zugleich von der Leistungserbringung abhängig. Ein Kreditkauf (bei dem die Darlehenssumme *per definitionem* nicht sofort entrichtet wird) war daher eigentlich nicht möglich. Der Clou war Folgender: Es wurde wie bei einem Kauf die Sache tatsächlich übergeben und auch der Empfang des Kaufpreises quittiert – obwohl der Verkäufer den Kaufpreis tatsächlich aber (noch) nicht erhalten hatte. Neben der Quittierung der Leistung des Kaufpreises, wie es für einen wirksamen Vertragsschluss notwendig war, gab es noch eine Sonderabrede, in der festgehalten wurde, dass der Käufer dem Verkäufer eine dem Kaufpreis entsprechende Geldsumme schuldete. Der Kreditkauf wurde durch diese Kombination aus Kauf und Sonderabrede möglich. Dieser neue Vertragstypus wurde mit der bewusst falschen Quittierung des Kaufpreises gebildet. Daher wird in der Forschung von einem fiktiven Darlehen gesprochen. Die Fiktion ist hierbei ein von den Vertragsparteien eingesetztes Mittel, um der Starrheit der Anforderungen an einen Vertrag zu entfliehen. Die Praxis forderte einen neuen Vertragstypus, für den das Recht noch nicht bereit war. Eine Fiktion machte die verdeckte Weiterentwicklung möglich. Auf wann die ersten so durchgeführten Verträge zu datieren sind, stellt sich angesichts der Evidenzen (einer Darlehensurkunde, auf der nicht vermerkt ist, dass es sich um ein fiktives Darlehen handelt) als schwierig dar.⁸² Trotzdem konnte die Forschung die älteste Quelle für ein fiktives Darlehen auf 273 v.Chr. datieren:⁸³

„[...] ἐδάνεισεν Διονύσιος Ἀπολλωνίου Γαζαῖος τῶν περὶ Δεῖωνα Ἰσιδῶροι Θράκι τεσσαρακονταρῶροι τῶν Λυκό-

80 Kaser, Das Römische Privatrecht, 28.

81 Ibid.

82 Scheibelreiter, Der Kreditkauf im griechischen Recht. Grundlagen und Dokumentation des „fiktiven Darlehens“, in: Έβα Jakab (Hg.), Sale and Community. Documents from the Ancient World, 196.

83 Ibid., 199.

φρονος ἀργυρίου δραχμὰς τριακοντατέσ-
 σαραι, τοῦτο δ' ἐστὶν ἡ τιμὴ τοῦ βασιλικοῦ
 σίτου, τόκου ὡς δύο δραχμῶν τῇ μνᾷ ἐκάστη τὸν τομ μῆνα ἕκαστον.“⁸⁴

Fritz Pringsheim sieht darin einen „Ausweg der Praxis“, durch welche der „Richter hinters Licht geführt werden soll“.⁸⁵ Im Gegensatz zum römischen Symbolismus sieht er in den „verdeckenden Fiktionen“⁸⁶ eine unehrliche⁸⁷ Art der Rechtsentwicklung. Doch Pringsheims Bewertung soll hier vorerst nicht weiter von Belang sein. Interessanter ist Pierre Oliviers Einwand, dass es sich bei den „verdeckenden Fiktionen“ nicht um Fiktionen, sondern um „a form of simulation“ handeln würde.⁸⁸ Er geht dabei nicht darauf ein, warum dies so sei und auch nicht, warum Fiktion und Simulation zu trennende Kategorien sein müssten. Es ließe sich aus einem Bestandteil seines Fiktionsbegriffes ableiten, welcher lautet, dass die Annahme „permitted by law or employed in legal science“⁸⁹ sein müsse. Dieses Kriterium ist für die Bewertung einer Fiktion sicherlich entscheidend, kann jedoch, wenn „Fiktion“ ein wertneutraler Begriff sein soll, kein Definitionsbestandteil sein. Zwar kann auch nicht entschieden sein für die Einordnung als Fiktion, wer der Begründer der Fiktion ist, jedoch hat dies Auswirkung darauf, ob etwas zu einer Fiktion im Recht wird oder zu einer Fiktion der Rechtspraxis. Diese Kreditabrede kann daher durchaus als Fiktion bezeichnet werden, ist jedoch eine der Praxis, welche nicht ins Recht implementiert wurde. Man kann in dieser Kreditabrede also eine erste rechtswirksame Fiktion der Praxis sehen, aber keine Fiktion im Recht. Bei der Fiktion des Kreditkaufs wird von der Praxis ein Kaufvertrag „vorgespielt“, um für ihr Vorhaben des Darlehens überhaupt unter den Schutz des Rechtssystems zu gelangen.

84 Quelle und Übersetzung nach: Ibid., 199: „Es hat Dionysios, Sohn des Apollonios, aus Gaza, einer von denen um Deinon, als Darlehen gegeben, dem Thraker Isidoros, einem derer von Lykophron, dem Inhaber eines Kleros von 40 Aruren, 34 Drachmen, das ist der Preis des königlichen Getreides, bei einem Zinssatz von 2 Drachmen für jedes Monat.“ Natürlich ist auch diese Quelle nicht unumstritten, gilt aber weithin als gesichert. Scheibelreiter, Ibid., 199; Gegen eine solche Deutung: Kühnert, Zum Kreditgeschäft in den hellenistischen Papyri Ägyptens bis Diokletian.

85 Pringsheim, Symbol und Fiktion in antiken Rechten, 215.

86 Ibid.

87 Ibid., 216. Diese sieht er im Kontrast zu der „ehrlichen“ Form der Rechtsentwicklung durch Symbole bei den Römern.

88 Olivier, Legal Fictions in Practice and Legal Science, 5.

89 Ibid., 81.

2. Die Entwicklung der Fiktionen im römischen Recht

„Das römische Recht ist ganz davon [der *fictionis iuris*] durchzogen[.]“⁹⁰

Im Folgenden soll analysiert werden, was für Verständnisse von Fiktion im römischen Recht bestehen. Will man dies herausfinden, steht man vor der Herausforderung, dass die römischen Juristen selbst nicht explizieren, was sie darunter verstehen. Man findet *fictionis* und *figere* aber an vielen Stellen bzw. Verweise auf fiktive *actiones* oder *leges*. Die Unterteilung, was „vom Recht“ und was von der Rechtswissenschaft als Fiktion angesehen wurde, verschwimmt im römischen Recht zwangsläufig, da die Grenze von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis durchlässig ist. Olivier, welcher sich intensiv mit den Fiktionen im römischen Recht auseinandergesetzt hat, extrahiert folgende Verständnisse:

1. Fiktion als Konstruktion durch das Recht, bei welcher bewusst falsche Fakten angenommen werden um eine Rechtsregel („legal rule“) zu erzeugen, auszuweiten oder zu erklären⁹¹ („[...] Gaius understood by the legal fiction the incontestable, consciously false assumption of certain facts as the basis for a new action or rule of law.“⁹²)
2. Fiktion als Simulation⁹³
3. Fiktion als Annahme einer hypothetischen Situation als Basis für ein Lehrbeispiel⁹⁴

Um dies zu erläutern, sei ein Blick auf verschiedene Beispiele geworfen: Ziehen wir als Beispiele zunächst die Formeln heran, die Gaius in den berühmten Institutionen mit „habemus adhuc alterius generis *fictiones* in quibusdam formulis“ ankündigt.⁹⁵ Es folgen fünf Beispiele für Fiktionen im Bereich des Erbrechts. Gaius' Lehrbuch (welches später zum Gesetz⁹⁶ wurde) wurde circa 160 n.Chr. verfasst, d.h. in der Zeit des klassischen römischen Rechts und im Jahr 1816 wiederentdeckt.

Im vorklassischen und klassischen römischen Recht wurden Fiktionen meist durch Prätores (d.h. als *ius honorarium*) im Rahmen der Rechtsfort-

90 Vaithinger, Die Philosophie des Als Ob, 48.

91 Olivier, Legal Fictions in Practice and Legal Science, 5.

92 Ibid., 9.

93 Ibid., 12.

94 Ibid.

95 Da das Erkenntnisziel der Arbeit keine komplette Exegese des römischen Recht ist, sollen hier nur die bekanntesten Beispiele Gaius' angeführt werden. Ausgelassen werden: Gaius Inst. 4.35 (*bonorum emptor se herede*) und Gaius Inst. 4.38 (*capitis deminutio non esse*).

96 Behrends, Die Institutionen Justinians als Lehrbuch, 284.

bildung geschaffen. Es entstanden die sog. *formulae fictiae*. Dass es diese *actiones* überhaupt gab, hängt mit dem Zivilprozessrecht zusammen: Das Formularsystem hat den Prätores quasi gesetzgeberische Befugnisse verliehen, welche sie zur Rechtsfortbildung nutzten. In diesem Zusammenhang entstanden die *actiones utilis*, welche den Kläger durch analoge Klageerweiterungen begünstigten.⁹⁷

„The introduction of the formulary system, giving them [praetors, Anm. KA] authority to create new actions, had virtually invested them with much legislative power. The new actions introduced by the praetor were so called *actiones utiles*.“⁹⁸

Die *actiones fictiae* waren Teil der *actiones utilis*. Der Inhalt der durch die Jurisdiktionsgewalt des Prätors geschaffenen *formulae ficticiae*, welche wir hier in Gaius' Lehrbuch wiederfinden, baut auf den *actiones civiles* auf. Die *actiones ficticiae* haben die gleiche Form wie die *actiones civiles*⁹⁹, sind aber dadurch gekennzeichnet, dass der Prätor gewisse „Voraussetzungen der zivilen Formeln als gegeben unterstell[t]“. ¹⁰⁰ Nach der Festschreibung der Edikte im sog. *edictum perpetuum* um 130 n.Chr. wurde diese ins *ius civile* übernommen.

Gaius Inst. 4.34 (*si heres esset*):

Habemus adhuc alterius generis fictiones in quibusdam formulis, velut cum is, qui ex edicto bonorum possessionem petit, ficto se herede agit. Cum enim praetorio iure et, non legitimo, succedat in locum defuncti, non habet directas actiones et neque id, quod defuncti fuit, potest intendere suum esse neque id, quod ei debebatur, potest intendere dari sibi oportere; itaque ficto se herede intendit, [...] et si illi debeatur pecunia, praeposita simili fictione heredis ita subicitur: ,tum si pareret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertia x milia dare oportere.“¹⁰¹

97 Den Beklagten konnte der Prätor durch eine *exceptio* begünstigen.

98 Whittuck, Gai Institutiones or Insitutes of Roman Law, 477.

99 Ibid.

100 Kaser, Das Römische Privatrecht, 225.

101 Quelle und Übersetzung nach Babusiaux, Wege zur Rechtsgeschichte, 98 f.: „Man hat außerdem in manchen Prozessformeln Fiktionen einer anderen Art, zum Beispiel, wenn jemand, der den Nachlassbesitz nach dem Edikt fordert, mit der Fiktion, er wäre der Erbe, klagt; da er nämlich nach *ius praetorium* und nicht nach *ius civile* an die Stelle des Verstorbenen rückt, hat er keine direkten Klagen und kann weder behaupten, dass der Nachlass des Verstorbenen ihm gehöre, noch beanspruchen, dass das, was dem Verstorbenen geschuldet werde, ihm gegeben werden müsse; daher behauptet er in der *intentio* mittels einer

Diese Fiktion beinhaltet, dass der *bonorum possessor* (Nachlassbesitzer), der kein Erbe nach *ius civile* ist, alle Klagen erheben kann, die er erheben könnte, wenn er Erbe gemäß dem *ius civile* geworden wäre. Der Prätor erteilt hierbei die Klageformel an den Kläger; der Richter ist streng an diese Klageformel gebunden und darf nur den Sachverhalt unter die Voraussetzungen der Formel (in der *intentio*) subsumieren und anschließend die zugewiesene Rechtsfolge (*condemnatio*) aussprechen. Es wird im Ergebnis also der Kläger so behandelt, als ob er eine Rechtsstellung hätte, die er aber tatsächlich noch nicht hat.

Jhering interpretiert die Stelle so, dass „das Leben“ nicht „solange warten“ wollte, „bis der Doktrin“ der Schritt von der *hereditas* zur Universal sukzession „gelungen war.“ Er nennt den Weg „theoretisch minder korrekt“, dafür „praktisch aber eher zum Ziele führend[.]“.¹⁰²

Gaius Inst. 4.36 (*usucapio fingitur*):

*Item usucapio fingitur in ea actione quae Publiciana uocatur. datur autem haec actio ei qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usucepit eamque amissa possessione petit. nam quia non potest eam ex iure quirritium suam esse intendere, fingitur rem usucepisse et ita quasi ex iure Quiritium dominus factus esset intendit, ueluti hoc modo IUDEX ESTO. SI QUEM HOMINEM A. AGERIUS EMIT ET IS EI TRADITUS EST, ANNO POSSEDISSET, TUM SI EUM HOMINEM DE QUO AGITUR EX IURE QUIRITIMUM EIUS esse oporteret et reliqua.*¹⁰³

In den Institutionen 4.36 geht es um eine Herausgabeklage eines ehemaligen Besitzers, der gerade dabei war, eine Sache zu ersitzen. Es wird geregelt, dass derjenige, der eine Sache gutgläubig gekauft hat, vom Zeitpunkt des Kaufs bis zur Ersitzung nach einem Jahr so geschützt wird, als ob er

Fiktion, dass er der Erbe wäre, [...] oder, wenn jenem Geld geschuldet sein sollte, wird mit einer vergleichbaren Erbesfiktion so beigelegt: ‚wenn es sich dann erweisen würde, dass der Beklagte dem Kläger 10.000 Sesterzen geben müsste‘.“

102 Jhering, Geist des römischen Rechts, Teil 3, Band 1, 304.

103 Eigene Übersetzung: „Die Ersitzung wird bei der sogenannten *actio Publiciana* fingiert. Diese Klage wird demjenigen gegeben, der eine Sache, die ihm aus einem Rechtsgrund übergeben worden ist, noch nicht ersessen hat und sie herausverlangt nach dem Verlust des Besitzes. Da er nicht vorbringen kann, dass ihm die Sache nach *ius civile* gehört, wird unterstellt, er habe sie schon ersessen, und er verlangt sie so, als ob er schon nach *ius civile* ihr Eigentümer geworden wäre, wie zum Beispiel auf diese Weise: A.A. soll Richter sein. Wenn der Kläger diesen Sklaven gekauft hat, er ihm übergeben worden ist und wenn ihm der Sklave, um den gestritten wird, nachdem er ihn ein Jahr besessen [...]“

schon ein Jahr besessen hätte. Das heißt, jemand wird so geschützt, als ob er eine Rechtsstellung (die des Eigentümers) hätte, obwohl er sie noch nicht hat. Die Fiktion bezieht sich dabei auf einen Zeitpunkt, nach welchem er die Sache ersessen hätte. D.h. es geht um einen Zeitablauf, der eine Rechtsstellung verändert.

Eine der wohl bekanntesten Fiktionen ist in den Institutionen des Gaius 4.37 zu finden.¹⁰⁴

Gaius Inst. 4.37 (*si civis esset*):

Item ciuitas Romana peregrino fingitur, si eo nomine agat aut cum eo agatur, quo nomine nostris legibus actio constituta est, si modo iustum sit eam actionem etiam ad peregrinum extendi: ueluti si furti agat peregrinus aut cum eo agatur. Nam si cum peregrino agatur, formula ita concipitur iudex esto. si paret L. Titio ope consiliove Dionis hermaei filii furtum factum esse paterae aureae, quam ob rem eum si civis romanus esset, pro fure damnum decidere oporteret et reliqua. item si peregrinus furti agat, ciuitas ei Romana fingitur. similiter si ex lege Aquilia peregrinus damni iniuriae agat aut cum eo agatur, ficta ciuitate Romana iudicium datur.

Regelungsinhalt ist, dass Peregrinen nach deliktsrechtlichen Vorschriften genauso haften müssen, als ob sie römische Bürger wären,¹⁰⁵ d.h. *si civis esset*, aber auch wegen Sachentwendung oder Schädigung (d.h. *actio furti* bzw. *actio legis Aquiliae*) klagen können¹⁰⁶ *si civis esset*. „Peregrinus“ ist die Bezeichnung für einen Nichtbürger. Diese sind in Rom rechtlos, „denn die römische Bürgerordnung leitet eine Freiheit nur aus dem Bürgerrecht ab. Die römische Gesetze schützen den Fremden nicht. [...] [Sie] sind vogelfrei und damit der Amtsgewalt der römischen Magistrate ebenso preisgegeben wie der privaten Willkür des einzelnen Römers.“¹⁰⁷

104 So beispielsweise schon Cicero, zitiert nach *Jhering*, Geist des römischen Rechts, Teil 3, Band 1, 283 Fn. 416: „In Verrem II 2, 12: *Judicia hujusmodi: qui cives Romani erant, si Siculi essent, quum Siculos eorum legibus dari oporteret; qui Siculi, si cives Romani essent, die bekannte Fiction der Civität, die wir jetzt auch aus Gaj. IV 37 kennen.*“

105 Kaser, Das Römische Privatrecht, 203: „Aus zivilen Deliktstatbeständen haften dagegen die Peregrinen vermöge einer fiktizischen Formel *si civis esset*.“

106 Mit Betonung dieses Aspekts: *Schiemann*, *Fictio*, in: Cancik/Schneider/Landfester (Hrsg.), Der Neue Pauly, 503.

107 Kaser, Das Römische Privatrecht, 28 f.

Allen Quellen ist gemein,¹⁰⁸ dass ein rechtlicher Status einem Kläger zuteilwird, der nach den Regeln des Rechts eigentlich nicht besteht. (Gaius Inst. 4,34; 4,35; 4,37; 4,38 – bei letzterem wird eine Einschränkung zurückgenommen) *oder* dass Fakten angenommen werden, die tatsächlich nicht vorliegen (Gaius Inst. 4,36, der Zeitablauf bei einer Ersitzung). Dabei mündet die Annahme nicht vorliegender Tatsachen ebenfalls in eine Änderung der Rechtsstellung des Klägers. Weder die Parteien noch der Richter (*iudex*) können diese Voraussetzungen bestreiten/widerlegen. Die Annahme der Voraussetzungen wird nur im Rahmen dieser *actio* vorgenommen und gilt nicht darüber hinaus. Die Kraft der Fiktion endet gewissermaßen an den Mauern des Gerichts: Aus dem *peregrinus* wird kein römischer Bürger, der Nicht-Erbe wird kein Erbe. Dass die Annahme nicht dauerhaft ist, sondern nur in diesem Fall gilt, ist allen Prozessbeteiligten bewusst.

Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt auch Jan-Dirk Harke. Harke spricht dabei wie Schiemann jedoch nicht von einer Annahme, sondern einer Unterstellung: Es werde ein nicht vorliegender Tatbestand unterstellt „ohne dabei anzugeben, warum die Übertragung der Rechtsfolge auf den Ausgangsfall berechtigt ist.“¹⁰⁹ Er differenziert dabei ebenfalls (wenn auch seine Argumentation auf anderen Quellen beruht) zwischen der Unterstellung falscher Tatsachen und der Annahme eines Rechtsstatus, der nach den Regeln des Rechts nicht besteht.¹¹⁰ Im Grunde handelt es sich jedoch (gerade aufgrund der Unbegründetheit) um eine Setzung, Schaffung, bzw. Proklamation. Harke hält sie wegen der fehlenden Begründungsleistung für ein „willkürlich einsetzbares Instrument.“¹¹¹ Nörr hält sie lediglich für legitimierende Fiktionen, welche nichts von den interpretierenden Fiktionen zu tun hätten.¹¹² Es ist jedoch in Hinblick auf den grundsätzlich sehr konservativen Umgang des römischen Rechts mit Weiterentwicklungen (zumindest bis zur Hochklassik) sehr wahrscheinlich, dass ein Prätor keine neue Klagformel erfinden würde, wenn sie nicht dem Grundgedanken des bisher bestehenden Rechts entsprechen würde, welcher durch die Vorstellung der *aequitas* angereichert wurde. Die *aequitas* war als Auslegungsmaxime Teil des Rechts, wie es u.a. Celsus' berühmte Definition in D. 1.1.1 als

108 Zur Wiedergabe des Inhalts der einzelnen Quellen: *Olivier*, Legal Fictions in Practice and Legal Science, 7 f.

109 *Harke*, Argumenta Iuventiana, 29.

110 *Ibid.*, 31 f.

111 *Ibid.*, 29.

112 *Nörr*, Causa mortis.

ars boni et aequi nahelegt.¹¹³ Sie war es auch, die die rechtsfortbildenden *actiones fictitiae* durch eine größere Macht des Prätors erst ermöglichte.

Die Merkmale der Gaianischen Fiktionen sind somit:

1. Setzung eines Rechtsstatus (rechtlicher Fakt), der nach den Regeln des Rechts eigentlich nicht besteht¹¹⁴ *oder* die Setzung von (außerrechtlichen) Fakten, die tatsächlich nicht vorliegen
2. Bewusstsein bzgl. (1) bei Prätor und Prozessbeteiligten
3. Ausgerichtet auf *aequitas*
4. Beschränkt auf den konkreten Prozess
5. Nicht widerlegbar

Ein weiteres interessantes Problem ergibt sich, wenn man die *formulae fictitiae* in den Institutionen des Justinian sucht: Dort sind sie nicht aufzufinden. Dies sagt weniger über das römische Recht zur Zeit der Entstehung und Anwendung der Fiktionen aus, als über Justinians Ansicht (und damit einhergehend den Corpus Iuris Civilis). Warum sich die hier besprochenen *formulae fictitiae* nicht in den von Iustinian übernommenen Institutionen finden, lässt sich höchstwahrscheinlich durch eine Stelle im Codex erklären:

C. 5.12.30.2:

[F]icti divortii falsa simulatione in huiusmodi causa, quam nostra lex amplexa est, stirpitus eruenda.

Diese Stelle wird von Jhering folgendermaßen interpretiert:

„[D]ie vereinzeltten Spuren [der Fiktionen, Anm. KA], die Iustinian noch vorfand, regten die ganze Galle seines Unmuts und seiner Enttäuschung über so eine unsinnige Verirrung des Altertums in ihm auf, und er rottete sie mit Stumpf und Stiel aus.“¹¹⁵

Diese Auslegung ist naheliegend, da sie Justinians Ansinnen, das römische Recht in seiner Blüte darzustellen, entspricht. Da die Blüte klassischerweise in der Hochklassik (96-180 n. Chr. gesehen wird, die *formulae fictitiae* aber eng mit dem Formularprozess (mit Ende im 2./1. Jahrhundert v. Chr.) verbunden sind, kann man diese aus Justinians Blickwinkel (um 530 n. Chr.)

113 Kipp, Geschichte der Quellen des römischen Rechts, 7.

114 Die Merkmale weichen von Olivier insofern ab, als er diese Variante nicht erkennt.

115 Jhering, Geist des römischen Rechts, Teil 3, Band 1, 310.

als veraltet ansehen. Daher ist es gut möglich, dass Justinian die Fiktionen als *falsa simulatione* aus dem Corpus Iuris Civilis entfernen wollte.

Eine Ausnahme von diesem Prozess der Bildung der Fiktionen im Rahmen der Rechtsfortbildung und der späteren Übernahme in das *ius civile* bildet die 82-79 v. Chr.¹¹⁶ geschaffene *lex Cornelia de captivis bzw. de confirmandis testamentis*¹¹⁷.

Javolen D. 28.3.12:¹¹⁸

Quatenus tamen diximus ab hostibus capti testamentum irritum fieri, adiciendum est postliminio reverse vires suas recipere iure postliminii aut, si ibi decedat, lege Cornelia confirmari. [...]¹¹⁹

Sie hatte zum Zweck, die testamentarische Erbfolge für einen Erblasser nach dessen Rückkehr aus der Kriegsgefangenschaft zu ermöglichen. Dieses unter Kaiser Sulla erlassene Gesetz war der zweite Schritt in dem Prozess, Rückkehrer aus der Kriegsgefangenschaft so zu stellen, als ob sie nie *captivus* gewesen wären. Das war keine Selbstverständlichkeit: Mit der Kriegsgefangenschaft entfielen nach alter Regel sämtliche Bürgerrechte.¹²⁰

116 Berger, Encyclopedic Dictionary of Roman Law, 43.

117 Knütel/Kupisch/Rüfner/Seiler, Corpus Iuris Civilis: Text und Übersetzung, Band 5: Digesten 28-34 (38) in Fn. 8.

118 Sie findet sich in vielen Formen und wird hier nach Iulian in D. 28, 3, 15 zitiert. Zu beachten ist, dass die Wiedergabe bzw. das Verständnis der Formel – in einem hier irrelevanten im Detail – variiert wird: Entweder der in Kriegsgefangenschaft Verstorbene wird als im Moment der Gefangennahme verstorben angesehen oder sein Todeszeitpunkt entspricht weiterhin dem tatsächlichen, er erhält aber sein Recht, testamentarisch zu vererben, zurück. Dieser Unterschied ist entscheidend, wenn ein potentieller Erbe zwischen Gefangennahme und tatsächlichem Versterben des Erblassers geboren wird oder verstirbt, weil dieser im Testament erwähnt bzw. ausgestrichen werden müsste.

119 Übersetzung nach Knütel/Kupisch/Rüfner/Seiler, Corpus Iuris Civilis: Text und Übersetzung, Band 5, 28-34 (28): „Soweit wir gesagt haben, das Testament eines Kriegsgefangenen werde unwirksam, muß hinzugefügt werden, daß das Testament eines Heimkehrten nach dem Rückkehrrecht wieder wirksam wird oder, wenn er in Gefangenschaft stirbt, nach der Lex Cornelia bestehen bleibt.“ Weitere Nachweise zur Lex Cornelia: D. 28.1.12, D. 28.3.15, D. 28.6.28.

120 Knütel/Kupisch/Rüfner/Seiler, Corpus Iuris Civilis: Text und Übersetzung, Band 5, 28-34 (38): „D. 28, 3, 6, 12: Quatenus tamen diximus *ab hostibus capti testamentum irritum fieri*, adiciendum est postliminio reversi vires suas recipere iure postliminii aut, si ibi decedat, lege Cornelia confirmari. / Soweit wir gesagt haben, das Testament eines Kriegsgefangenen werde unwirksam, muß hinzugefügt werden, daß das Testament eines Heimkehrten nach dem Rückkehrrecht wieder wirksam wird oder, wenn er in Gefangenschaft stirbt, nach der Lex Cornelia bestehen bleibt.“

Im 3. Jhd. v. Chr. regelte man bereits in einem ersten Schritt im sog. *ius postliminii*, dass, wer aus Kriegsgefangenschaft zurückkehrt, vom Recht so zu behandeln sei, als ob er nie in Kriegsgefangenschaft gewesen wäre. Mit der *lex Cornelia* wurde dies für diejenigen geregelt, die in Kriegsgefangenschaft starben. Deren Bürgerrechte, welche das Recht zu vererben einschließen, werden somit teilweise wiederhergestellt. Korrekterweise sei darauf hingewiesen, dass nicht bereits das Kaisergesetz den in Gefangenschaft Verstorbenen so gestellt hat, als ob er im Moment der Gefangennahme noch als römischer Bürger verstorben sei, sondern dies erst in einer späteren weiteren Auslegung des Gesetzes dazu kam.¹²¹ Interessant an dem Kaisergesetz ist, dass es das Wort „Fiktion“ überhaupt nicht enthält und trotzdem von Ulpian († um 223/228 n. Chr.) und in den Institutionen des Justinian (ca. 482 – 565 n. Chr.) als solche bezeichnet wird.

Justinian Inst. 1.12.5:

Si ab hostibus captus fuerit parens, quamvis servus hostium fiat, tamen pendet ius liberorum propter ius postliminii: quia hi, qui ab hostibus capti sunt, si reversi fuerint, omnia pristina iura recipiunt. Idcirco reversus et liberos habebit in potestate, quia postliminium fingit eum qui captus est semper in civitate fuisse: si vero ibi decesserit, exinde, ex quo captus est pater, filius sui iuris fuisse videtur. ipse quoque filius neposve si ab hostibus captus fuerit, similiter dicimus propter ius postliminii ius quoque potestatis parentis in suspenso esse. dictum est autem postliminium a limine et post, ut eum, qui ab hostibus captus in fines nostros postea pervenit, postliminio reversum recte dicimus. Nam limina sicut in domibus finem quendam faciunt, sic et imperii finem limen esse veteres voluerunt. Hinc et limes dictus est quasi finis quidam et terminus. Ab eo postliminium dictum, quia eodem limine revertebatur, quo amissus erat. Sed et qui victis hostibus recuperatur, postliminio redisse existimatur.¹²²

121 Näheres dazu findet sich bei *Lohsse*, Die Beerbung des Kriegsgefangenen: Entwicklungsstufen der Auslegung der *lex Cornelia de confirmandis testamentis*, in: Harke (Hrsg.), Facetten des römischen Erbrechts, 83.

122 *Knüttel/Kupisch/Rüfner/Seiler*, Corpus Iuris Civilis: Text und Übersetzung, Band 1, 23 f. (Hervorhebung nicht im Original): „Wenn ein Hausvater in Kriegsgefangenschaft gerät, bleibt die Rechtsstellung der Kinder, obwohl er Sklave der Feinde wird, wegen des Rückkehrrechts dennoch in der Schwebe. Denn wer in Kriegsgefangenschaft gerät, erlangt, wenn er zurückkehrt, alle früheren Rechte zurück. Deshalb wird er, wenn er zurückkehrt, auch seine Kinder in väterlicher Gewalt behalten haben. Denn das Rückkehrrecht *fingiert*, daß derjenige, der kriegsgefangen war, *ununterbrochen im Gemeinwesen geblieben ist*. Wenn er aber

Ulpian und Justinian sehen folglich etwas Ähnliches in der vorher entstandenen Regel wie den ihnen bekannten *formulae fictiae*. Das wirft die Frage auf, ob das Wort *fingere* verwendet werden muss (im Sinne eines formalen Kriteriums), wenn etwas als Fiktion verstanden werden soll, oder ob eine Fiktion nicht vielmehr durch eine inhaltliche Struktur gekennzeichnet ist.

Testen wir die oben gefundenen Merkmale der Gaianischen Fiktionen an der *lex Cornelia*: Das erste war die Annahme eines Status, der nach den eigentlichen Regeln des Rechts nicht besteht. Eigentlich würden die in der Kriegsgefangenschaft Gestorbenen all ihre Bürgerrechte, und damit auch das Recht *ex testamentu* zu vererben, verlieren. Dies findet auch beschränkt auf bestimmte Fälle, nämlich das Recht testamentarisch zu vererben, Anwendung. Das letzte Merkmal ist, dass die Zuschreibung des Status/Rechts auf den jeweiligen Prozess beschränkt sein müsste. Die Wiederherstellung des Rechts testamentarisch zu vererben ist jedoch generell wiederhergestellt. Das Bürgerrecht wird nicht nur im Rahmen einer Klage eines testamentarischen Erben wiederhergestellt. Daher entspricht das Verständnis von Ulpian und Justinian nicht dem Gaius'.¹²³ Die Ähnlichkeit der Regelungen liegt darin, dass eine Ausnahme zu einer früher bestehenden Regel

in der Gefangenschaft stirbt, wird angenommen, daß der Sohn von dem Augenblick an gewaltfrei geworden ist, in dem der Vater gefangengenommen wurde. Auch wenn ein Sohn oder ein Enkel in Kriegsgefangenschaft geraten ist, sagen wir gleichfalls, daß auch das Recht der väterlichen Gewalt wegen des Rückkehrrechts in der Schwebe ist. Die Bezeichnung *postliminium*, Rückkehrrecht, ist aber aus *limen*, Schwelle, und *post*, jenseits, gebildet, so daß wir den Kriegsgefangenen, der später in unsere Grenzen zurückgekehrt ist, mit Recht als jemanden bezeichnen, der ‚von jenseits der Schwelle‘ zurückgekehrt ist. Denn wie in Häusern die Schwellen eine Art Grenze bilden, so haben die alten Juristen auch die Grenze des Reichs als eine Schwelle begriffen. Von daher ist auch *limes* (Grenzwall) gebildet, gewissermaßen als Grenzen und Grenzzeichen. Hiervon kommt der Ausdruck *postliminium*, weil man über dieselbe Schwelle zurückkehrt, über die hinweg man verloren ging. Doch nimmt man an, daß auch, wer nach einem Sieg über den Feind zurückgewonnen wird, mit Rückkehrrecht heimgekehrt ist.“

- 123 Behrends/Knüttel/Mommesen/Seiler, *Corpus Iuris Civilis: Text und Übersetzung*, Band 1, 23 f.: „Wenn ein Hausvater in Kriegsgefangenschaft gerät, bleibt die Rechtsstellung der Kinder, obwohl er Sklave der Feinde wird, wegen des Rückkehrrechts dennoch in der Schwebe. Denn wer in Kriegsgefangenschaft gerät, erlangt, wenn er zurückkehrt, alle früheren Rechte zurück. Deshalb wird er, wenn er zurückkehrt, auch seine Kinder in väterlicher Gewalt behalten haben. Denn das Rückkehrrecht fingiert, daß derjenige, der kriegsgefangen war, ununterbrochen im Gemeinwesen geblieben ist. Wenn er aber in der Gefangenschaft stirbt, wird angenommen, daß der Sohn von dem Augenblick an gewaltfrei geworden ist, in dem der Vater gefangengenommen wurde. Auch wenn ein Sohn

später hinzugefügt wurde. Ulpian und Justinian, als konservativ denkende römische Juristen, betrachten jede Neuerung zunächst skeptisch. Ausgehend davon, dass sie nach Inkrafttreten der *lex Cornelia* lebten, war die Neuerung für sie jedoch keine echte Neuerung. Die Ausnahmeregelung war ihnen seit ihrer Ausbildung bewusst. Sie müssen daher einen weiteren Begriff der Fiktion haben, der später erlassene Ausnahmen von einer Regel miteinschließt.

Damit wäre ein weiteres Fiktionsverständnis gefunden:

1. Setzung eines Rechtsstatus (rechtlicher Fakt), der nach den Regeln des älteren Rechts nicht besteht
2. Beschränkt auf eine bestimmte Fallgruppe
3. Nicht widerlegbar

Die *Lex Cornelia* handelt sich somit um die Einführung einer Ausnahme durch Gesetz im Bereich des materiellen Rechts.¹²⁴ Anders als bei den *formulae fictiae* erfasst die Fiktion eine ganze Fallgruppe und nicht nur eine einzelne konkrete Klage. Genau wie bei den fiktiven Formeln geht es aber auch um die Annahme eines neuen Rechtsstatus.

Dieses Beispiel wird von Olivier allerdings nicht als „fiction in law, but a fiction concerning the law“¹²⁵ angesehen. Unter diesen „theoretical fiction[s]“¹²⁶ der Rechtswissenschaft versteht er Fiktionen, „which a legal scientist employs in order to analyse, evaluate or explain a major premise; viz. a legal rule, principle or method of approach.“¹²⁷ Dies ist angesichts der

oder ein Enkel in Kriegsgefangenschaft geraten ist, sagen wir gleichfalls, daß auch das Recht der väterlichen Gewalt wegen des Rückkehrrechts in der Schwelbe ist. Die Bezeichnung postliminium, Rückkehrrecht, ist aber aus limen, Schwelle, und post, jenseits, gebildet, so daß wir den Kriegsgefangenen, der später in unsere Grenzen zurückgelangt ist, mit Recht als jemanden bezeichnen, der ‚von jenseits der Schwelle‘ zurückgekehrt ist. Denn wie in Häusern die Schwellen eine Art Grenze bilden, so haben die alten Juristen auch die Grenze des Reichs als eine Schwelle begriffen. Von daher ist auch *limes* (Grenzwall) gebildet, gewissermaßen als Grenzen und Grenzzeichen. Hiervon kommt der Ausdruck postliminium, weil man über dieselbe Schwelle zurückkehrt, über die hinweg man verloren ging. Doch nimmt man an, daß auch, wer nach einem Sieg über den Feind zurückgewonnen wird, mit Rückkehrrecht heimgekehrt ist.“

124 Die Einordnung zum materiellen Recht wird aus der Sicht des heutigen Standes der Rechtswissenschaft vorgenommen.

125 Olivier, *Legal Fictions in Practice and Legal Science*, 156.

126 Ibid., 156.

127 Ibid., 156.

bereits erläuterten Rechtswirksamkeit von Ulpian's Rechtsmeinung und der Stellung der Regelung im Corpus Iuris Civilis in diesem Fall abzulehnen.

Nehmen wir die Lex Cornelia also als Beispiel einer Fiktion im Recht, fällt auf, dass sie vom Gesetzgeber erlassen wurde. Dies ist bei den anderen Beispielen wie erläutert nicht der Fall, dabei oblag es dem Prätor (welcher allerdings gesetzgeberische Befugnisse hatte). Die Lex Cornelia zeigt sich als Mutter der Gesetzesfiktionen, die wir im heutigen *Civil Law* finden.¹²⁸

Ein weiteres Beispiel für die Verwendung von Fiktionen außerhalb der Rechtsfortbildung ist die Lex Rubria de Gallia Cisalpina. Sie entstand bei der Expansion des Kerngebiets des römischen Reiches in Italien um circa 49 v.Chr.¹²⁹ Gallia Cisalpina ist der Name einer ehemaligen Provinz, welche ungefähr dem heutigen Norditalien entspricht. Diese Region war zunächst von 203 bis 42/41 v.Chr. eine Provinz des römischen Reiches und wurde dann als Teil des italienischen Kernlandes. Man hat dieses öffentlich-rechtliche römische Gesetz erst 1760 auf einer Tafel in Norditalien (Veleia) entdeckt.¹³⁰ Ihr wesentlicher Inhalt war die „Abgrenzung der Kompetenzen zwischen dem römischen Prätor [...] und den örtlichen Munizipalmagistraten.“¹³¹

Als die judikative Infrastruktur in dieser Region noch nicht vollständig ausgebaut war, gab es nur in der Hauptstadt Rom die Kompetenz, bestimmte Rechtsfälle zu entscheiden. In dem Gesetz¹³² ist unter anderem festgelegt, dass bestimmte Vorfälle, die sich in der Region Gallia Cisalpina zugetragen haben, so behandelt werden sollen, als ob sie sich in Rom zugetragen hätten. Dies hat den Hintergrund, dass es nur dort Prätores gab.¹³³

128 So auch Knauer, Legal Fictions and Juristic Truth, 17.

129 Bruna, Lex Rubria: Caesars Regelung für die Richterlichen Kompetenzen der Minizipalmagistrate in Gallia Cisalpina, 325; Bruna kommt aufgrund einer „epigraphischen und orthographischen“ (21) sowie einer historisch-politischen (321 ff.) Analyse zu dem Ergebnis.

130 Bruna, Lex Rubria, 4.

131 Ibid., 52.

132 Um welche Art von Gesetz es sich dabei handelt, ist umstritten. Mommsen unterscheidet *lex rogata* und *lex data*, je nachdem, ob sie von den Comitien abgestimmt oder nur vom Magistrat erlassen wurden. Die Lex Rubria de Gallia Cisalpina hält er für letzteres. Der These widersprechen Bruna und Kipp (Geschichte der Quellen des römischen Rechts, 41 ff.). Es handelt sich höchstwahrscheinlich um ein Plebiszit. Bruna, Lex Rubria, 326 ff.

133 Dies lässt sich daraus schließen, da sonst in der Lex Rubria nur den Prätor und die Stadt (und dies immer in dieser Kombination) verwiesen wird. Bruna, Lex Rubria, 64.

Der Ort des Vorfalls wird aus Sicht des Prozessrechts so behandelt, als ob er in Rom läge. Dadurch wird ein Gericht zuständig, welches nach den bestehenden prozessrechtlichen Regeln eigentlich nicht zuständig wäre. Man hätte auch bei den römischen Gerichten die Zuständigkeit erweitern können, wollte aber dort keine Änderungen vornehmen. Stattdessen schuf man für die Übergangszeit ein neues Gesetz. Es handelt sich somit um die Einführung einer Ausnahme (vom Grundsatz der Gerichtsbezirke) bzw. Erweiterung (der Zuständigkeit der römischen Gerichte) durch Gesetz im Bereich des Prozessrechts. Die Fiktion hat folgende Merkmale:

1. Annahme eines anderen Ortes eines Geschehens im Sachverhalt (mit dem Zweck der Erlangung der Zuständigkeit des Gerichts)
2. Bei bestimmten Fällen
3. Nicht widerlegbar

Diese Zuständigkeitserweiterungen finden wir später wieder im englischen Common Law; dort haben sich die Gerichte gerade im Mittelalter auf diesem Wege oft Kompetenzen zugeschrieben.¹³⁴

Ein weiteres Beispiel, welches als Fiktion bezeichnet wird, ist der dreifache Verkauf des Sohnes bei der *emancipatio*. Hierbei gibt es eine interessante Stelle in den Institutionen des Justinian, bei welcher eine Abkehr von den früheren Scheingeschäften zur Entlassung aus der Hausgewalt beschrieben wird:

Justinian Inst. 1.12.6:

Praeterea emancipatione quoque desinunt liberi in potestate parentum esse. Sed ea emancipatio antea quidem vel per antiquam legis observationem procedebat, quae per imaginarias venditiones et intercedentes manumissiones celebrabatur, vel ex imperiali rescripto. Nostra autem providentia et hoc in melius per constitutionem reformavit, ut fictione pristina explosa recta via apud competentes iudices vel magistratus parentes intrent et filios suos vel filias vel nepotes vel neptes ac deinceps sua manu dimitterent.¹³⁵

134 Dazu später mehr im Kapitel zum *Common Law*, 105 ff.

135 Text und Übersetzung nach *Behrends/Knütel/Mommsen/Seiler*, *Corpus Iuris Civilis*: Text und Übersetzung, Band 1, 24: Außerdem stehen auch Kinder nach der Entlassung aus der väterlichen Gewalt nicht mehr in der Gewalt des Hausvaters. Früher erfolgte diese Entlassung allerdings entweder nach einem alten Gesetzesbrauch, der durch Scheinverkäufe und zwischengeschaltete Freilassungen vollzogen wurde, oder durch kaiserliches Reskript. Aber unsere Fürsorge hat auch

Auffallend ist diese Stelle, weil die früheren Scheingeschäfte (*imaginarias venditiones*) als fiktive Geschäftsformen eingeordnet werden. Demnach stehen für Juristicen die Scheingeschäfte neben den Fiktionen. Ganz ähnlich sieht das später Jhering:

„Was das Scheingeschäft auf dem weitläufigeren Wege der Handlung, beschafft sie [die Fiktion, Anm. KA] auf dem einfacheren des Gedankens, beide tun dem Verhältnis, das sie behandeln, Gewalt an, um es über das Prokrustesbett bereits vorhandener Geschäfte, Begriffe, Klagen zu spannen. Nur darin möchte ein Unterschied beider gelegen sein, daß, während das Scheingeschäft [...] vorzugsweise im römischen Verkehr, [...] die Fiktion gerade im Prozeß die reichste Verwendung fand.“¹³⁶

Unterschieden werden könnten Scheingeschäft und Fiktion demnach nur dadurch, wo man sie findet: in der gelebten Geschäftspraxis oder im Prozeß. Dies erscheint etwas ungenau, da sich auch die Scheingeschäfte auf das Recht stützen (im Falle der *emancipatio* beispielsweise auf das Zwölftafelgesetz). Dennoch hat Jhering recht: die Handlungen, welche „den Schein“ erzeugen, werden bei der *emancipatio* durch den Verkehr/die Prozeßbeteiligten, bei der Fiktion durch den Prätor erzeugt. Der von ihm sog. Verkehr handelt auf eine Art und Weise, die Rechtswirkungen erzeugt, die es eigentlich nicht geben darf. Darum beugt sich der Verkehr dem Recht und schafft es durch Scheinhandlungen, gewisse Rechtswirkungen dennoch zu erzeugen. Natürlich werden diese Scheinhandlungen durch die Anerkennung im Recht (hier: von der Möglichkeit der *emancipatio*) überflüssig; daher ist der Argumentation in Inst. 1.12.6 auch insofern zu folgen. Man kann präziser festhalten: Das Scheingeschäft ist nur so lange ein solches, bis es im Recht anerkannt wird. Danach verliert das Scheingeschäft seinen „Schein“. Die Fiktion hingegen wird erst durch das Recht geschaffen. Eine Handlung oder ein Rechtszustand wird hinzu- oder hinweggedacht. Von der Handlung des Verkehrs ist dies vollkommen unabhängig. Das Scheingeschäft wirkt von der Praxis auf das Recht, die Fiktion vom Recht auf die Praxis.

dies durch eine Konstitution zum Besseren verändert, und zwar in der Weise, daß die früheren fiktiven Geschäftsformen abgeschafft sind und die Hausväter nun geradewegs vor den zuständigen Richtern oder Beamten erscheinen und ihre Söhne, Töchter, Enkel, Enkelinnen und so fort aus ihrer Gewalt entlassen können.

136 Jhering, Geist des römischen Rechts, Teil 3, Band 1, 309; bereits Jhering sah die Bedeutung der Fiktionen für den Prozeß im englischen Recht.

Der Beginn der Rechtsfähigkeit liegt bereits im römischen Recht bei der Geburt. Davon wurde bereits im römischen Recht eine Ausnahme gemacht, sofern es für das ungeborene Kind vorteilhaft war:¹³⁷

Paulus in D. 1.5.7:¹³⁸

Paulus libro singulari de portionibus, quae liberis demnatorum conceduntur
Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur: quamquam alii antequam nascatur nequaquam prosit.

Diese Formulierung zieht sich seit dem römischen Recht bis in die aktuellen Kodifikationen. Das Ende der Rechtsfähigkeit bei Eintritt in ein Kloster, der sog. bürgerliche Tod, war bereits dem römischen Recht bekannt und wird später auch immer wieder auftreten:¹³⁹

Nov. 5,5 (Z. 35 f.):

Si autem uxorem habetis, dinde eam relinquens in monasterium ingreditur, et dos mulieri servetur et ex morte pactum, quod in alia nostra sanximus constitutione; omnibus, quae super monachis de his dicta sunt, et in mulieribus in monasterio ingredientibus valituris.

Es gibt auch einige Lehrbeispiele, welche sich durch Einleitungen wie *fingefingamus* kennzeichnen. So zum Beispiel:

Inst. 2.22.3:

[...] itaque si fingamus quadringentos aureos legatos esse et patrimonii quantitatem, ex qua legeata erogari oportet, quadringentorum esse, quarta pars singulis legatariis detrahi debet.¹⁴⁰

Da diese im Corpus Iuris Civilis vorkommen, sind sie aus damaliger Sicht als Rechtsfiktionen einzuordnen. Beispielsfälle sind heute noch üblich als Argumentation im *Common Law*, um die Grenzen rechtlicher Regeln (*legal rules*) auszutesten und Teile von Argumentation (häufig eines *argumentum ad absurdum*).¹⁴¹ Diese Beispielsfälle sind nach den engeren juristischen

137 Kaser, Das römische Privatrecht, 2. Abschnitt, 76.

138 Vergleichbare Regelungen finden sich u.a. auch in Inst. 1.13.4 und Inst. 3.9 pr.

139 Nov. 5,5 (535); 76 (538); 123, 38 (546).

140 Behrends/Knüttel/Mommesen/Seiler, Corpus iuris civilis: Text und Übersetzung (2013), 120 f.: „Nehmen wir daher an, es seien vierhundert Goldstücke vermacht und der Wert des Vermögens, aus dem die Vermächtnisse zu erbringen sind, betrage vierhundert, dann muß den einzelnen Vermächtnisnehmern je ein Viertel abgezogen werden.“

141 Mehr dazu bei Petroski, Fiction and the Languages of Law.

Fiktionsverständnissen, welche in dieser Arbeit entwickelt werden, jedoch keine Rechtsfiktionen.¹⁴²

3. Resümee

Im römischen Recht finden sich die Vorläufer aller im heutigen Recht vorhandenen Fiktionsarten: Die Fiktionen, die *contra legem* einen Rechtsstatus oder *contra realitatem* ein Sachverhaltsmerkmal als gegeben setzen für einen einzelnen, ganz bestimmten Fall zum Zweck der Rechtsfortbildung (im Sinne der *aequitas*). Ebenso gibt es die Fiktionen, welche zum Zweck der Rechtsfolgenverweisung oder der Erweiterung der Jurisdiktionsgewalt geschaffen werden. Des Weiteren finden sich dort illustrierende, an fiktive Erzählungen erinnernde Beispiele im Gesetz, welche es aber es in modernen Kodifikationen nicht mehr gibt.

Der Zusammenhang dieser Fiktionsarten (abgesehen von den illustrierenden Beispielen) ist, dass aus den rechtsfortbildenden Fiktionen durch die Übernahme ins Recht eine rechtsfolgenverweisende Fiktion wird: Wird zunächst nur in einem Einzelfall so getan, als ob der Peregrine römischer Bürger wäre, wird daraus durch die Übernahme dieser *actio* ins *ius civile* eine Rechtsfolgenverweisung für die Peregrinen auf die Rechte der römischen Bürger. Gemeinsam ist ihnen, dass es immer durch eine offen erkennbare Setzung *contra legem* oder *contra realitatem* geschieht und eine „höhere“ Regel (wie die Ersitzungszeiten bei des *usucapio*, das Erfordernis, Erbe oder römischer Bürger zu sein bei den anderen Beispielen) scheinbar durchgehend erhalten bleibt.

„Sie [die *fictio iuris*, Anm. KA] diene dazu, Ausnahmen von einer Regel des *jus strictum* zu begründen, ohne die Regel äußerlich anzutasten.“¹⁴³

Was eine Fiktion ist, ist also durch eine Kombination von Form und Inhalt, von der Art und Weise und dem damit verfolgten Zweck bestimmt.

Man hätte sowohl *formulae fictiae* als auch die *lex Cornelia* anders als durch Fiktionen regeln können. Interessant ist, dass man die (etwas umständlichere) Form der Fiktion gewählt hat. Eine Antwort auf diese Frage bietet Henry Sumner Maine, der „die Römer“ als konservativ und scheu gegenüber Rechtsfortbildungen bezeichnet. Eine Fiktion kann die alte, be-

142 Vgl. dazu die Definitionen, 225 ff.

143 Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 58.

währte Regel aufrechterhalten und gleichzeitig eine Fortentwicklung ermöglichen, welche „zur Befriedigung neuer Bedürfnisse des Rechtslebens“¹⁴⁴ beitragen.

II. Mittelalter

Der Übergang vom römischen Recht zu den Glossatoren lässt eine Zeitspanne von über 500 Jahren scheinbar unberücksichtigt: Ältere austerische oder germanische Rechtsquellen weisen aber – nach grober Durchsicht – ähnlich wie der Codex Hammurabi keine Fiktionen auf und auch keine Formulierungen, deren Abstraktionsgrad hoch genug wäre, um Fiktionen im Recht zu erwarten.¹⁴⁵

Von größerer Bedeutung war der Einfluss der Philosophie, da sie zu einem größeren Abstraktionsgrad beitrug, welcher (wie bereits im römischen Recht zu beobachten) für Fiktionen essentiell ist. Hans Vaihinger, welcher 1911 mit der „Philosophie des Als-Ob“ den Blick auf Fiktionen wesentlich prägen sollte, sieht im mittelalterlichen Nominalismus erste Ansätze zu einem Fiktionsverständnis in seinem Verständnis.¹⁴⁶

Der erste Begriff der Fiktion wurde durch die Glossatoren in der Auseinandersetzung mit dem römischen Recht gebildet.¹⁴⁷ Sie hielten Fiktionen für falsch, der Widerlegung durch Beweis nicht zugänglich, zu einem bestimmten Zweck eingesetzt und mit Auswirkungen für das Recht.¹⁴⁸ In der Accursischen Glosse wird im Anschluss an (und mit Erweiterung der Ansicht von) Azo zwischen Vermutung und Fiktion unterschieden, dass erstere nur im Fall der Zweifelhafteit von Fakten und letztere im Bewusstsein des kontrafaktischen des Angenommenen angewendet werden.¹⁴⁹

144 Löttsch, Fiktion, in: HdWP, Bd. 2, Sp. 952.

145 Durchsucht wurden die *Monumenta Germaniae Historica*. Das Wort „fictio“ findet sich – aber auch dort nur selten – im Anmerkungsapparat. <https://www.dmg.de/> (zuletzt aufgerufen am 29.3.2020).

146 Vaihinger, *Die Philosophie des Als Ob*, 254 ff.

147 Olivier, *Legal Fictions in Practice and Legal Science*, 13.

148 Ibid., 13 f.

149 Ibid., 13.

Die Postglossatoren haben zum ersten Mal in der Geschichte ein Fiktionskonzept in Form einer vollständigen Definition. Cinus de Pistoia definiert eine Fiktion:

„Fictio est in re certa contraria pro veritate assumptio.“

Die eigentliche Neuerung, die Pierre Olivier nach den Glossatoren durch Cinus de Pistoia sieht, ist die These, dass eine Fiktion stets eine Annahme sei.¹⁵⁰ Die Annahme beschreibe sowohl die Tätigkeit des Fingierens als auch die Fiktion als Resultat derselben.¹⁵¹

Bei den Kanonikern, zusammenfassend für Dekretisten und Dekretalisten, wurde bereits eine Fiktion im Rahmen der juristischen Person ausgemacht. Sie kondensierten die vielen Vorstellungen von „transpersonalen Einheiten wie Kirchengemeinden, Ordensgemeinschaften, Stiftskollegien, Domkapiteln bis hin zur Gesamtheit der römischen Kirche“¹⁵² zu dem Begriff der *universitas*. Dass die Universität eine juristische Person sei, wurde als Fakt angenommen. Das fiktive sei, dass es sich um *eine* Person handle. Von einer ausgebildeten Theorie der juristischen Person kann hier aber noch nicht die Rede sein.¹⁵³

Den nächsten Fortschritt hat der Kommentator Bartolus de Saxoferrato eingeleitet. Er kritisiert Cinus' Definition als zu weit, da sie auch Annahmen umfasse, welche keine rechtlichen Konsequenzen (*effectus iuris*) nach sich ziehen.

„Fictio est in re certa eius quod est possibile contra veritatem pro veritate a iure facta assumptio.“

Diese Fiktion ergänzt er indirekt um die Aussage: „causa fictionis est equitas“, d.h. dass jede Fiktion ihren Ursprung in *aequitas*-Erwägungen finden würden. Damit erhebt er die *aequitas* zum letztendlichen Zweck von Rechtsfiktionen. Er war auch der erste, der verschiedene Arten von Fiktionen identifizierte:

- *Fictio inductiva*: ein nicht Existierendes wird als existierend fingiert
- *Fictio privativa*: ein Existierendes wird als nichtexistierend fingiert
- *Fictio translativa*: ein in einer Weise Existierendes wird als in einer anderen Weise existierend angenommen

150 Ibid., 15.

151 Ibid., 16.

152 Dreier, Die juristische Person als Grundrechtsträger, in: Gröschner/Kirste/Lembcke (Hg.), Person und Rechtsperson: Zur Ideengeschichte der Personaltät, 324.

153 Ibid.

- *Fictio extensiva*: ein Existierendes wird in einem anderen, ihm nicht eigenen Sinne, als existierend fingiert

Diese Definition wurde bis zum 18. Jahrhundert als wissenschaftlichen Standard rezipiert; danach ist sie in Vergessenheit geraten.¹⁵⁴ Bartolus trägt auch bei der Diskussion um die juristische Person etwas zu Diskussion bei: Fiktiv an ihr sei, dass es sich um eine (juristische) Person handle, d.h. die Repräsentation der Personenverbände durch die juristische Person im Recht sei das fiktive.

Baldus de Ubaldis, ebenfalls Kommentator, trägt bei der Definition – von welcher er gleich zwei gibt – das Moment der Intention des Autors bei. Als Beispiel für die „Entdeckung“ weiterer Fiktionen, d.h. solcher, welche durch die Rechtswissenschaft in das Recht hineingelesen wurden, soll die *traditio ficta* dienen.

Auch bei der Übertragung von Eigentum, der *traditio*, zeigt sich ein höherer Abstraktionsgrad der Postglossatoren gegenüber den Glossatoren. Die Postglossatoren entwickelten die Idee einer Unterart der *traditio*, nämlich der *traditio ficta*.¹⁵⁵ Diese Theorie entwickelten sie wesentlich anhand des Corpus Iuris Civilis ohne größeren Einfluss von scholastischer Philosophie, germanischen Rechten oder der Bibel. Bei der *traditio ficta* wird das Eigentum an einem Rechtsobjekt übertragen, indem eine andere Sache übergeben wird. Beispielsweise wird ein Schlüssel übergeben anstatt eines Hauses. Die tatsächliche, physische Übergabe tritt in den Hintergrund und wird durch ein Symbol ersetzt, d.h. die tatsächliche physische Verbindung wird fingiert.¹⁵⁶ Dies tatsächlich so zu benennen ist der Verdienst der Postglossatoren. Der Unterfall der *traditio* heißt nun *traditio ficta*.¹⁵⁷ Das Prinzip der Repräsentation ist zwar gerade bei den Nominalisten (also in der Philosophie) zu finden, Biermann argumentiert jedoch, dass dies keinen Einfluss gehabt habe, da diese Art der Repräsentation keinen Ursprung im Nominalismus fände.¹⁵⁸

Exemplarisch soll für die Rechtspraxis im Mittelalter der Sachsenspiegel herangezogen werden, da dieser für das Rechtsleben von immenser Bedeutung war bis zur Ablösung durch die großen Kodifikationen im späten 18. und frühen 19. Jahrhundert.

154 Olivier, Legal Fictions in Practice and Legal Science, 17.

155 Biermann, Traditio Ficta, 71.

156 Ibid., 73.

157 Ibid., 71.

158 Ibid., 70.

Der Sachsenspiegel ist eines der bedeutendsten Rechtsbücher des Hochmittelalters, der zur sog. Spiegelliteratur gezählt wird.¹⁵⁹ Er zeichnet ein idealisiertes Bild von den Rechts- und Lebensgewohnheiten im Elbe-Saale-Gebiet um die Jahre 1220-1234. Hierbei konzentriert er sich größtenteils auf den bäuerlich-ländlichen Lebensraum;¹⁶⁰ Stadt- und Kirchenrecht sowie das Recht der Dienstleute umfasst der Sachsenspiegel nicht.¹⁶¹ Er ist eine Privatarbeit ohne Gesetzescharakter und wurde wohl über ein Jahrzehnt lang vom Verfasser immer wieder ergänzt und überarbeitet.¹⁶² Der Inhalt weist auf eine Berücksichtigung der *Confoederatio cum principibus ecclesiasticis* von 1220 und der *Treuga Heinrici* von 1224 hin, lässt jedoch keine Rückschlüsse auf eine Einbeziehung des Mainzer Landrechtsfriedens von 1235 zu,¹⁶³ was auf eine Fertigstellung zwischen 1220 und 1235 schließen lässt.¹⁶⁴

Offizielle Gesetzeskraft erlangte er zum ersten Mal im Jahre 1356, als der Krakauer Oberhof als oberstes deutsches Gericht eingerichtet wurde.¹⁶⁵ Bis zum Ende des 14. Jahrhunderts hatte sich der Sachsenspiegel im deutschsprachigen Gebiet nördlich der Mainlinie verbreitet.¹⁶⁶ Im Süden verbreiteten sich der Deutschen- und der Schwabenspiegel, welche sich stark auf den Sachsenspiegel beziehen und diesen nach den regionalen Gewohnheiten modifizieren. Der Sachsenspiegel wurde erst 1794 in Preußen, 1865 in Sachsen und 1900 in Anhalt endgültig durch andere Gesetzbücher abgelöst.¹⁶⁷ Das deutsche Reichsgericht nahm noch 1932 auf ihn Bezug.¹⁶⁸ Wie sich aus der Reimvorrede ergibt ist Eike von Repgow der Verfasser des

159 Schmidt-Wiegand, Eike von Repgow, in: Die deutsche Literatur des Mittelalters: Verfasserlexikon, Bd. 2, 405; Molitor, Der Gedankengang des Sachsenspiegels, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung 1947, 15.

160 Kümper, Sachsenspiegel, 25; Schmidt-Wiegand, Eike von Repgow, 403.

161 Schmidt-Wiegand, Eike von Repgow, 403.

162 Lieberwirth, Eike von Repgow und der Sachsenspiegel, in: Sitzungsberichte der Sächsischen Akademie der Wissenschaften zu Leipzig, 27.

163 Schmidt-Wiegand, Eike von Repgow, 403.

164 Kroeschell, Der Sachsenspiegel in neuem Licht, in: Mohnhaupt (Hrsg.): Rechtsgeschichte in den beiden deutschen Staaten (1988-1990), 237.

165 Kümper, Sachsenspiegel, 27.

166 Ibid., 25.

167 Solms/Weinert, Eike von Repgow und der Sachsenspiegel, in: Seidel (Hrsg.): Dô tagte ez, Deutsche Literatur des Mittelalters in Sachsen-Anhalt, 37.

168 RZ 137, 324, 344/345 mit Bezug auf Ssp. I 17 und Ssp. I 52.

Sachsenspiegels.¹⁶⁹ Nach seiner eigenen Darstellung ging es darum, das ererbte Recht zusammenzustellen, um es zu bewahren.¹⁷⁰

„Diz recht ne han ich selve nicht underdacht/ iz haben von aldere an unsich gebracht/ Unse gute vore varen/ mach ich ouch, ich wil bewaren“¹⁷¹

Geistesgeschichtlich ist die aufkommende Scholastik von Bedeutung, deren Methode durch eine Rückbesinnung auf die Antike bestimmt ist. Dort wird vor allem die antike Philosophie (insbesondere die Aristoteles') und das Corpus Iuris Civilis Justinias ausgelegt.¹⁷²

Ssp. Landrecht I, 48:

„Vormundschaft der Lahmen beim Zweikampf. [...] (§ 2) Lahme Leute sollen auch sich verantworten und klagen ohne Vormund, es sei denn daß die Klage zu Zweikampf gehe [...]. Kann der lahme Mann, wenn man ihn zum Zweikampf fordert, seinen rechten Vormund nicht da haben und getraut er sich, darüber seinen Eid zu leisten, er gewinnt zum Vormund,¹⁷³ wer es für ihn tun will oder wen er mit seinen Pfennigen heuern kann, obwohl man beweisen kann, daß er einen rechten Vormund hat.“¹⁷⁴

Im Abschnitt Rund um Ssp. I, 48 geht es um die Gerichtsfähigkeit von speziellen Personengruppen wie Minderjährigen, „Frauenzimmern“ und Rechtlosen. Diesen wird unterstellt, bestimmte Gerichtshandlungen nicht selbst vornehmen zu können, weswegen ihnen ein Vormund obligatorisch vorgeschrieben wird. In Ssp. Landrecht I, 48 § 2 geht es um „lahme Leute“. Diese benötigen, vermutlich um die Chancengleichheit zu wahren, für den Fall einer Klage auf Zweikampf den Beistand eines Vormundes. Sofern der „Lahme“ diesen „rechte[n] Vormund“ aber nicht herbeirufen kann (und dies beediet), kann er sich für diesen Kampf einen anderen zu

169 Praefatio rhythmica, Z. 266: „Eyke von Repgowe iz tete“; *Schmidt-Wiegand*, Eike von Repgow, 401; *Molitor*, Der Gedankengang des Sachsenspiegels, 64.

170 *Schmidt-Wiegand*, Eike von Repgow, 402.

171 Praefatio rhythmica, Z. 151-154.

172 *Schroeder*, Vom Sachsenspiegel zum Grundgesetz, 1 f.

173 Hervorhebungen nicht im Original.

174 *von Repgow*, Der Sachsenspiegel, 42.

seinem Vormund wählen. In der Quelle sind die letzten beiden Halbsätze ungewöhnlich für die Schreibweise des Sachsenspiegels:

„[...] obwohl man beweisen kann, daß er einen rechten Vormund hat.“¹⁷⁵

Es wird also betont, dass es trotz der grundsätzlichen Regel, dass man nur einen „rechten Vormund“ hat, in diesem Fall ausnahmsweise ein Vormund genommen werden kann. Fraglich ist damit, ob es sich hier um eine Fiktion oder eine Ausnahmeregelung handelt. Für eine Fiktion spricht, dass es einen „rechten Vormund“ gibt und trotzdem ein anderer Vormund bestellt werden kann. Dies scheint dem Autoren so ungewöhnlich, dass er es im letzten Halbsatz noch einmal direkt anspricht. Gegen eine Fiktion spricht, dass es keine sprachliche Kennzeichnung wie „als ob“ oder „gilt als“ gibt. Für die Ausnahmeregelung spricht weiterhin, dass „er gewinnt zum Vormund“ im Indikativ formuliert ist. Bei einer Fiktion würde man mindestens die Einschränkung auf den bestimmten Fall kenntlich machen oder den Konjunktiv wählen. Daher handelt es sich hierbei nicht um eine Fiktion.

III. Neuzeit

Nachdem das Recht im Mittelalter hauptsächlich auf die Konservierung des Bestehenden bzw. die Niederschrift des gottgegebenen Zustandes konzentrierte, wandte man sich nach der Aufklärung dem Gedanken der Kodifizierung, d.h. der systematischen Regelung aller Lebensbereiche durch das Recht, zu. Diese Kodifizierungen wurden im heutigen Österreich mit dem ABGB (1812), Preußen mit dem Allgemeinen Preußischen Landrecht (1794) und Frankreich mit dem Code Civil (1804) geschaffen. Wiguläus Xaverius Aloysius Freiherr von Kreittmayr wurde 1750 der Auftrag übergeben, das Recht in Bayern zusammenzutragen und in die Form eines Codex zu bringen. Diese Aufgabe, welche an die Vorgehensweise und Rechtfertigung von Eike von Repgow erinnert, schloss er nur sechs Jahre später ab – es entstand der Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis (CMBC). Der CMBC gilt als erste der großen naturrechtlichen Kodifikationen Zentraleuropas.

175 Ibid.; Original: „al muge men sînen rechten vormunden bewîsen.“ Zitiert nach *Eckhardt*, Sachsenspiegel III-V, 28.

Den natürlichen Personen schreibt Kreittmayr als Autor des CMBC noch keine allgemeine Rechtsfähigkeit zu; der Mensch wird noch nicht vollständig als Individuum, sondern als Teil seines Standes gedacht.¹⁷⁶ Im Abschnitt über den „natürlichen Zustand, worinnen sich der Mensch von Natur befindet“ findet sich eine uns inzwischen bekannte Regelung:

CMBC, Part. I Cap. III § 2:

Kinder, welche noch in der Mutter Leibe liegen, werden nur so weit für geboren geachtet, als es ihr Nutzen erfordert.¹⁷⁷

Hier werden Ungeborene „für geboren geachtet“ in bestimmten, abstrakt umschriebenen Fällen. Hier wird mit dem geboren sein zuvorderst ein „natürlicher Status“ verknüpft, welcher durch Part. I Cap. III § 2 CMBC geregelt wird. Ob und ggfs. welcher rechtliche Status vorliegt, wird erst in Part. I Cap. III § 3 CMBC geregelt. Insofern wird, anders als im römischen Recht, ein natürlicher Status, welcher die Möglichkeit eines rechtlichen Status schafft, für bestimmte Fälle unwiderlegbar angenommen. Zusammenfassend:

1. Annahme eines natürlichen Status (welcher die Voraussetzung eines rechtlichen Status ist)
2. Beschränkt auf bestimmte Fälle (*Kriterium abstrakt und offen gefasst*)
3. Nicht widerlegbar

Bei dieser Annahme findet im Gegensatz zum römischen Recht keine Rechtsfortbildung statt. Es ist eine Annahme im Rahmen des bestehenden rechtlichen Rahmens. Auffallend ist auch das Kriterium, für welche Fälle die Fiktion angewendet wird: „als es ihr Nutzen erfordert.“ Diese Formulierung legt den Zweck dieser Fiktion offen und bleibt dabei maximal unpräzise und interpretationsoffen.

Insbesondere philosophisch interessant ist Kreittmayrs Stellung zur Korporation als *persona ficta* bzw. *persona mystica* oder *imaginaria*.¹⁷⁸ Pufendorfs naturrechtliche Lehre der *persona moralis*, bei der die Rechts- und Moralpersönlichkeit von dem „natürlichen Substrat“ gelöst wird, über-

176 Usadel, Die Korporation im Werk Kreittmayrs, 66; von Kreittmayr, Compendium Codicis Bavarici - Reprint der Ausgabe von 1768 (1990), 11: Part. I Cap. III § 3: „Nach dem Stand, welchen man nicht von der Natur, sondern menschlicher Anordnung, oder selbstiger Auswahl erlangt, werden die Personen [...] eingetheilt [...].“

177 von Kreittmayr, Compendium Codicis Bavarici – Reprint der Ausgabe von 1768, 10.

178 Usadel, Die Korporation im Werk Kreittmayrs, 69; Kreittmayr verwendet diese Begriffe synonym.

nimmt Kreittmayr nicht direkt. Der Übergang vom Sein des „natürlichen Substrats“ zum Sollen der Person will Pufendorf bewältigen, indem er das Normative zum Teil der Substanz als *ens morale* macht. Über einen Schüler¹⁷⁹ Pufendorfs rezipiert Kreittmayr indes Pufendorfs Ideen und verwendet den Ausdruck „gleichsam für einen Mann stehen“ als Grundlage seiner Statuslehre. Dabei kann eine einzelne natürliche Person mit ihrer *persona moralis* Teil mehrerer Rechtspersönlichkeiten sein. Etwa als eine (einzelne) bürgerliche Rechtsperson und daneben als Teil einer *persona moralis composita*, bei der „einzelne Menschen mittels eines ‚moralischen Bandes‘ verknüpft werden“¹⁸⁰ und dadurch im Recht „die Rolle einer einzelnen Person spielen können“¹⁸¹. Anlehnend an Pufendorf hat Kreittmayr eigentlich einen einheitlichen Personenbegriff, welcher die Rechtsperson vom natürlichen Substrat abstrahiert. Manche Rechtspersonen sind auf natürliche Einzelpersonen zurückzuführen, manche auf mehrere natürliche Personen. Eine Rechtsperson ist das rechtliche bzw. moralische Gegenstück zu *persona(e) naturalis* und daher für Pufendorf nicht fiktiv. Insofern erinnert Pufendorfs Argumentation an die Vaihingens,¹⁸² welcher (mit ähnlichen Gründen aber vollkommen gegenteiligem Ergebnis) jede Rechtsperson als fiktiv bezeichnen würde.

Inkonsequenterweise hält Kreittmayr aber an der gemeinrechtlichen vorherrschenden Lehre der Korporation als *persona ficta* fest, obwohl ihm seine philosophische Position einen anderen Weg weisen müsste.¹⁸³ Er geht dabei auch nicht folgerecht so weit, dass er wie Vaihinger auch die einzelne Rechtsperson als *persona ficta* bezeichnet. Insofern ist Kreittmayr immanent zu kritisieren, da er seine Vorstellungen zur Rechtsperson nicht konsequent umsetzt, sondern die vorherrschende weniger reflektierte Meinung adaptiert. Die Rechtspraxis war damit so nah wie nie zuvor an einer Übernahme von Erkenntnissen der Philosophie zur Fiktion in die Rechtspraxis.

Im Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten (ALR) findet sich eine aus dem römischen Recht bekannte Regelung in § 1199 XI ALR, demnach Mönche und Nonnen mit Eintritt in das Kloster als verstorben gelten im Sinne des bürgerlichen Rechts (sog. Klostertod). Sie verloren,

179 Johann Nicolaus Hert gem. Ibid., 79.

180 Ibid., 86.

181 Ibid., 94.

182 Dazu detailliert später, 69 ff.

183 Usadel, Die Korporation im Werk Kreittmayrs, 95 f.; als Erklärung hierfür führt Usadel Kreittmayrs Absicht an, „die Verabsolutierung der Staatsgewalt zu fördern.“ (Ibid., 96).

wie ein Verstorbener, sämtliche Rechte: Sie konnten weder Eigentum erwerben, Verträge abschließen usw. Die Rechtspersönlichkeit war dadurch von der physischen Existenz unabhängig. Der Tod, das Ende der Persönlichkeit, konnte im Recht zu einem fiktiven Rechtsinstitut geworden sein.

Im ALR findet sich in § 6 II 81 eine Nennung der moralischen Person, was auf Pufendorfs *persona moralis composita* anspielt, wobei auch hier noch nicht von einer zugrundeliegenden Theorie der juristischen Person gesprochen werden kann.¹⁸⁴

Der Code Civil prägte in Zentraleuropa das Institut des Bürgerlichen Todes (*mors civilis*), welches dem gemeinen Recht unbekannt war.¹⁸⁵ Zweck des Instituts ist die „Vernichtung der zivilen Rechtspersönlichkeit.“¹⁸⁶ Das umfasst das Recht zu Vererben, Eigentum zu haben, eine Ehe zu führen oder Verträge abzuschließen. Der Bürgerliche Tod nimmt folglich jedes Recht auf Rechte, nicht nur in zivilrechtlicher Hinsicht. Er negiert damit den Menschen als solchen, er nimmt ihm die Menschenwürde.¹⁸⁷

„Er war eine gesetzliche Fiktion, kraft derer ein lebender Mensch als tot betrachtet wurde und führte zur völligen Beraubung aller aus der positiven Gesetzgebung entspringenden Rechte.“¹⁸⁸

Seinen Ursprung hat es in der Organisation von Klöstern: Wer in einen Orden aufgenommen wurde, gab all seine Rechte an der Klostermauer ab. Neben der Funktion im religiösen Bereich wurde der Bürgerliche Tod auch als Strafe eingesetzt. Eine weitere Besonderheit ist die Theorie hinter der *personne juridique*. Als der Code Civil verfasst wurde, war die Philosophie Lockes und Rousseaus vorherrschend:

„Pour la philosophie du dix-huitième siècle et les publicistes de la Révolution française, il n’y a de droits que les droits individuels. Ce sont là des droits que l’individu apporte en naissant, droits qui préexistent à la forme sociale, et que la société doit consacrer à la suite d’une sorte d’abdication de chacune des individualités qui la composent. Vous reconnaissez la théorie du pacte social, déjà esquissée par Locke,

184 Dreier, Die juristische Person als Grundrechtsträger, 324.

185 Roth, Ausgestaltungen der Rechtsfähigkeit im 19. und 20. Jahrhundert, 39.

186 Ibid., 153.

187 Menschenwürde im Sinne Stephan Kirstes als „Recht auf Anerkennung als Rechtsperson“; siehe Kirste, Die Hermeneutik der Personifikation im Recht, ARSP 2015, 484 f.

188 Roth, Ausgestaltungen der Rechtsfähigkeit im 19. und 20. Jahrhundert, 149.

et systématisée par Rousseau. [...] Philosophiquement, pensait-on, il n'y a pas de droit de la collectivité qui soit autre chose que la somme des droits individuels dont elle est l'émanation.¹⁸⁹

Dass alle Rechte nur vom Individuum ausgehen, auf das natürliche Substrat referiert wird, erinnert an sog. beseelende Fiktionen und weist einen geringen Abstraktionsgrad auf.¹⁹⁰ Im ABGB ist bereits 1811 in § 26 festgelegt:

„Im Verhältnisse gegen andere genießen erlaubte Gesellschaften in der Regel gleiche rechte mit den einzelnen Personen.“

Dem liegt aber, wie auch beim ALR, noch kein ausgearbeitetes System der juristischen Person zugrunde. Daher soll es hier nicht weiter verfolgt werden.

IV. 19. Jahrhundert

Viele Fiktionen finden sich auch zu dieser Zeit wieder im Bereich der Rechtsfähigkeit. Ihren Höhepunkt im Hinblick um die Diskussion über Fiktionen erstmaligen Moment der bewussten Diskussion von Fiktionalität im Recht ist die von Savigny angestoßene Diskussion um die juristische Person. Wenden wir uns zunächst Savigny zu.

1. Friedrich Carl von Savigny

Friedrich Carl von Savigny, Vertreter der romanistischen Schule, stellt die wohl berühmteste Theorie im Streit um die juristische Person auf: Die Fiktionstheorie. Sein Ausgangspunkt ist die Frage, wer Subjekt des Rechts

189 *Saleilles*, De la Personnalité Juridique: Histoire et Théories, 3 f., eigene Übersetzung: „Für die Philosophie des 18. Jahrhunderts und die Publizisten der Französischen Revolution gibt es nur individuelle Rechte. Das sind Rechte, die dem Einzelnen kraft seiner Geburt zukommen, Rechte, die der sozialen Form vorausgehen, und die die Gesellschaft als einer Art von Abdankung der sie bildenden Individualitäten weihen muss. Sie erkennen die Theorie des Gesellschaftsvertrages an, die bereits von Locke skizziert und von Rousseau systematisiert wurde. Philosophisch gesehen, so wurde gedacht, gibt es kein Recht der Gemeinschaft, das etwas anderes ist als die Summe der individuellen Rechte, aus denen sie hervorgeht.“

190 Vergleiche zu Parallelen *Kirste*, Hermeneutik der Personifikation im Recht, 482.

sei.¹⁹¹ Und seine Antwort ist, dass es der Mensch ist – genauer gesagt ermöglicht durch die moralische Freiheit des Menschen. Im Zivilrecht (welches Savigny vornehmlich untersucht) sei deren Ausdruck die Privatautonomie. Daher ist das ursprüngliche Subjekt des Rechts stets der Mensch.¹⁹² Jedoch nicht jeder Mensch: Nur solche, welche ihren freien Willen ausüben könnten. Damit schließt er beispielsweise Kinder und geistig beeinträchtigte Personen aus.¹⁹³

Er löst den Personenbegriff von seinem empirischen Substrat und destilliert einen abstrakten (Rechts-)Begriff der Person. Dieser kann nun, losgelöst von der Empirie, auch Konstruktionen erfassen, welche der ursprüngliche empirische Personenbegriff nicht zu erfassen vermochte: Die Grundlage für die juristische Person ist geschaffen. Interessant ist nun, wie Savigny darauf kommt, die vom neuen Begriff erfassten Konstruktionen als Fiktionen zu bezeichnen. Savigny ist sich der Unterschiedlichkeit des „empirischen Personenbegriffs“ und seines Rechtsbegriffes der Person bewusst. Er sieht durch die Brille des empirischen Begriffs, dass sein Rechtsbegriff mit der juristischen Person eine Konstruktion erfasst, die normalerweise nicht erfasst werden könnte. Daher nennt er die Konstruktion der juristischen Person eine Fiktion.

Problematisch ist, dass Savigny hierbei nicht konsequent zu sein scheint: Würde er die soziale, empirische Ebene von der Rechtsebene sauber trennen, müsste er alle oder keine vom Rechtsbegriff der Person erfassten Konstruktionen als Fiktionen bezeichnen. Dies umfasst v.a. das natürliche Rechtssubjekt und die juristische Person.¹⁹⁴ Der Rechtsbegriff der Person sei ein „reiner“, „transzendentalphilosophischer Begriff im kantischen Sinne“, welcher „gerade keiner Fiktion bedürfe,“ wie Chris Thomale unter Zustimmung von Oliver Lembcke, Rolf Gröschner und Stephan Kirste behauptet. Betrachte man nur das Recht ohne jegliche empirischen Verbundenheiten, wäre die juristische Person keine Fiktion. Savigny unterlaufe ein Kategorienfehler.

Diese Kritik könnte erstens dann angemessen sein, wenn Savigny eine solche Trennung vornehmen wollte, sie dann aber letztendlich nicht umsetzt. Man missversteht Savigny, wenn man annimmt, dass sich dessen Fiktionsbegriff mehr auf die Philosophie Immanuel Kants als auf das Ver-

191 *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, § 1.

192 *Ibid.*, § 60.

193 *Ibid.*, § 90.

194 Im Hinblick auf spätere Ausführungen sei bereits hier auf die neue Konstruktion der Flüsse als Rechtspersonen (Neuseeland, März 2017), verwiesen.

ständnis von Fiktionen im römischen Recht stütze. Für Savignys Werk ist die Auseinandersetzung mit dem römischen Recht zentral. Und der Fiktionsbegriff im römischen Recht ist gerade kein rechtsimmanenter, kein rechtsdogmatischer Begriff, welcher die soziale Realität ausblendet. Der römisch-rechtliche Fiktionsbegriff ist geprägt durch seine Funktion der Rechtsfortbildung, bei der kontrafaktische Annahmen getroffen wurden. Die Kontrafaktizität, der Widerspruch von juristischem Sachverhalt und sozialen Tatsachen, war Kernbestandteil der Fiktion im römischen Recht. Daher kommt Savigny überhaupt erst auf die Idee, den Blick von der reinen Rechtsebene auf die soziale Wirklichkeit zu lenken. Dies stimmt auch überein mit seiner Grundhaltung, dass das Recht im Volk entstehe – der Blick von der reinen Rechtsebene zur sozialen und sprachlichen Wirklichkeitsebene ist für Savigny prägend. Wenn er einen Rechtsbegriff konstruiert, welcher inhaltlich nicht dem sozialen, empirischen „Alltagsbegriff“ entspricht, dann müssen die von diesem Begriff erfassten Konstruktionen für Savigny gleich dem römisch-rechtlichen Fiktionsverständnis als Fiktion erscheinen. Eine immanente Kritik des Kategorienfehlers greift hierbei also nicht, da Savignys Fiktionsbegriff auf etwas anderes abzielt, als ihm unterstellt wird: Thomale hat einen allein auf das Recht bzw. die Rechtsebene beschränkten Blick. In diesem erscheint ein Rechtsbegriff nicht als fiktiv:

„Das Wesentliche an Savignys Lehre von der juristischen Person ist nicht die Fiktion eines Rechtssubjekts, das ‚eigentlich‘ nicht existiert, sondern es ist der Vernunftbegriff des Rechtssubjekts selbst, der wegen seiner Reinheit keiner Fiktion bedarf. [...] Die Fiktion ist hier lediglich ein naturalistisches Darstellungsmittel [...]. Wer diese Metapher als Begriff missversteht, verfehlt ihren eigentlichen Sinn [...].“

Savigny hat jedoch immer das Verhältnis von Recht und sozialer Wirklichkeit im Blick, wie es ihm aus dem römischen Recht bekannt war. Er löst den Rechtsbegriff zwar inhaltlich vom „Alltagsbegriff“, sieht hierbei aber immer noch die ursprüngliche Referenz:

„Alles Recht ist vorhanden um der sittlichen, jedem einzelnen Menschen innewohnenden Freyheit willen. Darum muß der *ursprüngliche Begriff der Person* [Hervorhebung K.A.] oder des Rechtssubjects zusammenfallen mit dem Begriff des Menschen, und diese ursprüngliche

Identität beider Begriffe lässt sich in folgender Formel ausdrücken: Jeder einzelne Mensch, und nur der Mensch, ist rechtsfähig.¹⁹⁵

Und in diesem referentiellen Verständnis ist eine juristische Person eine Fiktion. Es kommt somit auf den Blickwinkel an auf das, was man mit der Bezeichnung „Fiktion“ aussagen möchte. Für Savigny ist Fiktionalität eine Eigenschaft eines Rechtsinstituts, genauer:

1. Eigenschaft eines Rechtsinstituts (hier: Rechtssubjekt/Rechtspersönlichkeit)
2. Der Rechtsbegriff (Rechtspersönlichkeit) hat ursprünglich auf einen Alltagsbegriff (Persönlichkeit) referiert
3. Das Rechtsinstitut (Rechtssubjekt) wird nicht vom ursprünglichen Alltagsbegriff erfasst

Thomales Kritik greift also insofern nicht, als er Savigny ein anderes Fiktionsverständnis unterstellt. Fraglich ist, ob dieser referentielle Fiktionsbegriff bereits normative Implikationen enthält, d.h. wie sich das Recht zur sozialen Wirklichkeit verhalten sollte, oder ob er auch rein deskriptiv verwendet werden kann.¹⁹⁶

2. Rudolf von Jhering

„Und doch ist die Sache so außerordentlich einfach.“¹⁹⁷

Rudolf von Jhering sieht Fiktionen als Teil der von ihm sog. künstlichen Mittel „die im Interesse der juristischen Ökonomie in Anwendung gebracht“¹⁹⁸ werden.

„Dieselben [die künstlichen Mittel, Anm. KA] lassen sich auf drei Klassen zurückführen [...]: die Konstruktionshandlungen, die Scheingeschäfte und die Fiktionen.“¹⁹⁹

195 Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, II § 60.

196 Anknüpfend an Savignys noch mehr unbewusst als bewusst vorliegendes Fiktionsverständnis soll später mit Hilfe der Institutionentheorie ein eigener Fiktionsbegriff entwickelt werden. Savignys Verständnis bleibt hierbei nämlich noch zu unpräzise, da sich nicht ableiten lässt, ob er in sozialen Institutionen bzw. rechtlichen Instituten denkt oder in Begriffen, d.h. ob er ein sozialphilosophisches oder sprachphilosophisches Verständnis hat. Mehr dazu beim Kapitel der fiktiven Institute, 265 ff.

197 Jhering, Geist des römischen Rechts, 303.

198 Ibid., 277.

199 Ibid., 277.

Zunächst sei die Oberkategorie näher betrachtet: Bei der Fiktion würde es sich um ein Mittel im Interesse der juristischen Ökonomie handeln. Darunter versteht Jhering das „Gesetz der logischen Sparsamkeit“ bzw. „der Kunst sich in geschickter Weise mit dem Vorhandenen zu behelfen.“²⁰⁰ Diesem Erfordernis genüge man, in dem man „nicht verschwendet, d.h. nichts Überflüssiges postuliert.“ Eingeschränkt sei dieser Grundsatz aber dann, wenn der Rechtsverkehr durch etwas Neues herausgefordert sei – dann müsse er diesen neuen Begriff aufnehmen.

Jhering unterscheidet zwischen sog. historischen und dogmatischen Fiktionen.²⁰¹ Erstere dienen laut Jhering dazu, Rechtsbegriffe weiterzuentwickeln. Letztere wären Mittel zur Gestaltung des Rechts, quasi Hilfsbegriffe des Rechts, und von ersteren vollkommen verschieden.

a. „Historische Fiktionen“

Die von ihm sog. historischen Fiktionen sind jene des römischen Rechts, welche sich auch im heutigen *Common Law* finden und geprägt sind durch den Zweck der „Erleichterung der Anknüpfung eines neuen Rechtssatzes an das bisherige Recht.“²⁰² Er nennt sie historisch, weil dies an die „historische Verknüpfung des Neuen mit dem Alten“²⁰³ erinnere.

Ganz ähnlich wie Henry Sumner Maine²⁰⁴ sieht Jhering in den Fiktionen als ein rechtstheoretisches Mittel eines Zwischenstadiums in der Entwicklung des Rechts an:

„Was die älteste Jurisprudenz mit dem unbeholfenen Mittel des Scheingeschäfts, die mittlere mit dem schon etwas gelenkigeren der Fiktion, das beschaffte die klassische in der höchsten und letzten Form, der analogen Ausdehnung.“²⁰⁵

Primärer Zweck von Fiktionen sei die analogische Erweiterung und Klassifizierung von Rechtskonzepten.²⁰⁶ Die historischen Fiktionen hätten „im

200 Ibid., 278.

201 Ibid., 306.

202 Ibid., 308.

203 Ibid., 309, Fn. 422a.

204 Siehe Kapitel im *Common Law* zu Henry Sumner Maine.

205 Jhering, *Geist des römischen Rechts*, 310.

206 Lind, *The Pragmatic Value of Legal Fictions*, in: Del Mar/Twining (Hg.), *Legal Fictions in Theory and Practice*, 85.

theoretischen Notstand [...] eine gewisse Berechtigung.“²⁰⁷ Grundsätzlich seien sie aber – wie auch schon die Scheingeschäfte²⁰⁸, eine „technische[] Notlüge“. ²⁰⁹

Daran schließt er allerdings große Einschränkungen an: Die Fiktion würde „den Fortschritt“ erleichtern, ihn „möglich [...] machen zu einer Zeit, wo es der Wissenschaft noch an der Kraft fehlen würde, die Aufgabe in der ihr entsprechenden Gestalt zu meistern.“²¹⁰

„Ohne die Fiktionen wären manche einflußreichen Änderungen des römischen Rechts wahrscheinlich erst in viel späterer Zeit erfolgt. Es ist leicht zu sagen, Fiktionen seien Notbehelfe, Krücken, deren sich die Wissenschaft nicht bedienen solle. Sobald letzere ohne sie fertig werden kann, gewiß nicht“ Aber immer besser, daß sie mit Krücken geht, als ohne Krücken ausgleitet oder sich nicht aus der Stelle bewegt.“²¹¹

Trotz all dieser Einschränkungen läge aber in jeder Fiktion „für die Wissenschaft die Mahnung, sie möglichst bald durch ein vollkommenes [Mittel, Anm. KA] zu ersetzen.“²¹²

Die Fiktionen in der Rechtsfortbildung seien auch jene, die man im „englischen Recht[]“²¹³ antreffen würde. Dies würde zeigen, dass Fiktio-

207 Jhering, Geist des römischen Rechts, 306.

208 Jhering sieht „Scheingeschäfte“ als Zeichen des Verfalls der römischen Gesellschaft: Es würden Ehen eingegangen „um den Nachteilen der Ehelosigkeit zu entgehen“ (Ibid., 267), Scheinadoptionen und Scheinemanzipationen von Kindern durchgeführt, um Vorteile zu erlangen oder gewissen Rechtsfolgen zu entgehen. Er kritisiert die „Gleichgültigkeit gegen das wahre Wesen der Dinge“ (Ibid., 266), wie zum Beispiel der Ehe, „jene[n] formalistischen Nihilismus“ (Ibid.). „Die Römer haben die Scheingeschäfte nicht umsonst gehabt!“ (Ibid.), sowie die Preisgabe des Ethischen sind Jherings gravierende Vorwürfe. Diese resultierten aus „dem strengen Festhalten des juristischen Moments.“ (Ibid.)

209 Jhering, Geist des römischen Rechts, 305: Jhering versteht „Lüge“ hier vermutlich nicht in einem alltagssprachlichen Sinn, da er sie sonst wohl negativ konnotieren würde. Es ist also von einem „technische[n], juristisch-begriffliche[m]“ (Bülow, Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten, in: AcP 1879, 8) Verständnis auszugehen in diesem Kontext.

210 Jhering, Geist des römischen Rechts, 305.

211 Ibid.

212 Ibid., 306; Auffallend ist, wie eng verzahnt Jhering Wissenschaft und Praxis sieht: Die Wissenschaft würde das Recht quasi schreiben, hätte beinahe gesetzgeberische Verantwortungen.)

213 Ibid., 305.

nen nicht nur ein rein römisch-rechtliches Phänomen seien, sondern generell auftreten „auf einer gewissen Stufe der juristischen Entwicklung.“²¹⁴

b. „Dogmatische Fiktionen“

Zu den dogmatischen Fiktionen zählt Jhering beispielsweise die juristische Person. Auch er geht davon aus, dass die juristische Person, d.h. eine „nichtnatürliche Person [...] als Träger von Rechten und Pflichten“, nur als Fiktion gedacht werden kann.

„[Diese] Fiktion [der juristischen Person richtet, Anm. KA], an unsere Vorstellung ganz dieselbe Aufforderung, wie die obigen [historischen, Anm. KA], sich nämlich das tatsächliche Verhältnis anders zu denken als es wirklich ist, statt der einzelnen Mitglieder der Zunft sich ein gedachtes Wesen, die Zunft als Subjekt vorzustellen.“²¹⁵

Die dogmatischen Fiktionen sei, trotz dem gemeinsamen Merkmal der Kontrafaktizität mit den sog. historischen Fiktionen, ganz anderer Natur und durch die spezielle Form und den Zweck gekennzeichnet:²¹⁶ Der Zweck sei „die Erleichterung der juristischen Vorstellung.“²¹⁷ Eigentlich, so gibt Jhering zu verstehen, sieht er diesen Typus nicht unbedingt als Fiktion, aber er will auch nicht „dem Sprachgebrauch [...] entgegentreten.“²¹⁸ Dem Typus will Jhering aber nicht weiter nachgehen, sondern ihn in seiner abgrenzenden Funktion zur historischen Fiktion verstehen.²¹⁹

c. Rechtsfolgenverweisungen

Jhering äußert sich auch zu dem, was heute gemeinhin als Fiktion im *Civil Law* bezeichnet wird: Den rechtsfolgenverweisenden „Fiktionen“. Er hält diese Verweisungstechnik nicht für Fiktionen, sondern lediglich für Verweisungen.²²⁰ Gemeinsam sei (historischer) Fiktion und Verweisung die

214 Ibid., 306.

215 Ibid., 308.

216 Ibid., 306 f.

217 Ibid., 308.

218 Ibid.

219 Ibid.

220 Ibid., 307.

Gleichstellung, „aber nicht jede Gleichstellung ist eine Fiktion.“²²¹ Unterscheiden würde sich die Fiktion in der „Form, in welcher sie dieselbe (Gleichstellung) vermittelt“²²² und im „Zweck, wessentwegen sie dies tut.“ Der Zweck sei die „Erweiterung des Rechtssatzes“,²²³ eine „Verweisung“²²⁴, welche verschleiert würde. Form sei eine Bezugnahme auf einen anzuwendenden Rechtssatz durch eine „gewaltsame“ Pressung „der juristischen Vorstellung“²²⁵ eines ersten in eine „andere Gestalt“.²²⁶ Im Gegensatz zu den sog. dogmatischen Fiktionen, welche der Erleichterung der juristischen Vorstellung dienten, ist diese Art der Verweisung bei Jhering also negativ konnotiert.

d. Resümee

Jhering stellt klar, dass die Römer schon immer mit Scheingeschäften bzw. simulierten Handlung gearbeitet hätten. Ihnen sei dabei aber nicht bewusst gewesen, wo der präzise Unterschied zwischen simulierter Handlung, wie bei der *traditio*, Scheingeschäften, wie der Scheinehe, und Fiktionen läge.²²⁷ Der Grundgedanke, dass etwas vorgegeben wird, was dann tatsächliche Rechtsfolgen nach sich zieht, wäre unstrukturiert vorhanden. Doch die Zeit der „künstliche[n] Mittel“ wie des Scheingeschäfts und der Fiktion, sei mit „klassischen Zeit [...]“ vorüber.“

Was bleibt, ist eine differenzierte Betrachtung des Problems auf zehn Seiten, welche alle drei zu diskutierenden Typen, die als Fiktionen in Betracht kommen, erfasst. Dabei sind die rechtsfortbildenden „historischen Fiktionen“ durch den Richter zur konservativen Weiterentwicklung des Rechts der nach Jhering eigentliche Grundtypus von Fiktionen im Recht. Diesen bewertet er als eingeschränkt positiv – von Nutzen sei er nur in einer bestimmten Phase der Rechtsentwicklung. Die sog. dogmatischen Fiktionen, welche er nur oberflächlich anspricht und als deren Beispiel er die juristische Person nennt, sieht er grundsätzlich nicht als Fiktion. Sie hätten den Zweck der Erleichterung der juristischen Vorstellung und wären durch ihre Kontrafaktizität geprägt. Die juristische Vorstellung eben-

221 Ibid., 306.

222 Ibid.

223 Ibid., 307.

224 Ibid.

225 Ibid.

226 Ibid.

227 Ibid., 281 (in der Fußnote).

falls verändernd, aber in negativer Weise, seien die Rechtsfolgenverweisungen, bei welchen es sich nicht um Fiktionen handelte, auch wenn sie wie die Fiktion die Gleichstellung zweier Tatbestände anordneten. Sie sind bei Jhering negativ konnotiert, da sie die Erweiterung eines Rechtssatzes verschleiern würden.

3. Gustav Demelius

Gustav Demelius liefert 1858 einen entscheidenden Beitrag zur Interpretation der Fiktionen im römischen Recht mit seiner Schrift: „Die Rechtsfiktion in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung“. Er konzentriert sich vor allem auf die historischen Ursprünge der *fictio iuris*.²²⁸ Er thematisiert die allmähliche Abstraktion im römischen Sakralwesen von Menschenopfern hin zu der Opferung von Tonfiguren (*in sacris simulata pro veris accipiuntur*) und schließlich der Übertragung dieser Grundsätze in das geschriebene römische Recht.²²⁹ Hierbei ist ganz klar, dass die geopfer- te Tonfigur nicht den Ansprüchen der Götter entspricht, aber als Äquivalent akzeptiert wird. Aus der Sicht der gläubigen Römer sind die Anforderungen der Götter erfüllt. Es ist wahr, dass das Opfer dargebracht wurde. Der Vorwurf der Lüge ist in deiner Denkart von der Fiktion nicht mehr vorhanden.²³⁰ Man kann also von einer aus dem Sakralwesen übertragenen Denkweise sprechen, welche die Voraussetzung für die römischen Fiktionen geschaffen hat.²³¹

4. Oskar Bülow

Oskar Bülow setzt sich 1879 ausführlicher mit Fiktionen auseinander im Aufsatz „Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten“. Er unterscheidet zwischen den Fiktionen durch den Gesetzgeber und jenen durch die Rechtspraxis: Fiktionen durch den Gesetzgeber hält Bülow für gewinn-

228 Esser, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen¹, 35.

229 Demelius, Die Rechtsfiktion.

230 Wenn man etwa an Platons Aussage denkt, dass alle Dichter Lügner seien.

231 Demelius folgend: Hackl, in: FS Hermann Seiler, 120 f. Zu meiner Einschränkung, dass zu dieser Abstraktionsleistung noch die *aequitas* hinzutreten musste, s.o., im Kapitel zu den Ursprüngen der Fiktion.

bringend, da sie die Vorteile einer Fiktion ohne die damit oft einhergehenden Nachteile mit sich bringen würden:

„Der Gesetzgeber stellt sich zwar vermittelt des Kunstgriffs der Fiktion so an, als ob er in eine Scheinwelt hinübergriffe. Aber es ist ein gar ehrbares nüchternes Spiel, das er treibt: es wird dem Ernste und der Würde von Gesetz und Recht nicht das mindeste vergeben. [...] [S]o giebt er doch aufs handgreiflichste zu erkennen, daß das, was der Richter sich vorstellen soll, nicht wahr sei, und ist auch weit entfernt davon, irgend Jemandem den Glauben an eine solche arge Unwahrheit [...] zuzumuten.“²³²

Die alte sprachliche Fassade des Rechts soll aufrecht erhalten bleiben. Dabei käme es nach Bülow aber zu keiner Verdeckung, da Fiktionen ausreichend sprachlich gekennzeichnet wären.²³³ Bülow bezieht sich im Punkt der Wahrheit auf Jhering und kommt zu dem Schluss, dass es der Fiktion durch den Gesetzgeber gegenüber der „mit Täuschungsabsicht vorgebrachte[n] thatsächliche[n] Unwahrheit“ an der „Absicht der Täuschung über die Wahrheit von Thatsachen“²³⁴ mangeln würde. Er schließt:

„Mir scheint daher die Fiktion eher mit den conventionellen scheinbaren Unwahrheiten vergleichbar, deren man sich zur Vereinfachung des Geschäftsverkehrs und der Umgangsformen zu bedienen pflegt, ohne Jemandem [sich] den Glauben an ihre Wahrhaftigkeit zuzumuthen.“²³⁵

In Bezug auf die Fiktionen durch die Rechtswissenschaft kommt Bülow zum gegenteiligen Schluss:

„Die wissenschaftliche [...] Fiktion ist eine *contradictio in adjecto*, eine Selbsttäuschung, ja eine Bankrotterklärung der Wissenschaft!“²³⁶

„Diese Täuschung [dass nicht existierende Tatsachen für das Recht doch existieren, Anm. KA] hat die wissenschaftliche Entwicklung in unberechenbarer Weise zurückgehalten. Die [...] Fiktion hat viele bedeutende Rechtswahrheiten so dicht verhüllt, daß nicht einmal der Versuch gemacht worden ist, ihnen nachzuspüren.“²³⁷

232 Bülow, Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten, AcP 1879, 8.

233 Ibid., 7 f.

234 Ibid., 8.

235 Ibid.

236 Ibid., 7.

237 Ibid., 9.

Er hält Fiktionen also nicht nur selbst für Täuschungen gegenüber dem Rechtsadressaten, sondern noch vielmehr für eine Täuschung der Wissenschaftler selbst. Hilfskonstruktionen würden in ihrem wahren Charakter verkannt und dadurch zu einer Gefahr für die Wissenschaft. Ein häufig anzutreffendes Projekt in der Rechtswissenschaft in Bezug auf Fiktionen sei deren Enttarnung.²³⁸ Bei dieser Enttarnung dürfe man aber nicht stehen bleiben – die Fiktionen müssten aus der Rechtswissenschaft verbannt werden.

„Für die Rechtswissenschaft enthält jede Fiktion die deutliche Mahnung, den wahren Sach- und Rechtsverhalt, der durch den Schein der Unwahrheit verdeckt wird, zu entdecken und zu ergründen. Jede Fiktion ist ein ungelöstes Problem und stellt sich selbst als solches dar.“²³⁹

Ein letztes Positives kann Bülow dann gerade doch noch finden:

„Ein Verdienst kann der dogmatischen Fiktion nicht abgesprochen werden: sie erleichtert es ungemein, ergiebige rechtswissenschaftliche Themata ausfindig zu machen.“²⁴⁰

Für Bülow steht also die Erkennbarkeit von Fiktionen im Zentrum jeder Bewertung bzw. Rechtsfertigung. Sobald eine Fiktion nicht mehr als solche erkennbar ist, ist sie in seinen Augen nicht mehr zu rechtfertigen. Davon unabhängig seien Fiktionen in der Rechtswissenschaft grundsätzlich nicht hilfreich, da sie die Wahrheitsfindung verlangsamen würden. Dass Konstruktionen wie beispielsweise der Gesellschaftsvertrag oder die juristische Person aber gerade auch Errungenschaften der Rechtswissenschaft sein könnten, sieht Bülow nicht.

V. 20. Jahrhundert

Zu Beginn des 20. Jahrhunderts kommt es nochmals zu einigen Auseinandersetzungen mit der im vorherigen Jahrhundert vorherrschenden Debatte um die juristische Person und damit auch der Fiktionstheorie Savignys. Es setzt allmählich ein Perspektivwechsel ein, demgemäß alle Personen im Recht eigentlich juristische, weil durch das Recht konstruierte, Persönlich-

238 Ibid.

239 Ibid., 6.

240 Ibid., 9.

keiten seien.²⁴¹ Der Diskurs in diesem Bereich bleibt allerdings weiterhin den Rechtswissenschaftlern vorbehalten.

Daneben kommt es zur Erstausgabe von Hans Vaihingers „Die Philosophie des Als Ob“ im Jahr 1911. Die Reaktionen auf das interdisziplinäre Werk sind ebenfalls interdisziplinär und sehr angeregt; es kommt zu zwei Zeitschriftenreihen, die sich nur dem Werk Vaihingers widmen. Auffallend ist hierbei insbesondere der Aufsatz von Hans Kelsen von 1919, welcher die philosophische und die juristische Debatte verbindet in Bezug auf dogmatische Fiktionen. Mit Josef Essers Habilitationsschrift 1940 kommt es zur ersten größeren Auseinandersetzung mit dem Thema der Fiktionalität im Recht.

1. Hans Vaihinger

Prägend für die heutige Diskussion ist Hans Vaihingers erkenntnistheoretischer Fiktionsbegriff, welchen er in Anlehnung an Kant entwickelt. Er begründet den philosophischen Standpunkt des Fiktionalismus, welcher zur Grundidee hat, dass es bei Aussagen eines Diskurses nicht auf die unbedingte Wahrheit ankommen muss, wenn die Fiktionen „nützlich, hilfreich und funktionsfähig“²⁴² seien. Dieser Standpunkt findet sich heute weit gestreut in Wissenschaftstheorie, Metaethik, Ontologie, Logik und Ästhetik.²⁴³ Auch wenn sein Einfluss auf die juristische Praxis als sehr gering eingeschätzt werden muss, könnte sein Einfluss auf die deutschsprachige Wissenschaft kaum zu hoch eingeschätzt werden. Die „Philosophie des Als-Ob“ erlebte 10 Auflagen, wurde in zahlreiche Sprachen übersetzt und stieß sogar zwei Zeitschriftenreihen an. Sie vermochte es, einen von Biologen und Physikern bis zu Hans Kelsen reichenden interdisziplinär Dialog anzustoßen. Die Bedeutung des Werkes und seine internationale Bekanntheit sind daher kaum zu übertreffen. Zu verdanken ist die internationale Bekanntheit vor allem der Übersetzung ins Englische durch C.K. Ogden. Zum Verständnis anderer theoretischer Positionen ist die „Philosophie des Als-Ob“ daher unumgänglich. Vaihinger war geprägt von seiner Zeit am theologischen Tübinger Stift, an welchem er Philosophie studierte. Die Zeit dort schloss er am 7. August 1874 mit dem Doktordiplom ab für seine

241 So beispielsweise *Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 28: „Es gibt daher keine natürliche, sondern nur eine juristische Persönlichkeit.“

242 *Wagner*, Fiktion/Fiktionalismus, 710.

243 *Ibid.*, 710.

Schrift „Die neueren Theorien des Bewußtseins“.²⁴⁴ Im Januar 1877 hat er sich mit der Schrift „Logische Untersuchungen. I. Teil: Die Lehre von der wissenschaftlichen Fiktion“ bei Ernst Laas in Straßburg habilitiert. Diese floss maßgeblich in die „Philosophie des Als-Ob“ von 1911 ein.²⁴⁵ Vaihingers grundlegende Frage in diesem Werk ist:

„Wie kommt es, daß wir mit bewußtfalschen Vorstellungen doch Richtiges erreichen?“²⁴⁶

Bei der Untersuchung dieser Frage schließt er ästhetische Fiktionen aus, weil sich diese grundlegend von den wissenschaftlichen unterscheiden würden.²⁴⁷ Erstere zielten darauf ab, „gewisse erhebende oder sonst wichtige Empfindungen in uns zu wecken“,²⁴⁸ wohingegen letztere auf eine Erkenntniserweiterung abzielten. Gemeinsamkeiten sieht Vaihinger dabei, dass beide letztendlich „höhere Zwecke“ anstrebten.²⁴⁹ Dies sei aber bei der wissenschaftlichen Fiktion die Wahrheit, bei der ästhetischen die Schönheit.²⁵⁰ Die Rechtfertigung solcher bewusst falschen Vorstellungen in der Wissenschaft sieht er in der Nützlichkeit der Vorstellungen für die Erkenntniserweiterung.

Während seines Studiums der Mathematik stieß Vaihinger auf Beispiele für Fiktionen in seinem Sinne und hob bereits in seiner Korrespondenz 1876 die Bedeutung der Fiktionen in der Mathematik und im Recht für seine Idee der Fiktion hervor:

„Ich hatte in den gewöhnlichen Lehrbüchern der Logik es als eine große Lücke empfunden, daß darin die besonders in der Mathematik und in der Jurisprudenz vorkommende Fiktion, d.h. eine bewußt falsche Annahme, gar nicht erörtert wurde, und daß, wo solche Gebilde, solche Als-Ob-Vorstellungen, wie zB das Unendlichkleine, gestreift wurde, sie mit den Hypothesen verwechselt wurden.“²⁵¹

244 *Simon*, Chronologie Hans Vaihinger, 22.

245 *Ibid.*, 33; Die Schrift gilt als verschollen und soll nach Vaihingers Angaben den ersten Teil der „Philosophie des Als-Ob“ darstellen.

246 *Vaihinger*, Die Philosophie des Als Ob¹, VII.

247 *Ibid.*, 129 ff.

248 *Ibid.*, 131.

249 *Ibid.*

250 *Ibid.*, 136.

251 *Simon*, Chronologie Hans Vaihinger, 32.

a. Fiktionen im Allgemeinen

Vaihinger rückt das „als ob“ in den Fokus. Damit fokussiert er die Diskussion auf eine ontologische Ebene: Beim „als ob“ ginge es um eine gespielte Identität zweier Entitäten.

„Als eigentliche Fiktionen im strengsten Sinne des Wortes stellen sich solche Vorstellungsgebilde dar, welche nicht nur der Wirklichkeit widersprechen, sondern auch in sich selbst widerspruchsvoll [...]. Von ihnen zu unterscheiden sind solche Vorstellungsgebilde, welche nur der gegebenen Wirklichkeit widersprechen, resp. von ihr abweichen, ohne schon in sich selbst widerspruchsvoll zu sein [...]. Man kann die letzteren als Halbfiktionen, Semifiktionen bezeichnen.“²⁵²

Eine Fiktion ist für Vaihinger daher ein Vorstellungsgebilde, das in der Wirklichkeit keinen Vertreter findet, bzw. aus erkenntnistheoretischer Perspektive: ein Vorstellungsgebilde, welches im Abbild der Wirklichkeit keinen Vertreter findet.

Vaihinger unterscheidet Fiktionen im engeren Sinne und solche im weiteren Sinne. Die im engeren Sinne, die sogenannten eigentlichen Fiktionen, widersprechen dabei der Realität und sich selbst. Sich selbst widersprechen bedeutet im Sinne Vaihingers, dass die Annahme nicht einmal den Anspruch verfolge, die Realität zu reflektieren.²⁵³ Die Semifiktionen widersprechen nur der Wirklichkeit. Welche Art von wissenschaftlicher Fiktion vorliegt, d.h. eine echte oder bloße „Semifiktionen“, hänge dabei vom Grad der Widersprüchlichkeit ab.²⁵⁴

„Alle Fiktionen sind [...] auf Vergleichen, Analogien zurückzuführen [...]. Das ist zugleich auch der Unterschied der Semifiktionen und der echten Fiktionen: bei jenen ist die vergleichende Apperzeption eine direkte: [...] ebenso endlich bei der juristischen Fiktion. Bei den echten Fiktionen bedarf es eines Mittelgliedes, um die Vergleichung herzustellen; dieses Mittelglied muss [...] widerspruchsvoll [sein].“²⁵⁵

Beispiele für eigentliche Fiktionen seien Ideale, wie zum Beispiel die Freiheit. Die Semifiktionen unterscheidet Vaihinger nochmal danach, ob sich

252 *Vaihinger*, Die Philosophie des Als Ob¹, 24.

253 Dieser Gedanke wird später als Kriterium der Artifizialität wieder verändert aufgegriffen.

254 *Vaihinger*, Die Philosophie des Als Ob¹, 24, 172.

255 *Ibid.*, 157.

diese durch die Veränderung der Wirklichkeit oder durch die Annahme eines „ganz Unwirklichen“ entstehen. Beispiel für Semifikationen, welche durch die Veränderung der Wirklichkeit entstehen und die Hauptgruppe ausmachen, identifiziert Vaihinger summatorische, personifikative, juristische, symbolische, schematische, abstraktive Fiktionen und die künstliche Klassifikation. Semifikationen, bei denen ein Imaginäres angenommen wird, seien heuristische Fiktionen.²⁵⁶ Darunter versteht Vaihinger beispielsweise das ptolemäische Weltbild.²⁵⁷

Ganz wesentliches Merkmal ist für Vaihinger der *Zweck* der wissenschaftlichen Fiktionen.

„Hierin [in der Zweckmäßigkeit, Anm. KA] liegt eigentlich der Schwerpunkt unserer Auffassung, durch den sie sich von den bisherigen Auffassungen wesentlich unterscheidet.“²⁵⁸

Er ist sogar derart auf den Zweck der Fiktionen fixiert, dass andere Merkmale oft zu sehr in den Hintergrund treten. Die bewusste Abweichung von der Wirklichkeit sei auch nicht das Wesentliche, sondern die „Zweckmäßigkeit der Abweichung.“²⁵⁹ Da die Frage nach der Wirklichkeit und der Erkenntniserweiterung stark erkenntnistheoretisch aufgeladen sind, ist es von Interesse, dass Vaihinger selbst sich sehr stark mit Kant auseinandergesetzt hat. Er möchte in seiner Schrift der „Philosophie des Als-Ob“ einen „idealistischen Positivismus“ bzw. einen „positivistischen Idealismus“²⁶⁰ begründen. Bei der Wirklichkeit unterscheidet er die Perspektiven des Logikers und des Erkenntnistheoretikers:

„Der Logiker kann [...] die Vorstellungswelt, welche so ausgebildet ist, dass sie ein möglichst sicheres Berechnen der Wirklichkeit und Handeln in derselben ermöglicht [...] der wahren Wirklichkeit substituieren. Während der Erkenntnistheoretiker die ganze subjektive Vorstellungswelt für ein fiktives Vorstellungsgewebe erklärt [...] kann der Logiker diese raumzeitliche Welt [...] für wirklich setzen und [...] untersuchen, welchen subjektiven Gebilden in dieser Wirklichkeit objektive Wahrnehmungskomplexe entsprechen, und welche dagegen nur fiktiver Natur sind.“²⁶¹

256 Ibid., 54 ff.

257 Ibid., 55.

258 Ibid., 174.

259 Ibid., 174.

260 Ibid., XVI.

261 Ibid., 23.

Die „Vorstellungswelt“ ist für Vaihinger also nur ein Instrument, um sich in der Wirklichkeit zurechtzufinden.²⁶² Aus erkenntnistheoretischer Perspektive verneint Vaihinger eine Zugänglichkeit zur Außenwelt. Bereits die Kant'schen Kategorien seien fiktiv, weshalb das Wahrgenommene aus erkenntnistheoretischer Perspektive auch nicht mehr als bloß fiktiv sein könne. Kant selbst hätte beim Ding an sich geschwankt, ob es Fiktion (so in der ersten Auflage der Kritik der reinen Vernunft) oder als Hypothese zu behandeln sei.²⁶³ Da Kant es letztendlich als Hypothese auffasst,²⁶⁴ kann man seine Theorie einem schwachen erkenntnistheoretischen Realismus zuordnen. Vaihinger hingegen verneint dies vollständig. Das Ding an sich sei eine erkenntnistheoretische Notwendigkeit, um die Vorstellungswelt zu begreifen.²⁶⁵ Zu diesem Schluss kommt er, weil bereits die Kategorien rein subjektiv wären und man mithin dem „eigentlich Wirklichen diese Kategorie“ nicht zuschreiben könne.²⁶⁶ Man müsse daher das subjektive Denken und die objektive Außenwelt vollständig getrennt voneinander betrachten.²⁶⁷ Daher dürfe man auch nicht dem Fehler aufsitzen, „die Wege des Denkens für die Abbilder der realen Verhältnisse selbst“ zu halten.²⁶⁸

Als Logiker könne man jedoch das Wahrgenommene *für wirklich erklären* und damit zu einer Außenwelt kommen, welcher Fiktionen widersprechen könnten. Realität versteht Vaihinger damit selbst aus „logischer“ Perspektive maximal eng: Sie umfasst nur, was mit sinnlichen Wahrnehmungen direkt erfasst wird. Man muss an dieser Stelle also festhalten, dass es für Vaihinger einen erkenntnistheoretischen und einen „logischen“ Wirklichkeitsbegriff gibt. Letzterer soll im Folgenden als wissenschaftstheoretischer Wirklichkeitsbegriff bezeichnet werden.

Der Widerspruch zur Wirklichkeit ist aus erkenntnistheoretischer Perspektive niemals unmittelbar überprüfbar, da die Wirklichkeit eben nur als (fiktiver) Bewusstseinsinhalt vorhanden ist. Vaihinger formuliert daher den geforderten Zweck der Fiktionen dahingehend, dass er der „praktischen Erprobung“ standhalten müssten. Diese praktische Erprobung bestehe in der Prüfung „ob es möglich sei, mit Hilfe jener logischen Produkte

262 Ibid., 93.

263 Ibid., 110 ff.

264 Ibid., 113.

265 Ibid.

266 Ibid., 111.

267 Ibid., 11; Daher wäre Hegels Erkenntnistheorie eine „Verwechslung subjektiver Denkvorgänge in objektive Weltvorgänge“, Ibid., 10.

268 Ibid., 11 f.

die ohne unser Zutun geschehenen Ereignisse zu berechnen und unsere Willensimpulse nach den Direktiven der logischen Gebilde zweckentsprechend auszuführen“²⁶⁹ bzw. kürzer: es geht Vaihinger um die „Ermöglichung der Berechnung des Geschehens und des Einwirkens auf das letztere“.²⁷⁰ Dies ist letztendlich das Erkenntnisinteresse an den Vorgängen der Natur. Nach dem Kriterium der praktischen Erprobung halten all jene Vorstellungsgelbe stand, die physikalische Vorgänge (ermöglichen zu) erklären.

Noch einmal zusammenfassend: Vaihinger arbeitet mit zwei verschiedenen Wirklichkeitsverständnissen.²⁷¹ Er erkennt, dass seine eigentliche Auffassung, dass jede Außenweltvorstellung bereits fiktiv sei (da die Verstandeskategorien fiktiv wären), zu eng ist. Daher setzt er die durch die Sinnenwahrnehmung entstandene Vorstellungswelt als (objektive) Wirklichkeit. Ersteres Verständnis ist Vaihingers erkenntnistheoretische Perspektive, welche er jedoch bei der Analyse der Fiktionen *nicht* weiterverwendet. Die zweite Auffassung sei die eines „Logikers“, welche Vaihinger weiterverfolgt. Sein Realitätsbegriff ist dennoch maximal eng, da er sich auf die reinen Sinnenwirklichkeit beschränkt.

Weiter ist die Vorläufigkeit der Fiktionen zentral: „[I]st ein Widerspruch gegen die Wirklichkeit da, so kann die Fiktion eben nur Wert haben, wenn sie provisorisch gebraucht ist, bis die Erfahrungen bereichert sind, oder bis die Denkmethode so geschärft sind, dass [...] [sie] durch definitive [Methoden, Anm. KA] ersetzt werden können.“²⁷² Dies gelte sowohl für Semifiktionen als auch für echte Fiktionen. Denn wer mit Widersprüchen denke, könne keine nicht widersprüchlichen Ergebnisse erhalten.

Diese Aussage Vaihingers erscheint problematisch, wenn man versucht den Gedanken der Vorläufigkeit auf Ideale wie zum Beispiel die Willensfreiheit anzuwenden. Wenn man die Willensfreiheit letztendlich wieder wegdenken müsse, bleibt kein Raum für Schuld, für eine Strafe. Vaihinger meint jedoch, dass z.B. die Willensfreiheit ein Mittelbegriff sei, welcher im Ergebnis nicht mehr vorhanden sei. Alles was bliebe, sei die Strafe. Daher

269 Ibid., 5.

270 Ibid., 7.

271 Zum selben Ergebnis kommend, aber aus anderen Gründen: *Somek*, Der Gegenstand der Rechtserkenntnis, 18. Somek macht die Unterscheidung an dem Erfordernis des Bewusstseins der Fiktionalität fest. Dazu in diesem Kapitel gleich mehr.

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

würde die Willensfreiheit nicht aufgelöst werden müssen; sie löse sich selbst auf.²⁷³

Den Merkmalen fügt Vaihinger noch die subjektive Komponente (in Abgrenzung zur Hypothese) zu, dass die Fiktionen „wenigstens von dem Bewusstsein begleitet sein“²⁷⁴ müssen, „dass ihnen die Wirklichkeit nicht entspricht.“²⁷⁵ Dieses schwächt er jedoch etwas ab, da dieses Bewusstsein nur im Idealfall gegeben sei. Oftmals sei man in der Geschichte zunächst von einem hypothetischen Charakter einer These ausgegangen, da der Mensch Gesagtes stets zunächst für wirklich annehme.²⁷⁶ Diese Abschwächung erscheint mit der Vehemenz der Forderung nach einem „wenigstens“ vorhandenen Bewusstsein der Fiktionalität unvereinbar. Das subjektive Merkmal hängt letztendlich von der Perspektive ab: Etwas kann z.B. zunächst als Hypothese formuliert werden, um sich danach nicht zu behaupten. Soll es in einem Bereich dennoch gelten, so muss es fingiert werden. Handelt es sich bei dem Angenommenen vor seiner Widerlegung dann ex post betrachtet um eine Fiktion? Dies hängt davon ab, ob es sich um einen rechtlichen Sachverhalt handelt oder zum Beispiel um einen naturwissenschaftlichen.

Als Beispiel sei die Willensfreiheit herangezogen: Nehmen wir an, die Willensfreiheit würde naturwissenschaftlich widerlegt. Dennoch würde man im Recht an der Willensfreiheit festhalten; nun eben als Fiktion. Daran anschließend steht die Frage im Raum, ob die Willensfreiheit im Recht nicht durchgehend eine Fiktion war. Würde man am subjektiven Merkmal des Bewusstseins der Fiktionalität streng festhalten, würde sich die Willensfreiheit im Nachhinein als falsche Aussage entpuppen. So will ein Gesetzgeber aber auch seine sozial angebundenen Institute nicht verstanden wissen – er definiert das Weltbild schließlich im Recht selbst, auch wenn er sich dafür an der sozialen Wirklichkeit zunächst orientiert. Das Recht *kann* sich eine Wirklichkeit schaffen, da es nicht an die soziale Realität oder naturwissenschaftliche Fakten gebunden ist.

Anders verhält es sich bei den Naturwissenschaften: Stellt sich heraus, dass das geozentrische Weltbild falsch ist, so kann man dies nicht im Nachhinein als Fiktion bezeichnen, da der Naturwissenschaftler den An-

273 Weitere Details zur Vorläufigkeit im Kapitel zu Kelsen, um einen Vergleich von rechtswissenschaftlichen und erkenntnistheoretischen Fiktionen weiter auszuführen.

274 Vaihinger, Die Philosophie des Als Ob, 30.

275 Ibid..

276 Ibid., 173.

spruch hat, die Welt direkt zu beschreiben. Die Hypothese wird widerlegt. Das geozentrische Weltbild kann ex post betrachtet nicht als fiktiv bezeichnet werden.²⁷⁷

Diese Problematik arbeitet Vaihinger aber nicht heraus. Alexander Sommek behauptet, dass das unterschiedliche Verhältnis Vaihingers zum Erfordernis des Bewusstseins daran liege, dass Vaihinger unbewusst einen wissenschaftstheoretischen und einen erkenntnistheoretischen Fiktionsbegriff unterscheidet. Diese Unterscheidung ist, wie bereits erläutert, zwar zutreffend, wird von Vaihinger aber nicht unbewusst getroffen, sodass ihn diese Unterscheidung später wieder „einholen“ könnte. Das Problem, ob das Bewusstsein nun erforderlich ist oder nicht, entwickelt sich für Vaihinger an dem Beispiel, dass sich Fiktionen erst im Nachhinein als solche herausstellen. Das kann im Fall der Geisteswissenschaften zum Beispiel mit einem Bewusstseinswandel einhergehen oder im Fall der Naturwissenschaften mit einer Entdeckung.

„Bei einer großen Anzahl von Fiktionen tritt [...] der Fall ein, dass sie zuerst als Hypothesen aufgestellt werden und erst allmählich das Bewusstsein ihrer fiktiven Bedeutung sich herausbildet.“²⁷⁸

Zusammenfassend ist das subjektive Merkmal des Bewusstseins der Fiktionalität für Vaihinger erforderlich, sobald sich dessen Kontrafaktizität herausstellt, damit die Fiktion weiterhin ihren positiven Charakter behalten kann. (Dabei bleibt Vaihinger etwas undeutlich, ob er die o.g. naturwissenschaftlichen Fälle der ex-post-Betrachtung als fiktiv bezeichnen würde oder nicht.)

Vaihingers wissenschaftstheoretisches Fiktionsverständnis umfasst also folgende Merkmale:

- Vorstellungsgebilde,
- das im Widerspruch zur (sinnlich wahrnehmbaren) Wirklichkeit steht (Semifiktion) oder sogar in sich widersprüchlich ist (echte bzw. eigentliche Fiktion)
- vorläufig ist und
- es vermag, Vorgänge in der (sinnlich wahrnehmbaren) Wirklichkeit zu erklären in dem Sinne, dass letztendlich dem höheren Zweck der Er-

277 Nicht davon erfasst sind Hilfsvorstellungen in den Naturwissenschaften oder der Mathematik, von denen man von Anfang an weiß, dass sie nicht der Wirklichkeit entsprechen. So zum Beispiel die Vorstellung, dass sich das Gewicht eines Körpers als zentriert in einem einzigen Punkt finde.

278 *Vaihinger*, *Die Philosophie des Als Ob*¹, 174.

- kenntniserweiterung gedient werde, (der Zweck; für Vaihinger das Hauptmerkmal) und
- in dem Bewusstsein beim Urheber der Fiktion, dass die objektiven Merkmale vorliegen.

Das Vorstellungsgebilde umschreibt Vaihinger näher als Kunstgriff des Denkens. Darunter versteht er alle Operationen, welche auf „paradoxe Weise“ von der normalen Methode abweiche.²⁷⁹ Das Produkt dieser Kunstgriffe seien *Kunstbegriffe* – übertragen auf die Fiktionen: Eine Fiktion ist das Produkt des Fingierens. Dieses sei wiederum gekennzeichnet durch die „Produktion und Benützung solcher logischen Methoden, welche mit Hilfe von Hilfsbegriffen die Denkw Zwecke zu erreichen sucht.“²⁸⁰ Fiktionen gehörten also zu den „Hilfsoperationen des Denkens“.²⁸¹

b. Juristische Fiktionen

„Der Name der Fiktionen ist nirgends besser bekannt bis jetzt, als in der Rechtswissenschaft [...].“²⁸²

Juristische Fiktionen sind für Vaihinger neben jenen der Mathematik vermeintliche Paradebeispiele, an welchen er seinen Fiktionsbegriff entwickelt hat. Beide gehören dabei zu den Gruppen der Semifiktionen, widersprechen also „nur“ der Wirklichkeit. Dass er dabei grundlegend übersieht, dass das Recht die von ihm so vehement geforderte Erkenntniserweiterung nicht erfüllt, ist ihm nicht bewusst. Man muss also getrennt vom oben genannten allgemeinen Fiktionsbegriff betrachten, was Vaihinger unter Fiktionen im Rechtskontext versteht.

Fiktionen würde man im Recht benötigen, weil ein Gesetz nicht alle Fälle erfassen könne. „[A]bnorme[]“ Fälle würden man so behandeln, als ob sie unter einen der geregelten Fälle subsumiert werden könnten. Ein weiterer Grund könne in „irgend einem praktischen Interesse“²⁸³ liegen.

„Auch in der *fictionis iuris* wird etwas Nicht-Geschehenes als geschehen oder umgekehrt betrachtet oder wird ein Fall unter ein analoges Ver-

279 Ibid., 17.

280 Ibid., 19.

281 Ibid., 18.

282 Ibid., 46.

283 Ibid.

hältnis gebracht, in einer Weise, die der Wirklichkeit schroff widerspricht.“²⁸⁴

Die Auswahl von Vaihingers Beispielen zeigt, dass er sich vor allem mit dem römischen Recht auseinandergesetzt hat (und nicht etwa mit dem 1900 in Kraft getretenen BGB). Er nennt den Adoptivsohn, der niemals ein wirklicher Sohn werde, den nicht erschienen Beklagten, dessen Klage als zugestanden gelte und den Fall der Erbunwürdigkeit.²⁸⁵ Vaihinger betrachtet diese Fälle aber nicht näher; sonst müsste ihm auffallen, dass der Fall des Adoptivsohns und der des Erbunwürdigen sich danach unterscheiden, ob die Begriffe der Rechtssphäre oder der Alltagssprache entspringen. Während das „Sohn sein“ sowohl juristisch als auch alltagssprachlich unterschiedliche Bedeutungen hat, so ist das „Erbe sein“ doch ein ganz wesentlich dem juristischen entstammender Terminus.

Das Band, das die juristische Fiktion als „speziellere Abart“²⁸⁶ mit den von Vaihinger sog. analogischen Fiktionen verknüpft, ist „allein die Methode und ihr Prinzip“²⁸⁷. Vaihinger führt die juristische Fiktion nur als eigenen Typus auf, weil sie in einem Bereich (nämlich dem Recht) zu finden sei.²⁸⁸ Es gäbe eine „prinzipiellen Identität“²⁸⁹, bei der die „formale Handlungsweise der Seele [...] total identisch“²⁹⁰ sei. Der grundlegende Mechanismus bestehe darin, „dass ein einzelner Fall unter ein für ihn nicht eigentlich bestimmtes Vorstellungsgebilde subsumiert wird, dass also die Apperzeption eine bloss analoge ist.“²⁹¹

Vaihinger bewertet die analogischen Fiktionen, also auch die juristischen, als werthaft. Sie seien sogar notwendig, „[g]erade die Abweichung erscheint schliesslich als das Naturgemässe“.²⁹² Dies sei der Fall, weil es sich der Wirklichkeit anpassen müsse. Vaihinger bleibt hier aber vage – denn was sollte es sein, wodurch sich die Wirklichkeit als brüchig, gar in sich widersprüchlich erweist?

284 Ibid., 48.

285 Ibid., 70.

286 Ibid., 46.

287 Ibid., 47.

288 Ibid., 50.

289 Ibid., 48.

290 Ibid., 49.

291 Ibid., 46.

292 Ibid., 49.

c. Praktische (ethische) Fiktionen

Neben diesen analogischen Fiktionen stehen für Vaihinger noch die praktischen ethischen Fiktionen. Diese seien von den juristischen gänzlich verschieden, da sie sich nicht auf Abstraktion oder Analogien zurückführen ließen.²⁹³ Vielmehr seien sie auch in sich widersprüchlich, gehörten also zu den echten Fiktionen.²⁹⁴ Darunter fasst er beispielsweise die Freiheit und die Willensfreiheit, respektive die Zurechnungsfähigkeit.²⁹⁵ Diese gäbe es niemals in voller Ausprägung und dennoch müsste man sie als gegeben annehmen. Er vergleicht es mit einem Mathematiker, der mit der idealen Rundheit rechne, obwohl es diese in der Natur nicht gibt.²⁹⁶ In sich widersprüchlich sei die Freiheit, weil sie nicht nur der „beobachteten Wirklichkeit“ widerspräche, sondern auch in ihrer absoluten Form, der rein zufälligen Handlung, moralisch ebenso wenig zu bewerten sei wie eine „absolut notwendige“ Handlung.²⁹⁷ Diese Annahme Vaihingers kann nur dann richtig sein, wenn bereits in der Freiheit selbst eine Werthaftigkeit immanent verankert ist und man die moralische Bewertung nicht als zugeschrieben ansieht. Er bewertet die praktischen Fiktionen als das Werthafteste: „[D]as Ideale, das Unwirkliche ist das wertvollste: man muss ‚das Unmögliche fordern‘; auch wenn es auf Widerspruch führt.“²⁹⁸ Denn nur solche Fiktionen wie die Freiheit und die Willensfreiheit würden es uns ermöglichen, ein Leben „in höchster Form“²⁹⁹ zu führen. Ideale seien praktische Fiktionen von „ungeheure[m] weltüberwindende[m] Wert“.³⁰⁰

d. Resümee

Vaihingers Begriff der Fiktion unterscheidet sich von den vorhergehenden wesentlich durch die erkenntnistheoretische Perspektive und den Zweck der Erkenntniserweiterung. Positiv ist, mit welchem Weitblick und welcher Gelehrsamkeit er sich interdisziplinär dem Thema annähert. Negativ ist, dass er für den Bereich der juristischen Fiktionen indes keinen

293 Ibid., 59.

294 Ibid.

295 Ibid., 60 f.

296 Ibid., 60.

297 Ibid., 59.

298 Ibid., 61.

299 Ibid.

300 Ibid., 67.

brauchbaren Begriff anbietet: So will er von den Idealen bis zur Adoption alle Ebenen unter einen Begriff bringen. Dies führt dazu, dass einzelne Begriffsmerkmale bei manchen Beispielen nicht erfüllt werden, wie es zum Beispiel bei dem von Vaihinger so geschilderten (generalpräventiven) Zweck der Willensfreiheit zu sehen ist. Vaihinger bietet dennoch eine Grundlage für Fiktionen in der Rechtswissenschaft, welche von Hans Kelsen weitergedacht werden sollte.

2. Hans Kelsen

Hans Kelsen setzte sich mit der wissenschafts- bzw. erkenntnistheoretischen Fiktionstheorie Hans Vaihingers auseinander. Berühmterweise charakterisiert Kelsen seine durch die Kantische Philosophie geprägte Grundnorm zunächst als hypothetisch und später als fiktiv. Um diesen Wandel nachvollziehen zu können, soll ein genauer Blick auf die Entwicklung von Kelsens rechtsphilosophischem Verständnis, ausgehend vom Aufsatz aus dem Jahr 1919, über die Fiktionalität der Grundnorm bis hin zu Kelsens Stellung zur juristischen Person, geworfen werden.

a. Fiktionsbegriff

Kelsen entwickelt ein theoretisches Fiktionsverständnis in der Auseinandersetzung mit Vaihingers „Die Philosophie des Als Ob“. Der im Jahr 1917 verfasste Aufsatz erscheint 1919 in einer interdisziplinären Zeitschriftenreihe, welche sich dem Werk Vaihingers widmet. Fraglich ist, welche Aspekte Vaihingers Philosophie Kelsen genau rezipiert hat, d.h. wie er Vaihinger in Bezug auf die juristischen Fiktionen versteht.

Der Aufsatz zu Fiktionen von 1919 ist in die Phase des Übergangs von Kelsens konstruktivistischer zur transzendentalen bzw. klassischen Phase einzuordnen.³⁰¹ Die transzendente bzw. klassische Phase ist durch die

301 Zum hierzubestehenden Disput zwischen Paulson und Heidemann, siehe *Paulson*, Four Phases in Hans Kelsen's Legal Theory? Reflections on a Periodization, in: *Oxford Journal of Legal Studies* 1998, 157, 161. Es ist jedoch anzumerken, dass für Kelsens Fiktionsaufsatz kein Streit besteht, da Heidemann die Übergangsphase von 1915–1922 und Paulson sie von 1913–1922 sieht. Damit ist der Aufsatz sowohl im Hinblick auf die Entstehung und die Veröffentlichung als auch in Hinblick auf die beiden Phasenmodelle der gleichen Phase zuzuordnen.

Bejahung (im Gegensatz zur späten Periode) der Anwendbarkeit von Logik auf das Recht³⁰² und die durch Kants Erkenntnistheorie beeinflusste Reine Rechtslehre geprägt.³⁰³ Letzteres führt dazu, dass Kelsen die Grundnorm als Bedingung von Normativität einführt.

Einen direkten Kontakt von Vaihinger und Kelsen gab es am 19. Mai 1917, als sich letzterer Vaihinger gegenüber über seinen Aufsatz zu „Die Philosophie des Als Ob“ äußert:

„Ich bin mit Vergnügen bereit, die Arbeit, von der Herr Goldscheid Ihnen Mitteilung gemacht hat, der neuen Zeitschrift zur Verfügung zu stellen, die ich als bedeutsames philosophisches Unternehmen begrüße.“ Titel: „Zur Theorie der juristischen Fiktionen, mit besonderer Berücksichtigung von Vaihinger's Philosophie des Als-Ob. Sie ist als Bestandteil einer größeren Untersuchung über ‚den Rechtsbegriff der Person und die Person des Staates‘ entstanden und bildet ein selbständiges in sich abgeschlossenes Ganzes.“ [...] Anlass, „Ihnen zu sagen, einen wie großen Eindruck die Philosophie des Als-Ob auf mich gemacht hat und wie außerordentlich fruchtbar die dort entwickelten Gedankengänge meiner Ansicht nach für die Rechtswissenschaft sind.“ [...] „Ihr Grundgedanke ist von einer radikalklärenden Wirkung.“³⁰⁴

Im Jahr 1917, zur Zeit der Entstehung des Aufsatzes, hatte Kelsen die Grundnorm (welche er zum ersten Mal 1914 erwähnte) noch nicht im Blick: Er gibt im Brief an Vaihinger an, dass er seinen Fiktionsbegriff für das Rechtssubjekt entwickelt hat. Die Verbindung von Fiktion und Grundnorm sollte Kelsen erst knapp 50 Jahre später herstellen.

Das im Brief bereits geäußerte Lob findet sich ebenfalls zu Beginn des Aufsatzes, in welchem Kelsen äußert, dass es sich um eine „bedeutende Theorie der Fiktionen“ handle, eine „hochverdienstliche[] Theorie“, deren „prinzipiellen Ergebnissen [...] rückhaltlos[e]“ Zustimmung verdiene.³⁰⁵ Dieses Lob kann sich auf nicht mehr beziehen, als Kelsen im Aufsatz tatsächlich behandelt. Und er behandelt gerade nicht die philosophischen Grundlagen, sondern beschränkt sich auf das zweckorientierte Fiktionsverständnis in seiner Anwendung auf das Recht. Das heißt, dass Kelsen keineswegs die erkenntnistheoretische Philosophie, die Vaihinger seinem

302 Paulson, *Metamorphosis in Hans Kelsen's Legal Philosophy*, in: *Metamorphosis in Hans Kelsen's Legal Philosophy*, in: *The Modern Law Review* 2017, 868.

303 Ibid., 861.

304 Zitiert nach Simon, *Chronologie Hans Vaihinger*, 245.

305 Kelsen, *Zur Theorie juristischer Fiktionen*, in: *Annalen der Philosophie*, 631.

Werk zugrunde legt, an dieser Stelle rezipiert.³⁰⁶ Die Auseinandersetzung mit Vaihinger sollte für Kelsen immer wieder von Bedeutung sein. So äußert er beispielsweise im Vorwort zu den Hauptproblemen 1923 (2. Aufl.), dass ihm Vaihinger „manche Aufklärung“ für seine Untersuchungen zum Staat gebracht hätte.³⁰⁷ Und letztendlich hebt er die Bedeutung Vaihingers für seine Arbeit in seinem Alterswerk wieder hervor mit der Charakterisierung der Grundnorm als „echte Fiktion im Sinne der Vaihingerschen *Philosophie des Als Ob*“. Erwähnenswert ist hierbei, dass Kelsen nicht immer voll des Lobes für Fiktionen war. Noch im Vorwort der ersten Auflage zu den Hauptproblemen der Staatsrechtslehre von 1911 heißt es:

„[N]ichts ist für den heutigen Stand der Rechtswissenschaft so charakteristisch, als daß ihre Theorie von Fiktionen durchsetzt ist. Der Kampf gegen die Fiktion, diese verwerfliche Notlüge der Wissenschaft, ist eines der Ziele meiner Arbeit.“³⁰⁸

Doch bevor der Bogen über das halbe Jahrhundert geschlagen wird, sei zunächst Kelsens Erkenntnis bezüglich der Fiktionen im Sinne Vaihingers rezipiert: Diese hält er im Jahr 1919 nämlich für unmöglich.³⁰⁹ Als eines der Hauptmerkmale identifiziert Kelsen bei Vaihinger den „Widerspruch zur Wirklichkeit.“³¹⁰ Und genau ist der Punkt, an dem seine Kritik an der Anwendbarkeit des Vaihinger'schen Fiktionsbegriffs auf das Recht bzw. die Rechtswissenschaft ansetzt:

„So rückhaltlos den prinzipiellen Ergebnissen der Vaihingerschen Philosophie des Als Ob zugestimmt werden kann, so muß doch gerade die von Vaihinger mit besonderer Vorliebe herangezogene juristische Fiktion als unzutreffendes Argument bezeichnet werden.“³¹¹

Zum einen, führt Kelsen an, gäbe es „sehr verschiedene Erscheinungen“, welche alle als Rechtsfiktionen bezeichnet würden. Zum anderen könne es

306 So auch *Somek*, Der Gegenstand der Rechtserkenntnis, 17: „Auch hier konzentriert sich Kelsen auf die Definition des Fiktionsbegriffs und prätendiert damit keineswegs, die philosophische Konzeption, in die dieser bei Vaihinger eingebettet ist, zu rezipieren.“

307 *Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, XVII.

308 *Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 56.

309 Es sei betont, dass sich dies nur auf Fiktionen im Vaihinger'schen Sinne verbunden mit dessen engen erkenntnistheoretischen Wirklichkeitsbegriff bezieht. Dies ist auch genau die Stelle, an der er in seiner skeptischen Phase ab 1962 wieder einhaken und die Grundnorm verorten wird.

310 *Kelsen*, Zur Theorie juristischer Fiktionen, 631.

311 *Ibid.*, 631.

aber aus inhaltlichen Gründen keine erkenntnistheoretischen Fiktionen im Recht geben, weil „die [Rechtswissenschaft, Anm. KA] ihrem Wesen nach gar nicht auf die Erkenntnis der Wirklichkeit gerichtet“ ist.³¹² Aus diesem Grund müsse man an Vaihingers Fiktionstheorie einer „Modifikation“ unterziehen, insbesondere, was den Wirklichkeitsbegriff angeht.³¹³ Kelsen setzt anstelle der Wirklichkeit den jeweiligen Erkenntnisgegenstand einer Wissenschaft, d.h. bei der Rechtswissenschaft „das Recht, die Rechtsordnung, das rechtliche Sollen“.³¹⁴ Das führt Kelsen dann aber auch zu einer Einengung seiner Definition auf den wissenschaftstheoretischen Bereich: Fiktionen im Recht sind dadurch unmöglich, da das Recht selbst keine Wissenschaft ist, nichts erkennen will. Kelsens Fiktionsbegriff ist damit weiter als der Vaihingers (und modifiziert), aber nicht so weit, als dass er Fiktionen im Recht zuließe.

Nach Kelsen charakterisiert sich die Fiktion nach Vaihinger durch Zweck und Mittel: „Der Zweck ist: Erkenntnis der Wirklichkeit, das Mittel: eine Fälschung, ein Widerspruch, ein Kunstgriff, ein Umweg und Durchgangspunkt des Denkens.“³¹⁵ Sehen wir uns noch einmal Vaihingers selbst als solche bezeichneten Hauptmerkmale einer Fiktion an:

- Erstes Merkmal ist der Widerspruch zur Wirklichkeit (bei den sog. Semifiktionen), „der bei den echten Fiktionen sich zum Selbstwiderspruch steigert.“³¹⁶
- Zweites Merkmal ist die Vorläufigkeit der Fiktion. „Ist ein Widerspruch gegen die Wirklichkeit da, so kann die Fiktion eben nur Wert haben, wenn sie provisorisch gebraucht wird. Darum muß auch [...] eine Korrektur eintreten.“³¹⁷ Diese Korrektur bestünde bei Semifiktionen im „historischen“, bei den echten Fiktionen im „logischen“ Wegfallen.³¹⁸ „Widerspruchsvolle Begriffe können also schliesslich nur zur Elimination da sein.“³¹⁹
- Drittes Merkmal ist das Bewusstsein der Fiktivität bei „normalen Fiktionen“. Diese Einschränkung auf normale Fiktionen hat den Hinter-

312 Ibid., 632.

313 Ibid.

314 Ibid., 633.

315 Ibid., 631.

316 *Vaihinger*, Die Philosophie des Als Ob, 172.

317 Ibid., 173.

318 Ibid., 172 f.

319 Ibid., 173.

grund, dass Vaihinger es als Idealmerkmal ansieht. Viele Fiktionen würden bei ihrer Schaffung nicht als solche erkannt.³²⁰

- Viertes Merkmal, das von Vaihinger an der Stelle selbst zwar nicht als solches bezeichnet wird, aber für ihn als selbstverständlich vorausgeht: Der Zweck der Erkenntniserweiterung bzgl. der Wirklichkeit durch die Fiktion; bei Kelsen abgewandelt zu Erkenntnissen bzgl. des Rechts.

Kelsen unterscheidet nun zwischen „rechtstheoretischen Fiktionen“ und *fictiones iuris*, d.h. Fiktionen durch den Gesetzgeber oder des Rechtsanwenders.³²¹

Zu den rechtstheoretischen Fiktionen, die Vaihinger zu den praktischen Fiktionen rechnet, zählt Kelsen maßgeblich das Rechtssubjekt.³²² Vaihinger nennt hierbei u.a. den Staatsvertrag und die Willensfreiheit.³²³ Diese fallen laut Vaihinger automatisch weg, wenn ihr Zweck erreicht ist. Die Willensfreiheit sei nur eine Annahme, um ein Strafurteil zu ermöglichen. Die Willensfreiheit selbst wäre nur ein Mittelbegriff und spiele im Ergebnis keine Rolle mehr. Kelsen kritisiert dies zurecht, da Vaihinger generalpräventive Überlegungen anstellt zur Begründung der Notwendigkeit von Strafe.³²⁴ Den Kern der Überlegungen Vaihingers, dass fiktive Begriffe letztendlich als Zwischenschritt nicht im Ergebnis enthalten wären, stimmt Kelsen jedoch zu. D.h., Vaihinger hält das zweite Merkmal für überflüssig (da immer vorliegend) bei rechtstheoretischen Fiktionen. Zum gleichen Schluss kommt auch Kelsen. Am Beispiel des Rechtssubjekts erläutert er, dass es ein „Spiegelbild“ der Wirklichkeit sei. Wie bei Vaihingers Beispiel fällt auch jede Rechtsperson am Ende der Subsumtion weg: Das zugesprochene Recht etc. hat wieder die reale Person, nicht das rechtliche Spiegelbild. Daher ist für Kelsen auch die juristische Person keine Fiktion im speziellen Sinn, da sie wie die „physische“ Personen durch das Recht geschaffen sei.³²⁵ Diese Personen seien nichts weiter als „die zum Zwecke der Vereinfachung und Veranschaulichung vorgenommene Personifikation eines Komplexes von Normen“.³²⁶ Und in dieser Vereinfachung, die „aus der Phantasie geschaffen“ werde, würde den Normenkomplex in dieser Hinsicht „verdoppeln“³²⁷ und das zu Erkennende dadurch auch

320 Ibid.

321 Kelsen, Zur Theorie juristischer Fiktionen, 638.

322 Ibid., 633.

323 Vaihinger, Die Philosophie des Als Ob, 198.

324 Kelsen, Zur Theorie juristischer Fiktionen, 651.

325 Dazu gleich mehr im Kapitel zur juristischen Person bei Kelsen, 80 ff.

326 Kelsen, Zur Theorie juristischer Fiktionen, 633.

327 Ibid., 634.

„verfälschen“³²⁸. Dennoch seien diese Fiktionen grundsätzlich hilfreich und daher rechtstheoretisch werthalt, da sie der „Veranschaulichung oder der Vereinfachung“³²⁹ dienten. Zwei Einschränkungen nimmt Kelsen jedoch bei der Werthaltigkeit dieser Fiktionen vor: Erstens bezüglich der Gefahr, dass das Rechtssubjekt mit dem wirklichen Subjekt verwechselt wird. Analog würde das bedeuten, dass man den Menschen für frei hielte, nur weil die Willensfreiheit durch die Gesetze vorausgesetzt wird. Die zweite Einschränkung läge in den „natürlichen Grenzen“³³⁰ des Personenbegriffs. Das Recht dürfe nur so weit gehen, wie es ein Begriff „kraft seiner Natur“ aushielte.³³¹ Diese zweite Einschränkung wird oft nicht beachtet, kann jedoch von erheblicher Bedeutung sein: Wenn in Neuseeland seit 2016 ein Fluss Rechtspersönlichkeit zugesprochen wird, dann wird genau diese Grenze in Frage gestellt. Ist es noch vom Personenbegriff gedeckt, dass ein Fluss Rechtsperson wird?³³²

Die Fiktionen durch den Gesetzgeber oder Rechtsanwender im Sinne Vaihingers hält Kelsen (wie angesprochen) für unmöglich.³³³ Das Signalwort des *als ob* sei kein notwendiger Hinweis auf eine Fiktion.³³⁴ Und auch würde niemals behauptet, dass etwa ein Vater eines (biologisch) unehelichen Kindes dessen tatsächlich Vater sei, sondern nur, dass er der rechtliche Vater sei.³³⁵

„Eine Fiktion des Gesetzes wäre etwa ebenso unmöglich, wie eine Fiktion der Natur.“³³⁶

Fiktionen durch den Gesetzgeber könne es nicht geben, da das Recht nicht mit sich selbst in Widerspruch geraten könne. Dies wäre „sinnlos“ bzw. „Schein“, der durch die reine Konzentration auf den Wortlaut entstünde.³³⁷ Auch im römischen Recht gäbe es keine Fiktionen, da der Prätor Gesetzgeber gewesen sei und jegliche fiktive Klage ihre Legitimation, wie beim Gesetzgeber, in seiner Gesetzgebungsmacht fände. Hinzu träte, dass

328 Ibid.

329 Ibid., 636.

330 Ibid., 638.

331 Ibid.

332 An diesen Gedanken wird später angeknüpft und ein eigener Fiktionsbegriff für Institutionen entwickelt, 265 ff.

333 Ibid., 638.

334 Ibid., 639.

335 Ibid., 643.

336 Ibid., 644.

337 Ibid.

die „Rechtsnorm ohne jedes ‚Als Ob‘ und ohne jede Fiktion formuliert werden“³³⁸ könne. Das prätorische Recht werde nicht als eigenständige Rechtsquelle anerkannt, wenn man in diesem Fall eine Fiktion annähme.³³⁹

Fiktionen durch den Rechtsanwender seien grundsätzlich möglich, da in jeder Rechtsanwendung auch „ein Stück Rechtserkenntnis“³⁴⁰ enthalten sei. Aber diese Rechtserkenntnis spiele eine untergeordnete Rolle. Als Beispiel führt Kelsen die Analogie an: Solange diese nicht durch eine Norm angeordnet sei (wie es etwa in § 7 ABGB der Fall ist),³⁴¹ sei der aus ihr gezogene Schluss im Widerspruch zum Recht. Das bedeutet aber auch, dass Fiktionen durch den Rechtsanwender im Ergebnis „unzulässig, weil rechtszweckwidrig“ seien.

Im Ergebnis gibt es für Kelsen also keine *fictiones iuris*, sie seien reine „Pseudofiktionen.“³⁴²

Fiktionen seien nur insofern möglich, als sie „Fiktionen der Rechtserkenntnis“³⁴³ seien. Sie gerieten dabei in einen Widerspruch gegen die Rechtsordnung, welche die Wirklichkeit der Rechtswissenschaft darstelle.³⁴⁴ Was hier eine Fiktion sein könnte, sieht Kelsen jedoch noch nicht. Er sollte erst über 40 Jahre später wieder an diesen Gedanken wieder anknüpfen mit der Charakterisierung der Grundnorm als Fiktion.

Die Frage nach dem Recht allgemein als Fiktion lehnt Kelsen ab: Man müsse das Recht betrachten „als ob es eine Summe von Sollensnormen wäre.“³⁴⁵ Bei der Formel einer Fiktion „X wird so betrachtet, als ob es Y wäre“ müssten jedoch sowohl X als auch Y als Wirkliches behauptet werden – fiktiv sei allein die Relation. Insofern würde bei der Betrachtung von Recht (X) als Summe von Sollensnormen (Y) beides als wirklich behauptet werden. Zwar seien Sollensnormen „von vornherein überhaupt nichts Wirkliches“ im Sinne einer „Naturwirklichkeit“. Aber das mache sie nicht sofort zu Fiktionen.

Kelsen unterscheidet hier also ontologisch zwischen Entitäten der Sinneswirklichkeit und normativen Entitäten bzw. allgemein Universalien. Alle Entitäten hält er für wirklich – allein eine Beziehung von Entitäten

338 Ibid., 645.

339 Ibid.

340 Ibid., 647.

341 Ibid., 649.

342 Ibid., 650.

343 Ibid., 648.

344 Ibid.

345 Ibid., 654.

könne als fiktiv beschrieben werden, insofern sie verschiedenen Wirklichkeiten angehörten. Fiktionalität ist für Kelsen also eine Eigenschaft eines ontologischen Verhältnisses von Entitäten. Darum könne das Recht, da es keine Relation beschreibt, nicht fiktiv sein. 1960 führt Kelsen noch ein weiteres Motiv an, warum man das Recht als Fiktion betrachten könnte:

„Es ist auch richtig, daß, im Sinne der Kantschen Erkenntnistheorie, die Rechtswissenschaft als Erkenntnis des Rechts, so wie alle Erkenntnis, konstitutiven Charakter hat und daher ihren Gegenstand insofern ‚erzeugt‘, als sie ihn als ein sinnvolles Ganzes begreift. [...] Aber diese ‚Erzeugung‘ hat einen rein erkenntnistheoretischen Charakter. Sie ist etwas völlig anderes als die Erzeugung von Gegenständen [...].“³⁴⁶

Kelsen hält also auch 1960 das Recht noch nicht für eine Fiktion. Was zu einer Änderung dieser Position führen könnte, ist der spätere Wandel der Grundnorm von der Hypothese zur Fiktion. Denn wenn die Grundnorm fiktiv ist, müsste doch auch das durch sie konstituierte Recht fiktiv sein. So weit sollte Kelsen jedoch nie gehen.

a. Die Grundnorm

Hans Kelsens Grundnorm ist die Grundlage des positiven Rechts. Sie ist eine Grundnorm, „weil nach dem Grund ihrer Geltung nicht weiter gefragt werden kann.“ Sie eint und begründet die Normen eines Normsystems.³⁴⁷ Sie ist dabei der letzte Baustein im Stufenbau der Rechtsordnung. Inhalt der Stufenbaulehre ist, dass alle Normen in einem hierarchischen Zusammenhang stehen, wobei die ranghöheren die rangniedrigeren Normen legitimieren, woraus sich ein Stufenbau gibt. Der Stufenbau ist laut Peter Koller „die bedeutendste Leistung der Wiener rechtstheoretischen Schule“, deren Begründer Kelsen war.³⁴⁸

346 Kelsen, *Reine Rechtslehre*², § 16, 143.

347 Es ist umstritten, ob die Funktionen der Grundnorm die Begründung der rechtlichen Geltung, der formalen Einheit und Identität einer Rechtsordnung (Heideemann) oder, anstatt der zweiten und dritten Funktion, Begründung der Einheit (Paulson) ist. Siehe dazu Paulson, *Four Phases in Hans Kelsen's Legal Theory? Reflections on a Periodization*, in: *Oxford Journal of Legal Studies* 1998, 155.

348 Diese Leistung wurde ursprünglich allerdings nicht von Kelsen selbst, sondern von seinem Schüler Adolf Merkel erbracht: Kelsen hat sie erstmal in der Reinen Rechtslehre von 1934 übernommen und weiterentwickelt. Umstritten ist, inwiefern der von Kelsen vorgelegte Stufenbau sich von dem Merkels unterscheidet.

Hans Kelsens Ansicht zum letzten Geltungsgrund einer Rechtsordnung kann man in drei Phasen einteilen: In der ersten gibt es keinen letzten Geltungsgrund, dann gibt es eine hypothetische und in der letzten Phase eine fiktive Grundnorm.

Noch 1923 argumentiert Kelsen in der zweiten Auflage der *Hauptprobleme*, dass die Ableitung eines Sollens aus einem Sollen eine „logisch unendliche Kette“ sei. Er sieht also noch nicht, dass eine Begründung dadurch nicht geleistet werden kann. Dies ändert er in der *Reinen Rechtslehre*:

„Aber die Suche nach dem Geltungsgrund einer Norm kann nicht [...] ins Endlose gehen. Sie muß bei einer Norm enden, die als letzte, höchst vorausgesetzt wird. Als höchste Norm muß sie vorausgesetzt sein, da sie nicht von einer Autorität gesetzt sein kann, deren Kompetenz auf einer noch höheren Norm beruhen müßte.“³⁴⁹

Funktion der Grundnorm sei dabei, den Sinn einer Norm, welcher grundsätzlich erst einmal subjektiv sei, objektiv zu deuten.³⁵⁰ Kelsen sieht sie in der klassischen Periode als transzendental-logische Voraussetzung, als Bedingung der Möglichkeit von Normativität und Wissen über Normativität. Hier tritt klar der Einfluss von Immanuel Kants Erkenntnistheorie ans Licht.³⁵¹ Dies äußert er selbst gegenüber seinem italienischen Übersetzer Renato Treves 1933 in einem Brief:

„It is altogether correct that the philosophical foundation of the Pure Theory of Law is the Kantian philosophy, in particular the Kantian philosophy in the interpretation that it has undergone through Cohen.“³⁵²

„The Pure Theory of Law first made the Kantian philosophy really fruitful for the law by developing it further rather than clinging to the letter of Kant's own legal philosophy.“³⁵³

det. Für die Wesentlichkeit der Diskrepanz: Borowski Die Lehre vom Stufenbau des Rechts nach *Merkel*, How Merkel's Stufenbaulehre Informs Kelsen's Concept of Law, in: Paulson/Stolleis (Hg.), Hans Kelsen, 157. Dagegen: *Olechowski*, Kelsens Rechtslehre im Überblick, 57.

349 *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*², 348 (197) (identisch mit der ersten Auflage).

350 *Kelsen*, *Allgemeine Theorie der Normen*, 206.

351 *Paulson*, Hans Kelsen et les Fictions Juridiques, in: *Droits* 1995, 78.

352 *Kelsen*, The Pure Theory of Law, 'Labandism', and a Neo-Kantianism. A letter to Renato Treves, in: Paulson/Paulson (Hrsg.), *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, 171.

353 *Ibid.*, 172.

„Precisely because the Pure Theory of Law was first to try to develop Kant's philosophy into a theory of positive law, it marks in a certain step beyond Kant, whose own legal theory rejected the transcendental method.“³⁵⁴

Kelsen meint also Kant insofern weiterzuentwickeln, als dass dieser seine Erkenntnistheorie nicht in der Rechtstheorie umgesetzt hätte.³⁵⁵ Das Transzendente bei Kant macht die Erfahrungserkenntnis möglich, genauso wie die Grundnorm Kelsens die Erkenntnis von Normativität ermöglichen soll. Der Unterschied liegt jedoch darin, dass die Grundnorm bei Kelsen im Gegensatz zum Transzendentalen bei Kant nur bedingt notwendig ist: Man braucht die Grundnorm nur, wenn man den Sinn von Willensakten objektiv deuten will. Dies ist aber nur eine mögliche Deutung, neben beispielsweise soziologischen Erklärungen.³⁵⁶ Die Grundnorm wird nach Kelsen nicht gesetzt, sondern logisch vorausgesetzt und insofern nur gedacht. Anzusiedeln wäre sie damit nicht als Letztbegründung, sondern als Erkenntnisbedingung.³⁵⁷ Damit deutet Kelsen die Grundnorm nicht ontologisch, sondern erkenntnistheoretisch, als Bedingung der Erkenntnis von Recht, die dem Recht selbst entwächst.³⁵⁸ Sie wäre dadurch aber auch keine Norm im positiven Sinne, sondern eine transzendente, welche nicht durch eine Autorität gesetzt werden muss.

Bereits in der zweiten Auflage der „Reinen Rechtslehre“ 1960 deutet sich eine Abkehr von dieser Lehre an: Kelsen zieht die Kant'sche Erkenntnistheorie nur noch „per analogiam“ heran.³⁵⁹ Ab 1962, d.h. nach dem Erscheinen der zweiten Auflage der „Reinen Rechtslehre“, insbesondere in

354 Ibid.

355 Dies dürfte auch im Sinne Vaihingers sein, der seinen durch Kant geprägten erkenntnistheoretischen Fiktionsbegriff auf das Recht anwendet. Dass dies mit Kelsens Grundnormtheorie etwas zu tun haben könnte, sieht Kelsen jedoch erst in der skeptischen Phase (nach 1960).

356 Zu diesem möglichen Charakter der Grundnorm siehe *Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts, 175 f.

357 Es besteht insofern ein Unterschied zu Kant, als dass die Grundnorm grundsätzlich nur möglich ist. Sie ist nur dann notwendig, wenn man den subjektiven Sinn der Normen als deren objektiver deuten will. Dazu gleich mehr; vgl. dazu auch *Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts, 176 f.

358 Nur dadurch kann man verstehen, warum Kelsen ab 1962 in der Grundnorm einen Widerspruch in sich sieht; wäre die Grundnorm im Ergebnis eine moralische (etc.) Norm, so müsste sie nicht fiktiv sein. Vgl. zur Grundnorm als erkenntnistheoretischem Bestandteil des Rechts selbst *Kletzer*, The Idea of a Pure Theory of Law, 118 f.

359 *Kelsen*, Reine Rechtslehre², 361 (205).

der posthum erschienenen „Allgemeine Theorie der Normen“ 1979, wendet sich Kelsen von der Vorstellung ab, dass es ein Sollen ohne ein Wollen geben könne.³⁶⁰

„Die Norm ist der Sinn eines Willensaktes, eines auf das Verhalten eines anderen gerichteten Willensaktes.“³⁶¹

Dies inkludiert auch das Verständnis der Grundnorm als erkenntnistheoretische Notwendigkeit.

„Kelsen expressly dismisses the basic norm in discussion following a lecture of 1962, and, in the posthumously published General Theory of Norms, he punctuates this dismissal with an appeal to Hans Vaihinger’s notion of a fiction.“³⁶²

In eben dieser Diskussion in Salzburg im Jahr 1962 auf einer Tagung zum Thema Naturrecht, zwei Jahre nach dem Erscheinen der zweiten Auflage der *Reinen Rechtslehre*, erläutert Hans Kelsen dem Begründer der Salzburger Rechtsphilosophie, René Marcic, den Wandel in seinem Werk:

„Herr Kollege Marcic, ich muß Ihnen leider widersprechen. Ich habe in meinen früheren Schriften von Normen gesprochen, die nicht der Sinn von Willensakten sind. Meine ganze Lehre von der Grundnorm habe ich dargestellt als eine Norm, die nicht der Sinn eines Willensaktes ist, sondern die im Denken vorausgesetzt wird. Nun muß ich Ihnen leider gestehen, meine Herren, daß ich diese Lehre nicht mehr aufrechterhalten kann, daß ich diese Lehre aufgeben mußte. Sie können mir glauben, daß es mir durchaus nicht leicht war, eine Lehre aufzugeben, die ich durch Jahrzehnte vertreten habe. Ich habe sie aufgegeben in der Erkenntnis, daß ein Sollen das Korrelat eines Wollens sein muß. Meine Grundnorm ist eine *fiktive* Norm, die einen *fiktiven* Willensakt voraussetzt, der diese Norm setzt. Es ist eine Fiktion, daß irgendeine Autorität will, daß dies sein soll. [...] Es kann nicht bloß gedachte Normen geben, d.h. Normen, die der Sinn des *Denk*aktes, nicht der Sinn

360 Paulson, Metamorphosis in Hans Kelsen’s Legal Philosophy, in: The Modern Law Review 2017, 864.

361 Kelsen, Die Grundlage der Naturrechtslehre, in: Schmölz (Hrsg.): Das Naturrecht der politischen Theorie, 2.

362 Paulson, Metamorphosis in Hans Kelsen’s Legal Philosophy, in: The Modern Law Review 2017, 864.

eines Willensaktes sind. Was man sich bei der Grundnorm denkt, ist die Fiktion eines Willensaktes, der realiter nicht besteht.³⁶³

Dreh- und Angelpunkt von Kelsens Rechtsverständnis ist von nun an, dass ein Sollen ein Wollen notwendig voraussetzt.³⁶⁴ Daraus folgt, dass die Logik nicht mehr auf das Recht anwendbar ist, da das Wollen ein vom Denken grundlegend zu unterscheidender Zustand sei.³⁶⁵

„Der Unterschied zwischen Sein und Sollen kann nicht näher erklärt werden. Er ist unserem Bewußtsein unmittelbar gegeben [...]. Der Begriff des Sollens kann ebenso wenig definiert werden wie der des Seins.“

Der Dichotomie von Sein und Sollen laufe parallel zur Unterscheidung von Denken und Wollen.³⁶⁶ Normativität könne nur aus einem Willen entstehen. Und daraus folgt für Kelsen, dass die Grundnorm, als vorausgesetzter Norm³⁶⁷, welcher faktisch kein Wollen zugrunde liegt, ein fiktives Wollen hinzugedacht werden muss. Dadurch wird die Grundnorm fiktiv.³⁶⁸

„Die Grundnorm [...] ist [...] keine positive, sondern eine bloß gedachte, und das heißt eine fingierte Norm, der nicht Sinn eines realen, sondern eines bloß fingierten Willensaktes. Als solche ist sie eine echte oder ‚eigentliche‘ Fiktion im Sinne der *Vaihingerschen* Philosophie des Als Ob [...]. Denn die Annahme einer Grundnorm [...] widerspricht nicht nur der Wirklichkeit, da keine solche Norm als Sinn eines wirklichen Willensaktes vorhanden ist, sie ist auch in sich selbst widerspruchsvoll, da sie die Ermächtigung einer höchsten Moral- oder Rechtsautorität darstellt, und damit von einer noch über dieser Autori-

363 Kelsen, Die Grundlage der Naturrechtslehre, in: Schmölz (Hg.), Das Naturrecht in der politischen Theorie, 119 f.

364 Ibid., 119, Kelsen, Allgemeine Theorie der Normen, 188.

365 Paulson, Hans Kelsen et les Fictions Juridiques, in: Droits 1995, 66; Kelsen, Allgemeine Theorie der Normen, 46.

366 „Gegen die Annahme einer [...] nur im juristischen Denken vorausgesetzten Norm kann man geltend machen, daß eine Norm nur der Sinn eines Willensaktes [...] sein kann, daß zwischen Sollen und Wollen eine wesentliche Korrelation besteht.“ Kelsen, Die Funktion der Verfassung, in: Klecatsky, Marcic, Schambeck (Hrsg.), Die Wiener rechtstheoretische Schule, 1977.

367 Hier ist fraglich, warum Kelsen immer noch am Ausdruck der „vorausgesetzten Norm“ festhält, wo er es für notwendig erachtet, ihr eine Setzung hinzuzufügieren.

368 Dies wird im nächsten Abschnitt genauer erläutert.

tät stehenden – allerdings nur fingierten – Autorität ausgeht. Eine Fiktion ist nach Vaihinger [...] ein Denkbehelf, dessen man sich bedient, wenn man den Denzweck mit dem gegebenen Material nicht erreichen kann [...]. Der Denzweck der Grundnorm ist: die Begründung der Geltung der eine positive Moral- oder Rechtsordnung bildenden Normen, das ist die Deutung des subjektiven Sinnes der diese Normen setzenden Akte als deren objektiven Sinn, das heißt aber als gültige Normen, und der betreffenden Akte als norm-setzende Akte. Dieses Ziel ist nur im Wege einer Fiktion zu erreichen. Daher ist zu beachten, daß die Grundnorm im Sinne der *Vaihingerschen* Als-Ob-Philosophie keine Hypothese ist – als was ich sie selbst gelegentlich gekennzeichnet habe – sondern eine Fiktion, die sich von einer Hypothese dadurch unterscheidet, daß sie von dem Bewußtsein begleitet wird oder doch begleitet werden soll, daß ihr die Wirklichkeit nicht entspricht.“³⁶⁹

Die Grundnorm ist zur Erreichung ihres Zwecks – der Begründung des objektiven Sinns einer Norm – also auf eine Fiktion angewiesen.³⁷⁰ Kelsen hält sie für in sich widersprüchlich, wie es Vaihinger etwa mit einem Punkt in der Mathematik sieht: Diesen könne man sich vorstellen, obwohl er eigentlich keine Ausdehnung haben dürfe. Die Grundnorm sei in sich widersprüchlich, weil sie eine Autorität voraussetze, welche es aber nicht gebe. Sie muss als durch eine nicht vorhandene Autorität gesetzt gedacht werden, obwohl es keine Autorität gibt, die sie setzen könnte. Somek sei dies der Fall, „weil sie eine Autorisierung zur Rechtssetzung ausspricht und zum Zweck der Autorisierung eine noch höhere Autorität in Anspruch nehmen“³⁷¹ müsse.

Was sich bei Kelsen ändert ist damit auch, was eine Norm sein kann: die transzendental-logische Grundnorm ohne Setzenden sieht er nicht mehr

369 *Kelsen*, Allgemeine Theorie der Normen, 206 f. (fette Hervorhebungen nicht im Original), Es sei angemerkt, dass dieser Wortlaut dem eines (aufgrund einer Erkrankung nicht vorgetragenen) Vortrags von 1964 entspricht: *Kelsen*, Die Funktion der Verfassung, in: Klecatsky, Marcic, Schambeck (Hrsg.), Die Wiener rechtstheoretische Schule, 1977 f.

370 *Kelsen*, Allgemeine Theorie der Normen, 206; Einschränkung sei angemerkt, dass die Grundnorm nur dann notwendig ist, wenn man das Recht als objektive geltende Sollensordnung verstehen will. Grundsätzlich ist die Grundnorm nur ein mögliches Verständnis: „Die Grundnorm kann, muss aber nicht vorausgesetzt werden. [...] Nur wenn sie vorausgesetzt wird, kann der subjektive Sinn der auf das Verhalten anderer gerichteter Willensakte auch als ihr objektiver Sinn [...] gedeutet werden.“

371 *Somek*, Rechtstheorie, 112, 136.

als Norm an. Eine Norm müsse nach seinem neuen Verständnis stets Ausdruck eines Willens sein, d.h. dann aber auch, gesetzt sein. Eine bloß vorausgesetzte Norm ist nicht mehr mit dem neuen Norm-Verständnis vereinbar, die Grundnorm ist für Kelsen nur noch als fiktiv denkbar.

Fraglich ist, ob die Autorität eine moralische sein könnte. Dieser Ansicht ist zum Beispiel Stanley Paulson. Er interpretiert Kelsen so, dass die Grundnorm die Ermächtigung einer moralischen *oder* juristischen Autorität repräsentiere, die es nicht gebe. Sie sei noch höher als die „autorité ultime“, welche in einer Demokratie der Wille des Volkes sei. Diese Autorität kann für Kelsen aber keine moralische sein, da das reine Recht seinen Ursprungsgrund in sich selbst finden muss. Wie Kelsen immer wieder betont, sind Recht und Moral zwei grundverschiedene normative Systeme; deswegen kann auch nicht das Recht seine Autorität letztendlich aus der Moral ziehen. Die Autorität muss eine rechtliche sein, welche es aber nicht geben kann.

Auffallend ist, dass Kelsen schreibt, dass die Grundnorm zur Begründung der Geltung von Normen (ihrem Zweck) fiktiv sein müsse. Eine Bedingung kann als solche jedoch nicht fiktiv sein: Etwas ist oder ist nicht die Bedingung für die Erkenntnis von Normativität. Kelsens Frage kann sich also nicht auf die Eigenschaft der Grundnorm als Bedingung der Erkenntnis von Recht beziehen. Sie muss sich vielmehr darauf beziehen, ob der Inhalt der Bedingung, die Grundnorm, real oder fiktiv ist. Das bedeutet aber auch, dass sich Kelsens Fragestellung gewandelt hat: Von der Grundnorm als Antwort auf die Frage, „Was kann ich wissen?“, respektive unter welchen Bedingungen man Normativität erkennen kann, zu „Was soll ich tun?“, d.h. ob und warum man sich an rechtlichen Normen orientieren sollte.³⁷² Das heißt, dass sich Kelsens „Bedingungsdenken“ zu einem „Begründungsdenken“ gewandelt hat.

Damit gerät Kelsen nun aber auch in das von Hans Albert sog. Münchhausen-Trilemma. Demnach gerät man bei einem erkenntnistheoretischen Letztbegründungsversuch notwendigerweise immer in eine von drei Fallen: Einem willkürlichen Begründungsabbruch, einen Zirkelschluss oder einem infiniten Regress. Die einzige absolute erkennbare Wahrheit ist demnach, dass eine Letztbegründung unmöglich ist.³⁷³ Die Grundnorm entlarvt sich für Kelsen als willkürlicher Begründungsabbruch; sie bietet

372 Mit anderen Gründen, aber demselben Ergebnis *Potacs*, Die Grundnormproblematik, in: Griller/Rill (Hrsg.), Rechtstheorie: Rechtsbegriff – Dynamik – Auslegung, 150.

373 Vgl. Kletzer, The Idea of a Pure Theory of Law, 125.

also nur einen scheinbaren Ausgang aus dem Trilemma. Es scheint kein Entrinnen aus Hans Alberts Münchhausen-Trilemma³⁷⁴ zu geben, weshalb Kelsen die Grundnorm als Fiktion setzen muss. Wie man dem wohl entkommen kann, wird mit verschiedenen Ansätzen diskutiert:³⁷⁵

Eine Möglichkeit dafür könnte man darin sehen, dass die Grundnorm im Gegensatz zu gesetzten Normen nicht auf einer Entscheidung (dem von Kelsen in der späten Periode geforderten Willensakt, s.o.) und Normativität, sondern nur aus Normativität bestehe. Sie wäre der Faktizität einer Entscheidung damit enthoben, eine andere Kategorie von Norm. Diese Argumentation erinnert an die aristotelische Lehre der Entelechie: Gesucht wird der unbewegte Bewegter, die Normativität vermittelnde nicht gesetzte Norm. Diese Bedenken teilte auch René Marcic in einer Diskussion mit Hans Kelsen 1962: Marcic kommt zu dem Kern der Frage, welche Eigenschaften ein Begründendes mit dem zu Begründenden gemein haben muss, um es begründen zu können. Kelsen vertritt die Ansicht, dass nur eine Norm eine Norm begründen kann:

Kelsen: „[...] Ich kann ihm [Marcic, Anm. KA] nicht zustimmen, weil ich nicht darüber hinaus kann, daß ein Sollen ohne ein Wollen nicht möglich ist! Kein Imperativ ohne Imperator; kein Befehl ohne Befehlenden! Weil das Sollen, das dieser Befehl zum Ausdruck bringt, das Korrelat eines Wollens sein muß.“³⁷⁶

Die reine Normativität selbst könne keine Autorisierung zur Rechtssetzung aussprechen. Die Bedingung der Möglichkeit von Rechtssetzung verlange mehr als bloße Normativität, sie verlange eine Legitimitätsquelle, einen Befehlenden, wie Kelsen es ausdrückt.

„[Z]ur Anwendung einer Norm [...] [muss] neben der ‚normsetzenden‘ Grundnorm auch noch eine ‚anwendungsgebietende‘ Grundnorm angegeben werden, die die Anwendung der Normen befiehlt.“³⁷⁷

Einen weiteren Ausweg sieht Christoph Kletzer in einem (bei ihm sog.) absoluten Positivismus, den er aus Kelsens Werk ableitet. Demnach könne

374 Albert, Traktat über kritische Vernunft, 10.

375 Mit einem weitergehenden Überblick über Einwände Potacs, Die Grundnormproblematik, in: Griller/Rill (Hrsg.), Rechtstheorie: Rechtsbegriff – Dynamik – Auslegung, 140 ff.

376 Schmölz, Diskussion, in: Schmölz (Hrsg.), Das Naturrecht in der politischen Theorie, 120 f.

377 Rath, Fiktion und Heteronomie, ARSP 1988, 215.

und müsse eine Rechtsordnung nicht von einer außenstehenden Autorität, sei dies die Philosophie oder auch die Rechtstheorie, begründet werden.³⁷⁸ Was das Recht begründen könne, sei allein das Recht selbst. Die Grundnorm, und damit auch die Geltung des Rechts, würde durch das Recht selbst vorausgesetzt.³⁷⁹ Sie sei also keine rechtstheoretische, sondern eine rechtliche Voraussetzung.

Noch ein Ausweg wäre ein juristischer Fiktionalismus: Demgemäß wäre Recht zwar fiktiv, aber man müsse aus praktischen Gründen so tun, als ob es Recht gäbe und darauf einen Diskurs aufbauen.³⁸⁰

Die Diskussion der Begründungsfunktion der Grundnorm soll hier nicht zu Ende gebracht werden, da sie nichts mit der Analyse von Kelsens Theorie zu tun hat.³⁸¹ Es bleibt festzuhalten: Eine Grundnorm, die Bedingung von Normativität sein soll ohne selbst Autorität zu vermitteln ist nicht möglich, sie bleibt für Kelsen eine Fiktion. Münchhausen kann sich also immer noch nicht am eigenen Schopfe aus dem Sumpf ziehen. Ota Weinberger spricht in diesem Zusammenhang von Normirrationalismus und Alexander Somek resümiert resignierend:

„Als eine in sich widersprüchliche Fiktion verwandelt sich die Grundnorm in ein tiefsinniges Symbol für die Unbegründetheit des Rechts und die Grundlosigkeit der ihm gewidmeten Wissenschaft.“³⁸²

Auch Vaihinger selbst sagt über Fiktionen im Sinne seines erkenntnistheoretischen Fiktionsbegriffs, dass abgesehen von einem praktischen Wert theoretisch nichts gewonnen wäre. Ernst Weigelin bringt sogar die Befürchtung zum Ausdruck, dass solche dem Recht vorgehenden Fiktionen in der Rechtswissenschaft, wie die Grundnorm oder der Staatsvertrag, die wissenschaftliche Weiterentwicklung ausbremsen würden.³⁸³

Die Grundnorm vermag sich nach Kelsen selbst nicht am eigenen Schopfe aus dem Sumpf zu ziehen; der Stufenbau der Rechtsordnung, der

378 Kletzer, *The Idea of a Pure Theory of Law*, 133.

379 Ibid., 135.

380 Mehr als eine deskriptive Stärke vermag ich dieser Position allerdings nicht abzugewinnen.

381 Meinen Ausweg findet man bei der kurzen Diskussion, ob das Recht aus erkenntnistheoretischen Gründen als fiktiv einzuordnen ist, 151 ff.. Er wird hier nicht aufgezeigt, da mit Erkenntnissen aus der Literaturwissenschaft argumentiert wird, welche hier (noch) nicht von Belang sind, da es allein um Kelsens Position geht.

382 Somek, *Rechtstheorie*, 112.

383 Weigelin, *Über rechtliche und sittliche Fiktionen*, ARSP 1924, 25.

Grund der Geltung einer Rechtsordnung mag auf einem willkürlichen Begründungsabbruch beruhen – aber sie ist dennoch nützlich hinsichtlich eines Aspekts, den Kelsen nicht in Betracht gezogen hat. Kelsen weist dabei selbst den Ausweg: In seinem Aufsatz von 1919 lobt er die Fiktionen im *Vaihinger'schen* Sinne, da sie Erkenntnisse über die Wirklichkeit ermöglichen, obwohl sie zur Welt und sogar sich selbst in Widerspruch stehen. Diese gäbe es zwar im Recht nicht, aber vielleicht in der Rechtswissenschaft. Und genau hier ist es, wo man die wissenschaftliche Werthhaftigkeit der Fiktion einer Grundnorm anerkennen muss: Erklärt sie doch deskriptiv die faktische Geltung von Recht, warum ganze Gesellschaften ihre Handlungen nach Rechtsnormen richten. Dieser Ansatz wäre aber mit einem Rückzug vom Begründungsdenken verbunden, was Kelsen am Ende nicht mehr machen wollte.

Die Fiktion der Grundnorm ist so das Eingeständnis des Rechtswissenschaftlers Kelsen, Normativität letztendlich nicht begründen zu können.

„Jede Fiktion [in der rechtswissenschaftlichen Forschung, Anm. KA] ist ein ungelöstes Problem und stellt sich selbst als solches dar.“³⁸⁴

Eine fiktive Grundnorm verdeckt dieses Begründungsdefizit. Positiv ist, dass sie eine Erklärung dafür gibt, warum sich Menschen so verhalten, als ob bestimmte Normen objektiv wären. Dies ist nicht zwingend weniger wert als eine erkenntnistheoretische Begründung. Sie ist aber wissenschaftstheoretisch etwas ganz anderes. Die Fiktion der Grundnorm birgt nur scheinbare Sicherheit vor der immer noch drängenden Frage, warum Normen gelten. Die Begründung objektiv geltender Normen, welche die Bedingung einer nicht nur deskriptiven³⁸⁵ reinen Rechtslehre sind, gibt es nur um den Preis der Letztbegründung. Zugespitzt formuliert ist eine Fiktion die Bedingung der Möglichkeit der reinen Rechtslehre. Das ist die Erkenntnis, worauf Kelsens Entwicklung von den *Hauptproblemen* bis zur *Allgemeine(n) Theorie der Normen* hinausläuft. Und diese Letztbegründung kann Hans Kelsen aufgrund der vertretenen Seins-Sollens-Dichotomie

384 *Bülow*, Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten, AcP 1879, 6.

385 Verstünde man die reine Rechtslehre als rein deskriptive Unternehmung, käme man nicht in die Verlegenheit der Letztbegründung. Kelsen zeigt hierzu selbst Ansätze; beispielsweise wenn er immer wieder anführt, dass man eine Grundnorm nur notwendig voraussetzen wollte, wenn man objektive Geltung erklären wolle.

nicht leisten.³⁸⁶ Um seine reine Rechtslehre zu retten, gibt es für ihn also nur einen Ausweg: Die Fiktion der Grundnorm.

Zusammenfassend kann man sagen, dass Kelsens Grundnorm also tatsächlich eine Fiktion im Vaihinger'schen Sinne ist, aber nicht aus den Gründen, die Kelsen selbst anführt.

b. Die juristische Person

Kelsen bespricht die juristische Person ausführlich in der *Reinen Rechtslehre*. Auf einer sehr abstrakten Ebene fasst er zunächst den Unterschied von Fiktionstheorie und der Theorie der realen Verbandspersönlichkeit zusammen:

„Dabei [der traditionellen Theorie der Rechtsperson] stellt man die physische Person als eine ‚natürliche‘ der juristischen Person als einer ‚künstlichen‘, das heißt von der Rechtswissenschaft konstruierten, nicht ‚realen‘ Person gegenüber. Zwar gibt es Versuche, auch die juristische Person als ‚real‘ nachzuweisen.“³⁸⁷

Dann folgt Kelsens entscheidende Stellungnahme:

„Aber diese Versuche sind umso vergeblicher, als nähere Analyse zeigt, daß auch die sogenannte physische Person eine künstliche Konstruktion der Rechtswissenschaft ist, daß auch sie nur eine ‚juristische‘ Person ist.“³⁸⁸

Kelsen betont also im Gegensatz zu Savigny, dass Rechtssubjekte unabhängig von einem natürlichen Substrat gesetzt werden. Er will jede vermutete Verbindung von Sein und Sollen, Realem und Ideellem³⁸⁹ strikt vermeiden. Daher verwirft er die Anbindung an ein natürliches Substrat komplett.³⁹⁰

386 Dafür argumentieren, dass die Seins-Sollens-Dichotomie hier zu weit führe *Potacs*, Die Grundnormproblematik, in: Griller/Rill (Hrsg.), Rechtstheorie: Rechtsbegriff – Dynamik – Auslegung, 150.

387 Kelsen, *Reine Rechtslehre*², 313 f.

388 *Ibid.*, 313.

389 Kelsen kommt es bei diesem Gegensatz nicht auf die gewählten Wörter an – es geht ihm um die Betonung der Verschiedenheit der Seinsweisen von sinnlich wahrnehmbaren Dingen und Normen. Dass beide existieren und in diesem Sinne real genannt werden können, verneint er nicht.

390 *Paulson*, Hans Kelsen et les Fictions Juridiques, 71.

„Die physische oder juristische Person, die Rechtspflichten und subjektive Recht – als deren Träger – ‚hat‘, *ist* diese Rechtspflichten und subjektiven Rechte [...] deren Einheit im Begriff der Person figürlich zum Ausdruck kommt. Die Person ist nur die Personifikation dieser Einheit.“³⁹¹

Die Stärke von Kelsens Theorie der juristischen Person liegt im Vergleich zu Savignys Theorie darin, dass sie einen einheitlichen Ursprung aller Rechtssubjekte anbietet. Bei Savigny wird die juristische Person quasi vom natürlichen Substrat abgeleitet: Zunächst zur natürlichen Person des Rechts, dann zur juristischen Person.

Kelsen spricht dies auch bereits 1919 in seinem Aufsatz zu den Fiktionen an: „In diesem Sinne gibt es echte, d.h. erkenntnistheoretische Fiktionen im Recht. [...] Fiktionen der Rechtstheorie. Eine solche Fiktion [...] ist zB der Begriff des Rechtssubjekts [...].“ Dieses Rechtssubjekt sei fiktiv, weil es eine „Realsetzung der Person“, und dabei sei nicht zu unterscheiden zwischen „physischer“ und juristischer Person, gäbe. „Die Person [...] lebt in der Vorstellung der Juristen als ein von der Rechtsordnung verschiedenes, selbständig existentes Wesen [...].“³⁹²

Beide Theorien haben ihre Vor- und Nachteile: Für Kelsen spricht die systematische Einheitlichkeit der Theorie der Rechtssubjekte.³⁹³ Dagegen spricht allerdings, dass ohne Rücksichtnahme auf die Realität Rechtssubjekt werden kann, was auch immer konstruiert wird und der Status des Rechtssubjekts aberkannt werden kann, wie auch immer es gewünscht ist. Dies birgt nicht nur die typischen Gefahren des Rechtspositivismus, sondern auch die Gefahr des Wirksamkeitsverlusts des Rechts durch fehlende Anerkennung. Wenn Roboter, Flüsse und Berge Rechtssubjekte werden können, kann das Recht langsam zunächst an Anerkennung in der Bevölkerung und dann an Wirksamkeit verlieren.³⁹⁴

Kelsens Ansicht ist es, dass alle Rechtssubjekte denselben Status haben bezüglich ihrer Fiktivität: Entweder man begreift sie alle als nicht-fiktive Konstruktionen (wie es Kelsen bis 1960 gemacht hat) oder – wenn man das ganze Recht als fiktiv begreift wie Kelsen ab 1960 – als fiktive Konstruktionen.

391 Kelsen, *Reine Rechtslehre*², 314.

392 Beide Zitate: Kelsen, *Zur Theorie juristischer Fiktionen*, 633.

393 Paulson, Hans Kelsen et les Fictions Juridiques, 70.

394 Dies wird später noch genauer erörtert, siehe das Kapitel zu den Rechtsinstituten, 265 ff.

c. Wahrheit im Recht

Die Frage nach der Wahrheit im Recht drängt sich bei der Behandlung von Fiktionen besonders auf, weil diese oft als falsche Annahmen definiert werden. Kants Einfluss auf Kelsen lässt sich – neben der Grundnorm – nach Stanley Paulson am deutlichsten am „*Kantian Filter*“ sehen, welcher Kelsen zur Anwendbarkeit des Nichtwiderspruchsprinzips auf Rechtsnormen führt.³⁹⁵ Das bedeutet, dass der Widerspruch von zwei Normen nicht möglich sei, weil Normen zumindest analog wahr oder unwahr sein können. Zudem sind beide Normen Teil eines in sich widerspruchsfreien Systems von Normen, welche von der Grundnorm geeint werden. In der Spätphase widerruft er dies: Denn ohne Widersprüche zwischen Normen seien keine Normkonflikte denkbar.

„Bestünde eine Analogie oder Parallele zwischen der Wahrheit einer Aussage und der Geltung einer Norm, müßte der Satz vom ausgeschlossenen Widerspruch, der auf zwei miteinander in Konflikt stehende Aussagen Anwendung findet, auch oder doch per analogiam auf zwei miteinander in Konflikt stehende Normen angewendet werden können. [...] Das ist aber nicht der Fall. Denn träfe [dies] zu, [...] könnte es keinen Normen-Konflikt geben.“³⁹⁶

Daher verneint Kelsen sogar jede analoge Anwendbarkeit des Wahrheitskriteriums auf das Recht.

„Auf dieser Annahme der Parallele von Wahrheits- und Geltungswert beruht zu einem großen Teil die Doktrin, dass logische Prinzipien ebenso wie – oder in analoger Weise wie – auf Aussagen, so auf Normen anwendbar sind. Aber diese Parallele besteht nicht.“³⁹⁷

Sein Hauptargument hierfür ist, dass die Wahrheit einer Aussage im Gegensatz zu der Geltung einer Norm nicht von ihrem Akt des Entstehens, d.i. bei der Norm die Setzung, abhängig sei.³⁹⁸ Zudem beschreibe die Geltung der Norm nur ihre Existenz, die Wahrheit einer Aussage betreffe je-

395 Paulson, Metamorphosis in Hans Kelsen's Legal Philosophy, *The Modern Law Review* 2017, 862.

396 Kelsen, Die Grundlage der Naturrechtslehre, in: Schmölz (Hrsg.), *Das Naturrecht der politischen Theorie*, 3.

397 Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, 137.

398 Ibid., 136 f.

doch nicht deren Existenz, sondern sei nur eine Eigenschaft.³⁹⁹ Dadurch ist Existenz aber nicht mehr die grundlegende ontologische Kategorie, sondern nur noch Eigenschaft. Kelsen verneint also aufgrund aus seiner Sicht fehlender struktureller Parallelen eine Wahrheit von Normen.⁴⁰⁰

d. Resümee

Hans Kelsens Arbeit bringt der Fiktionsforschung einen ganz wesentlichen Erkenntnisfortschritt: Er macht Vaihingers Theorie für die Rechtswissenschaften fruchtbar. Kelsen wendet Vaihingers Fiktionsbegriff, welcher allein auf die Wissenschaft ausgerichtet ist, auf die Rechtswissenschaft an und nicht, wie Vaihinger, fälschlicherweise auf das Recht selbst. Da aber auch für Kelsen eine Fiktion mit dem Erkenntnisgewinn bezüglich des Rechts verknüpft ist, verneint er die Möglichkeit von Fiktionen im Recht und bezeichnet diese als Pseudofiktionen. Dabei fasst er jedoch auch Konstruktionen wie das Rechtssubjekt nicht als Fiktion im Recht sondern als rechtswissenschaftliche Fiktion auf.

Bezüglich des Charakters der Grundnorm unterliegt Kelsens Werk einem steten Wandel: Ist diese zunächst eine Hypothese, bezeichnet er sie ab 1962 als Fiktion im echten Vaihinger'schen Sinne, die sich selbst widerspricht und uns mehr Erkenntnisse über die Wirklichkeit einbringt. Den letzten Schritt, aufgrund der fiktiven Grundnorm das Recht als fiktiv zu bezeichnen, geht er indes nicht.

3. Josef Esser

Josef Esser widmet seine Habilitationsschrift den von ihm sog. Rechtsfiktionen. Darunter versteht er durch den Gesetzgeber oder den Richter eingesetzte Fiktionen.

Esser verwirft Vaihingers Fiktionsverständnis für das Recht mit der gleichen Begründung wie Hans Kelsen, dass nämlich das Recht nicht der Gerierung neuer Erkenntnisse diene. Damit gehört Josef Esser zu einem der

399 Hierbei setzt er voraus, dass die Existenz keine Eigenschaft ist, was für seine ontologische Position bedeutet, dass er keinen Meinonganismus vertritt. Bei dieser Theorie wird die Existenz von Dingen, die nicht existieren, bejaht.

400 Dies wird im Kapitel der Wahrheit als Kennzeichen von Fiktionen relevant, 189 ff.

Vertreter der Position, welche die Möglichkeit von Fiktionen im Recht verneinen. Er argumentiert (wie Kelsen), dass die sprachliche Ebene von Rechtsfiktionen nicht das entscheidende sein könne, um sie als Fiktionen einzuordnen. Man müsse sie von ihrer Funktion her bestimmen. Diese wäre es, Rechtsfolgenverweisungen oder Gleichsetzungen anzuordnen.

„Die Fiktion ist ein [...] Werkzeug zur Gleichsetzung des Ungleichen, der Ersetzung und Unterschiebung, sei es per assimilationem oder per simulationem. Ähnliche Aufgaben hat sie im Rechte zu erfüllen.“⁴⁰¹

Esser untergliedert „Rechtsfiktionen“ nach ihren „Beweggründen und Zweckbestimmungen“⁴⁰². Er unterscheidet zwei Kategorien von Fiktionen: „Eine der technisch zweckmäßigen und deshalb zeitlos wertvollen [...] und eine der durch rechtstheoretische Hilflosigkeit oder dogmatische Fehlvorstellungen bedingten und deshalb zu verwerfenden Fiktionstypen [...]“.⁴⁰³ Dabei stellt er fest, dass der Zweck der Rechtsfortbildung nicht allein bei der römisch-rechtlichen Fiktionsart bestand, sondern auch im damaligen Deutschland Recht seinen „Niederschlag gefunden“⁴⁰⁴ habe. Eine andere (historische) Aufgabe der Rechtsfiktionen sieht Esser, ähnlich wie Henry Sumner Maine, in der Rechtsfortbildung.

„Das Recht ist, sobald die soziale Entwicklung das Stadium autoritärer Entscheidung des Einzelfalles überschritten hat, auf die Erfassung der Vielheit aller Sachverhalte und Subjekte durch feste, von allen konkreten Besonderheiten absehende Rechtssätze angewiesen. Schon hieraus ergibt sich das Bedürfnis, Lebensfragen, die nicht geregelt oder doch für die Forderungen der Zeit nicht befriedigend geregelt sind, durch Anähnung, oft durch Fiktionen, nachbildend zu regeln.“⁴⁰⁵

Diese Aufgabe ende aber bei der Kodifizierung. Wenn hier das Bedürfnis weiterhin besteht, Fälle abzudecken, welche so nicht direkt vom Wortlaut des Gesetzes umfasst sind, gibt es noch die Möglichkeit der Rechtsfortbildung durch Analogie.

Esser stellt mithin die bisherige Akzeptanz von Fiktionen im Recht grundlegend in Frage. Dies wurde von der Rechtswissenschaft im deutschsprachigen Raum sofort aufgenommen und auch vom deutschen Reichsge-

401 Esser, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen², 5.

402 Ibid., 199; 37–127.

403 Ibid., 199.

404 Ibid., 201.

405 Ibid., 5.

nicht berücksichtigt: Hatte man im Zivilrecht in vielen Fällen mit einer „fingierten Willenserklärung“ gearbeitet um Fälle über das Vertragsrecht zu lösen, wandelte sich die Begründung: So wurde beispielsweise aus der stillschweigenden Bevollmächtigung die Rechtsscheinvollmacht und aus der *culpa in contrahendo* als fingiertem Schutzpflichtvertrag ein gesetzliches Schuldverhältnis.⁴⁰⁶ Karl Larenz äußerte dazu, dass „die angemessene Rechtsfolge“ oft versucht werde „statt durch die Berufung auf einen anerkannten allgemeinen Rechtsgedanken [...] im Wege der Fiktion [...] zu rechtfertigen – ein Bemühen, dessen Sinnlosigkeit vielen Juristen gar nicht mehr zum Bewußtsein kommt.“⁴⁰⁷ Sowohl Larenz als auch Esser ging es darum, den Weg zum Vertragsrecht nicht durch eine Fiktion zu öffnen. Entweder läge eine Willenserklärung vor und der Weg zum Vertragsrecht sei eröffnet oder man müsse sich eben mit der Anwendung des Deliktsrechts begnügen. Sie empfanden es als eine ungerechtfertigte Verdrehung der Wirklichkeit, eine Willenserklärung zu fingieren, wo es keine Referenz in der sozialen Wirklichkeit gibt. (Dass von den Romanisten im 19. Jahrhundert eine solche Referenz nie behauptet wurde, ist für sie unerheblich.)

Auch Esser sieht (wieder ähnlich wie Kelsen) das Recht als abgeschlossene eigene Wirklichkeit:

„Die Fiktion verdeckt hier die maßgeblichen Entscheidungsgründe; sie setzt die Begründungen [die Begründung eines Gerichtsurteils, Anm. KA] zu einer Scheinbegründung herab.“⁴⁰⁸

„Scheingeschäft und Fiktion sind die klassischen Werkzeuge einer Rechtsfortbildung, die sich aus theoretischer Schwäche, dogmatischer Bindung, starrem Konservatismus oder politischen Bedenken nicht getraut, die zu ändernden Rechtssätze und -vorstellungen auch der Form nach richtigzustellen [...].“⁴⁰⁹

4. Pierre J.J. Olivier

Pierre Johannes Jeremia Olivier verfasste im Jahr 1975 „Legal Fictions in Theory and Practice“ in Südafrika. Das Rechtssystem Südafrikas ist sowohl

406 Haferkamp, „Methodenehrlichkeit“? – Die juristische Fiktion im Wandel der Zeiten, 1084.

407 Larenz, Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie, 15.

408 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 253.

409 Esser, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen², 201.

von der *Civil Law* als auch der *Common Law* Tradition beeinflusst und weist als Hybrid-System Prägungen aus beiden Richtungen aus. Letztendlich schließt sich Olivier beim Fiktionsverständnis dem Glossator Bartolus an, weshalb seine Arbeit an dieser Stelle im *Civil Law* vorgestellt werden soll. (Dennoch wurde seine englischsprachige Arbeit im *Common Law* sehr viel stärker rezipiert als im *Civil Law-Rechtskreis*.) Olivier diskutiert mit großer Umsichtigkeit, hohem geschichtlichen Bewusstsein und kontinentaleuropäischer Prägung das Phänomen der Fiktionen im Recht.

Olivier verwirft zunächst die Arbeiten sämtlicher anglo-amerikanischer Juristen, da sie sich ausschließlich auf die rechtsfortbildenden Fiktionen und die Bewertung von Fiktionen konzentrierten. Er schließt sich dem von ihm sog. „civilian approach“ an, welcher seiner Ansicht nach seinem Höhepunkt in dem Werk des Glossators Bartolus findet. Dementsprechend definiert er im Anschluss an Bartolus Fiktionen als Annahme „in re certa eius quod est possibile contra veritatem pro veritate a iure facta assumptio“.⁴¹⁰ Olivier verwirft auch die Ansicht, dass es *keine* Fiktionen im Recht geben könne, wie sie beispielsweise von Kelsen und Esser vertreten wird. Das Recht würde auf die Wirklichkeit in Form des festgestellten Sachverhalts angewendet werden. Und Fiktionen veränderten gerade diese Fakten.⁴¹¹

Für ihn gibt es Fiktionen im Recht, da sie falsch wären in Hinblick auf die Wirklichkeit, wie sie im juristischen Sachverhalt festgestellt wird. Fiktionen veränderten die Fakten dieser festgestellten Wirklichkeit.⁴¹² Eine Verweisung hätte die Form: *Wenn die Situation A vorliegt, verhalte dich so, als ob die Situation B vorläge*. Bei Fiktionen hingegen wäre die Form: „Wenn die Situation A vorliegt, nimm bestimmte Fakten als gegeben an“, wobei diese Fakten dann die Situation A in Situation B umwandeln. Die Verweisung grenzt er von Fiktionen ab, da Fiktionen die dem Recht zugrunde liegenden wahrscheinlichen oder bewiesenen Sachverhaltsfakten verändern, im Gegensatz zu Verweisungen, die sich nur im Normbereich selbst abspielten. Unwiderlegbare Vermutungen seien ebenfalls von Fiktionen abzugrenzen. Zwar handelte es sich bei beiden um strukturidentische Annahmen, jedoch sei eine Fiktion immer „contra veritatem pro veritate“ und eine Vermutung „pro veritate in re dubio.“ Olivier lehnt es weiterhin ab, abstrakte Entitäten generell oder das Recht als Fiktion anzusehen.

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

411 Ibid., 56.

412 Ibid., 57.

5. Dieter Meurer

Dieter Meurer untersucht 1973 die Rolle von Fiktionen in der Rechtspraxis, insbesondere der Rechtsprechung im Strafrecht. Er unterscheidet ausgehend von der Begriffsbestimmung von Fiktion als „Gleichsetzung von Ungleichem und/oder Ungleichsetzung von Gleichem zur Erreichung eines Zweckes“⁴¹³ anhand ihrer Funktion zwei Typen:

- „1. Gesetzesfiktionen sind verweisende Rechtssätze, die durch die unmöglich Annahme, der gegebene Tatbestand sei einem anderen ungleichen Tatbestand gleich, die Rechtsfolge an den gegebenen Tatbestand knüpfen, die der angenommene Tatbestand schon hat.
2. Begründungsfiktionen sind verweisende normative Individualsätze, die durch die unmögliche Annahme, der gegebene Sachverhalt sei einem anderen ungleichen Sachverhalt gleich, die Rechtsfolgen an den gegebenen Sachverhalt knüpfen, die der angenommene Sachverhalt schon hat.“⁴¹⁴

Die Fiktionen seien nicht „nur als Sprachform auf der Ebene der Urteilsbegründung, sondern auch als Denkform in der Rechtsanwendung und Sachverhaltsgewinnung möglich.“ Die Gesetzesfiktionen seien dabei unproblematischer als die, welche durch die Rechtspraxis gesetzt werden hinsichtlich der Rechtssicherheit.⁴¹⁵ Wichtig ist Meurer, dass Fiktionen durch die fehlende Begründung ihrer Einführung (im Gegensatz zu Analogien) zu einem gewissen Grad irrational und willkürlich seien.⁴¹⁶

413 Meurer, Fiktion und Strafurteil. Untersuchungen einer Denk- und Sprachform in der Rechtsanwendung, 60.

414 Meurer, Fiktion und Strafurteil, 73.

415 Ibid., 75.

416 Eine Diskussion von Quellen zur Rechtsfiktion aus dem 21. Jahrhundert im *Civil Law* findet nicht statt, da es keine rechtsphilosophisch fundierten Untersuchungen der Fiktionen gab. Mehr zu aktuellen Autoren findet sich im 21. Jahrhundert im *Common Law*, 105 ff.

B. Fiktionen im anglo-amerikanischen Rechtskreis

„[...] unter den neueren Völkern hat die juristische Fiktion besonders in England Fortbildung erfahren, freilich in einer oft lächerlichen Weise, bis zu einem Grade, der nur noch als Unfug bezeichnet werden kann.“⁴¹⁷

„In Rome-bred law [...] fiction is a wart, which here and there deforms the face of justice: in English law, fiction is a syphilis, which runs in every vein, and carries into every part of the system the principle of rottenness.“⁴¹⁸

Der Rechtskreis des anglo-amerikanischen *Common Law*⁴¹⁹ ist neben dem des zentraleuropäischen *Civil Law* der größte Rechtskreis.⁴²⁰ Die Fiktionen sind im anglo-amerikanischen Rechtskreis sehr viel üblicher als im römisch-rechtlich geprägten Rechtskreis. Dies lässt sich nicht nur an der Verwendung in Urteilen oder der Vielzahl der Veröffentlichungen ablesen: *Legal fictions* nehmen teilweise einige Vorlesungsstunden in den ersten Studienabschnitten ein. Doch warum sind Fiktionen im Recht dort häufiger und auch präsenter?

Zunächst sei der Stand der Forschung rekapituliert, bei welchem die Frage der Bewertung eine zentralere Rolle als die der Definition einnimmt. Dies ist problematischer als es in der anglo-amerikanischen Forschung wahrgenommen wird: Es muss zwangsläufig zu Missverständnissen bei der Bewertung kommen, wenn man sich bereits über das Objekt der Bewertung uneins ist bzw. dieses nur unzureichend problematisiert.

Im Gegensatz zur *fictio iuris* des römischen Prozesses ist die *legal fiction* was ihre Bewertung angeht seit jeher umstritten: Während die Fiktion einerseits von Jeremy Bentham als Syphilis „*which runs in every vein, and carries with it into every part of the system the principle of rottenness*“ beschimpft wird, wird sie von William Blackstone als „*highly beneficial and useful*“ be-

417 *Vaihinger*, Die Philosophie des Als Ob, 48.

418 *Bentham*, The Works of Jeremy Bentham, 92.

419 Sofern hier vom *Common Law* die Rede ist, ist der anglo-amerikanische Rechtskreis in Abgrenzung vom kontinental-europäischen Rechtskreis (hier als *Civil Law* bezeichnet) gemeint, es sei denn, eine andere Bedeutung von *Common Law* ergibt sich aus dem Kontext.

420 Zu den verschiedenen Differenzierungskonzepten in der Rechtsvergleichung siehe: *Husa*, Legal Families, in: Smits (Hrsg.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, 385 f.

wertet.⁴²¹ Heutzutage ist man den Fiktionen etwas wohler gesonnen.⁴²² Gemeinsamer Grund ist bei allen Zwistigkeiten, welche die Bewertung anbelangen, die von Fuller geprägte Beschreibung, dass es sich bei *legal fictions* um bewusst falsche Annahmen handle.

I. 18. Jahrhundert

1. William Blackstone

Die frühesten Forschungen kommen von William Blackstone (1723–1780), welcher berühmt für seine „Commentaries on the Law of England“ (1765–1769) ist. In diesem Werk stellt er das gesamte englische Recht seiner Zeit da. Blackstone hält Fiktionen dabei zwar auch für „one of these troublesome, but not dangerous, evils which have their root in the frame of our constitution, and which therefore can never be cured, without hazarding everything that is dear to us“.⁴²³ In der englischsprachigen Diskussion um die Bewertung von Fiktionen ist er der Gegensatz zu Jeremy Bentham; er hielt sie (in gewissen Grenzen) für äußerst hilfreich, notwendig und nützlich:

„And these fictions of law, though at first they may startle the student, he will find upon further consideration to be highly beneficial and useful; especially as this maxim is ever invariably observed, that no fiction shall extend to work an injury; its proper operation being to prevent a mischief, or remedy an inconvenience, that might result from the general rule of law. So true it is, that *in fitione juris semper subsistit aequitas*.“⁴²⁴

Blackstone hält Fiktionen also nur so lange für gut, als sie Ungerechtigkeiten ausgleichen. Sie sollen jedoch niemals zur Schädigung einer Partei dienen, d.h. Rechte aberkennen. Die Fiktion müsse stets ein Ausfluss der *ae-*

421 Zitiert aus *Bentham*, The Works of Jeremy Bentham und *Blackstone*, Commentaries on the Law of England, nach *Kerr*, Fictions and Deemings, 301.

422 *Del Mar*, Introduction, in: *Del Mar/Twining* (Hrsg.), Legal Fictions in Theory and Practice, xxvi; *Stern*, Legal and Literary Fictions, in: *Anker/Meyler* (Hrsg.), New Directions in Law and Literature, 313.

423 *Blackstone*, The Oxford Edition of Blackstone's, 177: Das Zitat bezieht sich eigentlich auf „the intricacy of our legal process“, welcher sich aber, wie im Satz zuvor angegeben, u.a. aus den „*arbitrary fictions*“ ergibt.

424 *Blackstone*, Commentaries, 42 (Book III, Chap. IV).

quitas (respektive dessen spezieller Ausformung im *Common Law*, der *equity*) sein. Dieser Grundsatz wurde bereits um 1591 ins englische Recht implementiert.⁴²⁵ Eine weitere Einschränkung, die Blackstone vornimmt, bezieht sich auf die Rolle der Fiktionen: Sie müssen für ihn immer punktuelle Mittel zur Rechtsfortbildung sein und dürfen nicht zur Grundlage des Rechts werden.⁴²⁶

Blackstone akzeptierte die *legal fictions* also in gewissen Grenzen. Aber solange sie diese einhalten, könnten sie Fehler im Recht ausbessern wie kein anderes Mittel. Diese Einschränkungen sind für das *Civil Law* insofern interessant, als es dort für den Einsatz von Fiktionen keinerlei Regeln gibt.⁴²⁷ Zu kritisieren ist, dass Blackstone nicht klar darlegt, was er unter Fiktionen versteht. Aus dem Kontext ergibt sich, dass er sich allein auf Fiktionen durch Richter bezieht, welche der Rechtsfortbildung dienen.

2. Jeremy Bentham⁴²⁸

Jeremy Bentham (1748–1832), hauptsächlich bekannt als Begründer des Utilitarismus, ist im Bereich der Fiktionsforschung durch eine nicht unkritische Haltung gegenüber Fiktionen aufgefallen.

Jeremy Bentham hörte Vorlesungen bei William Blackstone über das englische *Common Law* und damit einhergehend auch über Rechtsfiktionen.⁴²⁹ Seine massive Kritik an ihnen ist berühmt. Beinah obsessiv und reißerisch wendet er sich – ganz im Gegensatz zu Blackstone – immer wieder gegen die Fiktionen im Recht. Hier nur einige Beispiele:

„Fictions are falsehoods, and the judge who invents a fiction ought to be sent to jail.“⁴³⁰

„Fiction, tautology, technicality, circuitry, irregularity, inconsistency [...]. [...] [T]he pestilential breath of Fiction poisons the sense of every instrument it comes near.“⁴³¹

425 Näher dazu: *Lobban*, Legal Fictions before the Age of Reform, in: Del Mar/Twining (Hrsg.), Legal Fictions in Theory and Practice, 208.

426 *Kerr*, Fictions and Deemings, 301.

427 Zu weiteren Regeln später in diesem Kapitel bei *Maksymilian del Mar*, 129.

428 An dieser Stelle möchte ich *Michael Quinn* herzlich für das ausführliche Gespräch über Bentham im November 2016 in London danken.

429 *Stolzenberg*, Bentham's Theory of Fictions – A „Curious Double Language“, in: Cardozo Law & Literature 1999, 229.

430 Bentham, Works of Jeremy Bentham, Book I, 232.

431 *Ibid.*, 235.

„Unlicensed thieves use pick-lock keys; liscensed thieves (technical lawyers, Anm. KA] use fictions.“

Fraglich ist, warum jemand, der einerseits seine Logik auf eine Theorie der Fiktionen aufbaut, diese auf der anderen Seite so abwertet. Es liegt nahe, dass hier zwei unterschiedliche Verständnisse vorliegen. Zunächst einmal muss man bei Bentham *fictions* und *fictious entities* unterscheiden.⁴³² Die o.g. Definition für *fictions* ist bei Bentham mit harscher Kritik behaftet. Bei genauerem Hinsehen zeigt sich, dass Bentham Fiktionen also gar nicht per se abgelehnt hat, wie es generell behauptet wird.⁴³³ Vielmehr geht es ihm darum, dass diese nützlich sein müssen.

a. „Fictious Entities“

Unter *fictious entities* versteht Bentham Entitäten, „to which, on the occasion and for the purpose of discourse, existence is really meant to be ascribed.“⁴³⁴ Beziehungsweise an anderer Stelle:

„By a fictious entity, understand an object, the existence of which is feigned by the imagination – feigned for the purpose of discourse – and which, when so formed, is spoken of as a real one.“⁴³⁵

“A fictious entity is an entity to which, though by the grammatical form of the discourse employed in speaking of it, existence be ascribed, yet in truth and reality existence is not meant to be ascribed.“⁴³⁶

D.h. fiktiv ist eine Entität, wenn ihr in einem bestimmten Diskurs Existenz zugeschrieben wird. Die Heimat der Fiktion könne dabei nur die Sprache sein.⁴³⁷ Denn das Unmögliche könne den Anschein der Realität nur durch die Sprache finden. Die Sprache ist für Bentham „an instrument for the communication of thought from one mind to another“.⁴³⁸ Fiktionalität sei ebenfalls ein rein sprachliches Phänomen.

432 Quinn, Fuller on Legal Fictions: A Benthamic Perspective, in: Del Mar/Twining (Hrsg.): Legal Fictions in Theory and Practice, 56 f.

433 Stolzenberg, Bentham's Theory of Fictions – A „Curious Double Language“, 223.

434 Bentham, UCL collection of Bentham manuscripts, box cii. 16, zitiert nach: Quinn, Fuller on Legal Fictions: A Benthamic Perspective, 57.

435 Ogden, Bentham's Theory of Fictions, 114.

436 Ibid., 12.

437 Ibid., 15.

438 UCL collection of Bentham manuscripts, box cii. 456, zitiert nach: Quinn, Fuller on Legal Fictions: A Benthamic Perspective, 62.

Entlang der Unterscheidung von *fictitious entities* und *fictions* läuft auch die unterschiedliche Bewertung von Fiktionen: Zu rechtlichen und moralischen *fictitious entities* gehören beispielsweise Begriffe wie „Pflicht“ oder „Macht“. ⁴³⁹ Dies würden sowohl Vaihinger als auch Fuller als Fiktionen ansehen; es lässt sich jedoch nicht unter Kelsens Fiktionsbegriff subsumieren. ⁴⁴⁰ Zu den *legal fictions* zählen auf der einen Seite die für das *Common Law* typischen Fiktionen durch einen Richter, wie beispielsweise, dass Menorca in London läge. Auf der theoretischen Seite zählen dazu Grundsätze wie beispielsweise, dass Richter kein Recht schaffen, sondern nur anwenden würden. ⁴⁴¹ Benthams Kritik richtet sich, wie bereits festgestellt, nur gegen die *fictions*, nicht gegen die *fictitious entities*. Die Frage ist, warum dies so ist.

Bentham greift *fictitious entities* nicht an, da sie notwendiger Bestandteil der Sprache sind, mit der wir über die Außenwelt kommunizieren. Sprache könne und solle diese auch nicht 1:1 widerspiegeln, sondern muss mit abstrakten Konzepten über sie hinausgehen. ⁴⁴² Doch warum braucht es diese abstrakten Konzepte?

„The subjectivist nature of our engagement with the world, combined with the need to communicate with our fellows, explains the inevitable deployment of fictitious entities in language, the tool of both communication and thought itself.“ ⁴⁴³

Dieses, was über die *substances* der realen Objekte hinausgeht, ist in Benthams Verständnis fiktiv. Wenn in der Sprache so getan wird, als ob es Reife gäbe, obwohl dieses Abstraktum nur in konkrete Erfahrungen besteht, so ist dies für Bentham eine *fictitious entity*.

„[I]n saying, *That apple exists*, the existence of which I express my opinion is a real entity. But *That apple is ripe*; of what is that, in addition to that of the apple [...] It is of the existence of the quality of ripeness in the apple. [...] [T]he quality of ripeness – the imaginary, the fictitious entity called a quality – is lodged.“

439 Ibid., 65; *Quinn* unterscheidet hierbei drei Gruppen, wobei die letzten beiden hier als eine zusammengefasst werden sollen, um sich näher an Benthams Unterscheidung zu orientieren.

440 Ibid.

441 Ibid.

442 Ibid., 60.

443 Ibid.

Die Objekte, welchen diese fiktiven Eigenschaften zugeschrieben werden, seien jedoch real. Primär ist Fiktivität für Bentham daher keine Eigenschaft des Objekts, sondern eine Eigenschaft von Eigenschaften, die wir dem Objekt zuschreiben. Diese abstrakten Konzepte der Eigenschaften wie Reifheit haben für Bentham zunächst für sich genommen keine Bedeutung, da sie auf nichts referieren: in der Außenwelt gibt es keine Reife als solche, nur reife Objekte.

„[...] [R]ipeness relies on the existence of real objects in which it might inhere, and has no independent existence.“⁴⁴⁴

“*Fictious* entities are individualized by referring them to real objects; as, for example, *the colour of that object, that man’s benevolence*.”⁴⁴⁵

In zwei Schritten werde aus so einem Namen dann ein Begriff mit Bedeutung: Zunächst erhalte der Name eine Proposition („phraseopleosis“) und werde danach paraphrasiert („paraphrasis“).⁴⁴⁶ Die Paraphrase „consists in taking the word that requires to be expounded – viz. the name of a *fictious* entity – and, after making it up into a *phrase*, applying to it another phrase, which [...] shall have for its principal and characteristic word the name of the corresponding real entity.“ Und die Proposition sei das, was die Fiktion zu einer solchen mache: Es ist die Annahme, dass etwas nicht Nichtexistierendes existieren würde.⁴⁴⁷ Das Kriterium für die Bewertung von Fiktionen dieser Art ist für Bentham, ob sie dazu nützlich ist, die Kommunikation über die Außenwelt zu erleichtern. Dabei ist entscheidend, dass sie nicht irreführend ist. Dafür ist wiederum entscheidend, ob die *fictious entity* paraphrasiert werden kann durch reale Entitäten.⁴⁴⁸

444 Ibid., 61.

445 Ogden, Bentham’s Theory of Fictions, 153 (Text von George Bentham, Jeremy Benthams Neffen).

446 Ibid., 138 f.

447 Hier ist zu ergänzen, dass sowohl Benthams Erkenntnistheorie als auch seine Ontologie nicht klar einer subjektiven oder objektiven Perspektive zugeordnet werden können, d.h. ob er eine Außenwelt mit Dingen für real hält oder ob er keine Außenwelt annimmt. Es sprechen Indizien dafür, dass Bentham letztendlich eine subjektive Perspektive eingenommen hat.

448 Quinn, Fuller on Legal Fictions: A Benthamic Perspective, 63.

b. „Fictions“

Die krasseste Kritik übt Bentham an den *fictions*, welche die o.g. fiktiven Annahmen durch Richter und die theoretischen Annahmen umfassen. Doch Benthams Kritik ist nicht so flach, wie sie auf den ersten Blick erscheinen mag. Seine Definition bzw. Beschreibung von (*legal*) *fictions* lautet:

„I understand by fiction an assumed fact notoriously false, upon which one reasons as if it were true.“⁴⁴⁹

Es lässt sich also zusammenfassen:

- Annahme (*assumption*)
- Annahme falscher Fakten (*notoriously false facts*)
- Als ob sie wahr wären (*as if it were true*)
- Im Rahmen der rechtlichen Argumentation

Die „Falschheit“ ist für Bentham das zentrale Element. Die Annahmen durch den Richter kämen insbesondere durch „intellectual conservatism“:⁴⁵⁰ Hier versuche der Richter, neue Kategorien in bereits bekannte einzuordnen. Dieses analogische Denken wird von Bentham (als auch später von Vaihinger, der wesentliche Kategorien von Fiktionen nur durch analogisches Denken entstehen sieht, sowie auch Fuller) sehr geschätzt – jedoch müssten diese Denkgerüste abgebaut werden, sobald sie ihren Zweck nicht mehr erfüllen würden. Ihr Zweck ist immer dadurch begrenzt, dass sie paraphrasiert werden können durch reale Entitäten.⁴⁵¹

Seine Kritik richtet sich dabei insbesondere gegen die theoretischen Annahmen,⁴⁵² wie zum Beispiel den Gesellschaftsvertrag oder die sog. „the King can do no wrong“-Doktrin. Die „the King can do no wrong“-Doktrin ist immer noch Teil des englischen Verfassungsrechts, nach welcher das Staatsoberhaupt, in diesem Fall die englische Königin, nicht gegen das Recht verstoßen kann. Dies führt zu einer rechtlichen Immunität des Staatsoberhauptes. D.h., das Staatsoberhaupt kann weder zivilrechtlich noch strafrechtlich belangt werden. Seinen Ursprung hat dieses Prinzip darin, dass die Königinnen und Könige Englands die Gerichte geschaffen ha-

449 Bentham, Theory of Legislation, 1840, 91.

450 Quinn, Fuller on Legal Fictions: A Benthamic Perspective, 66.

451 Ibid., 67.

452 Ibid., 65.

ben, um ihr Recht durchzusetzen. Die Judikative war der verlängerte Arm des Souveräns, welcher ihn nicht selbst belangen konnte. Eine Anwendbarkeit des von ihm geschaffenen Rechts gegen ihn selbst war ausgeschlossen. Dies wurde im Vereinigten Königreich erst durch den Crown Proceedings Act von 1947 geändert.⁴⁵³

Das gefährliche an diesem Typus von Fiktion sei insbesondere, dass er irreführend wäre: Zum einen für z.B. die Studenten, die die Doktrin lernen und sie anwenden würden, ohne sie zu hinterfragen. Zum anderen aber auch für die Autoren der Doktrin selbst, welcher irgendwann selbst glauben würde, dass der Inhalt der Doktrin ein Fakt sei.⁴⁵⁴ Bentham's kritische Haltung gegenüber den Fiktionen, die insbesondere im Rahmen der Macht der Richter liegen, resultiert nicht aus den gerade genannten einzelnen Kritikpunkten, sondern aus seiner kritischen Einstellung gegenüber dem gesamten Justizwesen.⁴⁵⁵ Als weiterer Grund wird u.a. Geschichtsvergessenheit genannt, wobei ein anderes Element, wie oben bereits angedeutet, entscheidender ist: *Legal fictions* sind für Bentham die wohl prägnanteste Ausformung dessen, was er generell am englischen *Common Law* System kritisiert. Und eben diese Kritik ist das Herzstück seiner Arbeiten.⁴⁵⁶ Das erklärt, warum er im Gegensatz zu seinen sonstigen Arbeiten eine außerordentlich bildliche und harte Sprache wählt.⁴⁵⁷

„In Rome-bred law in general, – in the Scotch edition of it in particular, – fiction is a wart which here and there deforms the face of justice. In English law, fiction is a syphilis which runs in every vein, and carries into every part of the system the principle of rottenness.“

c. Resümee

Es lässt sich für Bentham also zusammenfassen, dass seine Kritik nicht so flach ist, wie sie aufgrund ihrer Stärke zunächst erscheint. Wie Vaihinger beschreibt Bentham die Falschheit als zentrales Element der Fiktion, obwohl er in seiner Argumentation immer mehr auf die Nützlichkeit abstellt

453 Eine vollständige Aufhebung der Immunität ist dies aber bei weitem immer noch nicht.

454 Quinn, Fuller on Legal Fictions: A Benthamic Perspective, 68 m.w.N.

455 Stolzenberg, Bentham's Theory of Fictions – A „Curious Double Language“, 227; Fuller, Book Review: Bentham's Theory of Fictions, 367–370 (369).

456 Stolzenberg, Bentham's Theory of Fictions – A „Curious Double Language“, 227.

457 Ibid., 228.

als auf die Falschheit. Seine Theorie der Fiktion müsste man daher eigentlich eher als eine der Nützlichkeit bezeichnen, auch wenn er es selbst nie so bezeichnet hätte. Fraglich ist noch, wie wichtig Bentham's Beitrag zur Fiktionsforschung ist.

Teilweise wurde angenommen, dass er wesentliche Teile Vaihingers vorweggenommen hätte.⁴⁵⁸ Dies behauptet beispielsweise auch Charles Kay Ogden, welcher Bentham entdeckt hat und ihn insbesondere mit seinem Werk „Bentham's Theory of Fictions“⁴⁵⁹ von 1932 auch in einer Reihe mit u.a. Hobbes, Locke und Hume sehen wollte. Der Entdecker von Bentham's Werk war gleichzeitig auch der Entdecker von Vaihingers Werk für den englischsprachigen Bereich: Ogden gab sowohl Bentham's Werke heraus als auch übersetzte er Vaihingers „Philosophie des Als-Ob“ 1922 ins Englische.⁴⁶⁰ Ogden war es auch, der Vaihinger überhaupt erst auf Bentham's Werk aufmerksam gemacht hat. Vaihinger selbst sah in Bentham's Arbeit nur einen Ansatz zur Theorie einer wissenschaftlichen Fiktion. Lon L. Fuller, welcher bescheiden von sich behauptet eine Person zu sein „who has made some attempt to understand his [Vaihingers, Anm. KA] philosophy“⁴⁶¹, kommt in einer Rezension zum Schluss:

„What of all this [den Erkenntnissen von Vaihingers Philosophie des Als Ob, Anm. KA] is to be found in Bentham? The answer is, very little. The only substantial basis for the contention that his work anticipated Vaihinger seems to me to lie in the use he made of the word 'fiction'. But that is a small part, and perhaps the least fortunate part of Vaihinger's philosophy.“⁴⁶²

Doch nicht nur das, auch würde Bentham seinen Realitätsbegriff nicht präzise genug bestimmen.

„With him we are forced to be realists when dealing with hard, stationary, physical 'entities', subjective idealists or skeptics when dealing with such things as 'motion', 'blackness', and 'obligations'.“⁴⁶³

458 So beispielsweise vertreten durch *Stolzenberg*, Bentham's Theory of Fictions – A „Curious Double Language“.

459 *Ogden*, Bentham's Theory of Fictions.

460 *Simon*, Chronologie Hans Vaihinger, 184.

461 *Fuller*, Book Review: Bentham's Theory of Fictions, 368.

462 *Ibid.*

463 *Ibid.*

Alles, was Fuller Bentham zugestehen will, sind „occasional flashes of insight.“⁴⁶⁴ Aber auch hierbei gelte eine schwerwiegende Ausnahme: „Bentham nowhere shows more clearly his lack of fundamental insight than in his treatment of legal fictions. For the legal fiction he has nothing but abuse.“⁴⁶⁵

Auch Henry Sumner Maine kritisiert Bentham an mehreren Stellen stark, u.a. dafür, dass er die Rolle der Fiktionen für die Entwicklung primitiveren Rechts nicht sehen würde:

„We must [...] not suffer ourselves to be affected by the ridicule which Bentham pours on legal fictions wherever he meets them. To revile them as merely fraudulent is to betray ignorance of their peculiar office in the historical development of law.“⁴⁶⁶

Ganz so schwarz muss man Benthams Leistung sicherlich nicht sehen: Er wagte zum Beispiel immerhin als Erster den Versuch, Fiktionalität nicht bloß im Kontext des Rechts zu betrachten, sondern auch aus einer weiteren, erkenntnistheoretischen Perspektive.⁴⁶⁷ Auch brachte er das später immer mehr als zentrales Kriterium rückende Element der Nützlichkeit in den Fokus, auch wenn ihm dies selbst nicht bewusst war. Daher ist Benthams Beitrag schlussendlich zwar als nicht irrelevant für die Geschichte der Fiktionsforschung einzustufen, muss aber heutzutage als überholt gelten.

II. 19. und 20. Jahrhundert

1. Henry Sumner Maine

Sir Henry Sumner Maine (1822–1888) widmet sich in „Ancient Law“ von 1861 unter anderem den Rechtsfiktionen. Ziel des Werks ist es, die „earliest ideas of mankind“ und ihre Beziehung zum heutigen Recht dazustellen.⁴⁶⁸ Dabei zieht er vor allem das römische Recht heran, da es eine der

464 Ibid., 370; Diese umfassten beispielsweise, dass man neue Erkenntnisse auch dann gewinnen könne, wenn man zwei *fictional entities*, welche sich nicht mehr auf reale Tatsachen zurückführen lassen, in Relation setzen würde.

465 Fuller, Book Review: Bentham's Theory of Fictions, 369.

466 Maine, Ancient Law, 22.

467 So beispielsweise auch Stolzenberg, Bentham's Theory of Fictions – A „Curious Double Language“, 236.

468 Maine, Ancient Law, 1.

wenigen fortschrittlichen Gesellschaften gewesen wäre mit einem durchgehend immer besser werdenden Rechtssystem.⁴⁶⁹ Maine beschränkt seine Erörterungen auf progressive Gesellschaften, auch wenn er sich bewusst ist, dass diese „a rare exception in the history of the world“⁴⁷⁰ sind.⁴⁷¹

„Law is stable; the societies we are speaking about are progressive. [...] [In progressive societies, Anm. KA] social necessities and social opinion are always more or less in advance of Law. We may come indefinitely near to the closing of the gap between them, but it has a perpetual tendency to reopen.“⁴⁷²

Dieser gesellschaftliche Fortschritt müsse sich im Recht spiegeln, sich also mit der Gesellschaft weiterentwickeln. Daher kommt Maine auch zu dem Schluss, dass das Recht keine andere Aufgabe hat, als die gesellschaftlichen Verhältnisse festzuschreiben. Das Recht hinkt in dieser Vorstellung der Gesellschaft stets hinterher, weil es weniger flexibel ist als die Gesellschaft.⁴⁷³ Vital für das Recht und damit der „happiness of the people“⁴⁷⁴ ist daher die Weiterentwicklung des Rechts.

Maine zeichnet in den ersten drei Kapiteln die Entwicklung des Rechts im römischen Reich nach und kommt zum Schluss, dass es (in historischer Abfolge) verschiedene Mittel zur Weiterentwicklung des Rechts gegeben habe:

“These instrumentalities [which bring Law into harmony with society, Anm. KA] seem to me to be three in number, Legal Fictions, Equity, and Legislation.“⁴⁷⁵

Das Mittel hängt davon ab, in welchem Zustand das Recht gerade ist. In den frühen Zeiten, in welchen das Recht noch nicht kodifiziert gewesen wäre, wären Rechtsfiktionen das Mittel der Wahl gewesen. Nach der Kodifizierung, welche für Maine mit den 12-Tafel-Gesetzen begann, wäre zunächst *equity* und dann *legislation* das Mittel zur Weiterentwicklung des

469 Ibid., 20.

470 Ibid., 18.

471 Ob man das römische Reich dazuzählen sollte, ist problematisch, wenn man die Zeit nach der Klassik betrachtet.

472 *Maine*, *Ancient Law*, 20.

473 Ibid.

474 Ibid.

475 Ibid.

Rechts gewesen.⁴⁷⁶ Mit der Kodifizierung beginnt für Maine eine neue Ära des Rechts⁴⁷⁷ und zeitgleich gehe damit das Ende der spontanen Rechtsentwicklung einher.

“When primitive law has once been embodied in a Code, there is an end to what may be called its spontaneous development.”⁴⁷⁸

Maine wählt seine Definition laut eigener Beschreibung sehr viel weiter als es in der englischen Rechtswissenschaft und dem römischen Recht üblich war.⁴⁷⁹ Gemeinsam hätten das römische Recht und das englische *Common Law*, dass *legal fictions* stets zur Erweiterung der Gerichtszuständigkeit verwendet worden wären.⁴⁸⁰

„[...] I now employ the expression ‘Legal Fiction’ to signify any assumption which conceals, or affects to conceal, the fact that a rule of law has undergone alteration, its letter remaining unchanged, its operation being modified.”⁴⁸¹

Dieser Begriff sei weiter als der des damaligen englischen und römischen Rechts. Die Merkmale einer Fiktion für Maine sind folglich:

- Unterstellung bzw. Annahme
- Einer Tatsache
- Mit dem Zweck, die Änderung einer Rechtsregel zu verschleiern.
- Die Änderung betrifft dabei nicht den Wortlaut, sondern die Wirkung der Regel.

476 Jhering, Geist des römischen Rechts, 310; Interessant hierzu der Vergleich mit Jhering: „Was die älteste Jurisprudenz mit dem unbeholfenen Mittel des Scheingeschäfts, die mittlere mit dem schon etwas gelenkigeren der Fiktion, das beschaffte die klassische in der höchsten und letzten Form, der analogen Ausdehnung.“ Anders als Jhering sieht Maine die Fiktionen als Beginn einer Entwicklung einer progressiven Gesellschaft, bei dem die Innovationskraft vom Rechtsverkehr in Schritten auf den Gesetzgeber übergeht; Jhering betrachtet die Fiktionen aus ähnlicher Perspektive, der Rechtsfortentwicklung, aber in Hinblick auf die rechtstheoretischen Mittel: Zunächst hat der Richter keine Handhabe, dann mit den Fiktionen werde es „etwas gelenkiger“ und schließlich geregelt durch den Richter.

477 Maine, *Ancient Law*, 18.

478 Ibid.

479 Ibid., 21.

480 Ibid.

481 Ibid., 21 f.

Den Grund für Fiktionen im Recht (in Maines Sinne), einer der „curious anomalies“,⁴⁸² sieht Maine in dem Grundsatz, dass es ein „complete, coherent, symmetrical body of English law“⁴⁸³ gäbe, der eigentlich alles umfasst und daher nicht weiterentwickelt werden muss. Aus dieser Annahme speist sich die Autorität des *Common Law* Rechts: Im Gegensatz zum zentraleuropäischen Raum gab es kaum tiefgreifende gesellschaftliche Ereignisse, die zu Umbrüchen im Recht hätten führen können. Aus dieser Proposition folgt dann die Pflicht, Weiterentwicklungen als solche zu verdecken. Eine Weiterentwicklung des Rechts ist jedoch notwendig, wenn man es mit einer progressiven Gesellschaft zu tun hat. Die Richter im *Common Law* befinden sich dadurch in einem Dilemma: Sie haben gemäß dem o.g. Grundsatz die Pflicht, das Recht nicht zu verändern, aber praktisch die Macht und die (als ursprüngliche Vertreter des Monarchen) inoffizielle Zuständigkeit das Recht der Gesellschaft anzupassen. Die Fiktion ist das Mittel zur Weiterentwicklung des Rechts durch den Richter, wenn die Richterin bzw. der Richter das Recht eigentlich weiterentwickeln muss, obwohl sie bzw. er so tun muss, als hätte dies nie stattgefunden.

„[A]nd now for centuries English practitioners have so expressed themselves as to convey the paradoxical proposition that, except by Equity and Statute law, nothing has been added to the basis since it was first constituted. We do not admit that our tribunals legislate; we imply that they have never legislated [...]“⁴⁸⁴

Die eigentliche Fiktion sei daher auch nicht die Annahme, dass etwa bei der *adoptio* ein *pater familias* biologischer Vater eines Sohnes sei, sondern:

„The *fact* is [...] that the law has been wholly changed; the *fiction* is that it remains what it always was.“⁴⁸⁵

Maine öffnet in diesem Satz ein neues Verständnis von Fiktion – diese werden nicht mehr durch den Richter, sondern von dem Rechtstheoretiker gemacht. Er verfolgt den Gedanken aber nicht weiter.

Wie bewertet Maine nun die *legal fictions*? Er hält sie in einem bestimmten Stadium des Rechts für unausweichlich, aber bezogen auf seine Zeit, Mitte des 19. Jahrhunderts in England, gelte: „They have had their day, but

482 Ibid., 27.

483 Ibid.

484 *Maine*, *Ancient Law*, 22.

485 Ibid.

it has long since gone by.“⁴⁸⁶ Man dürfe es aber auch nicht so radikal sehen wie Bentham und sich beeinflussen lassen „by the ridicule which Bentham pours on legal fictions wherever he meets them.“ Dieser würde ihre Bedeutung für die Entwicklung des Rechts komplett missachten. Dennoch muss er zugestehen:

„I cannot admit any anomaly to be innocent, which makes the law either more difficult to understand or harder to arrange in harmonious order. [...] The rule of law remains sticking in the system, but it is a mere shell.“⁴⁸⁷

Die Fiktionen sollten, damit man eine „orderly distribution“, also eine vernünftige Systematik, im Recht erreichen könne, endlich aus dem modernen Recht beseitigt werden.⁴⁸⁸

Maines Definition der *legal fictions*, die sehr auf den Zweck ausgerichtet ist, wurde u.a. von Fuller aufgenommen und ausgebaut.⁴⁸⁹ Olivier wirft es Maine jedoch wiederum als „erroneous and short-sighted“⁴⁹⁰ vor, Fiktionen auf ihre Funktion zu reduzieren. Maines Bearbeitung ist nur sehr kurz und mangelt daher an vielen Details, von einer philosophischen Fundierung ganz zu Schweigen. Sie stellt jedoch einen interessanten Aspekt von Fiktionen im *Common Law* da, nämlich den in der Weiterentwicklung des Rechts. Maine hat zudem als Ideal eine Kodifizierung vor Augen, wodurch sich vor allem seine Bewertung von Fiktionen auf jene des *Civil Laws* übertragen lässt. Beachtenswert ist, dass er sich weder auf eine oft vorgebrachte „Irrealität“ des Angenommenen noch auf dessen „Unwahrheit“ stützt. Dies macht den Begriff weniger angreifbar (und auch moderner als jenen Fullers), jedoch ist er zu wenig spezifisch um z.B. Fiktionen von Analogien abzugrenzen.

2. Oliver R. Mitchell

Oliver R. Mitchell diskutiert anschließend an Bentham und Henry Sumner Maine im Jahr 1893 die Rolle und Bewertung von Fiktionen. Er definiert Fiktionen wie folgt:

486 Ibid.

487 Ibid., 23.

488 Ibid.

489 Olivier, Legal Fictions in Practice and Legal Science, 32.

490 Ibid., 36.

„A legal fiction is a device which attempts to conceal the fact that a judicial decision is not in harmony with the existing law. The only use and purpose, upon the last analysis, of any legal fiction is to nominally conceal this fact that the law has undergone a change at the hands of the judges.“⁴⁹¹

Mitchell sieht in den Fiktionen ein Hilfsmittel der Richter, mithilfe dessen diese eine Entscheidung fällen können, welche nicht auf dem bis dato bestehenden Recht basiert. D.h., ein Mittel zur Weiterentwicklung des Rechts, welches über die Rechtsfortbildung hinausgeht. Dabei konfiguriere die Zuständigkeit der Richter mit denen des Gesetzgebers; der Richter schwinde sich durch die Verwendung einer Fiktion zum Gesetzgeber auf.⁴⁹²

Mitchell prophezeit das Ende der Fiktionen im Recht, wenn diese Ausflucht nicht mehr benötigt werde, d.h. ihre Funktion nicht mehr gebraucht werde:

„The last vestige of the fictitious principle will die out when the need to resort to it has ceased. When in the fulness of time the law has achieved its full stature; when every great principle has been not merely dotted out, but firmly outlined; when what is apparently conflicting has been harmonized, and what is left to do is but a process of amplification and refining, -fictions and the fictitious principle itself will cease to be used, because they will have ceased to be useful.“⁴⁹³

Die Funktion bestimmt er als Auffangprinzip hinter allen anderen Rechtsprinzipien. Wenn letztere alle voll entwickelt und auf einander abgestimmt wären, würde man das „fictitious principle“⁴⁹⁴ nicht mehr benötigen. Dabei geht er, anders als Maine (und Eugen Ehrlich), davon aus, dass das Recht einen Zustand erreichen könnte, in dem es jeden Rechtsfall erfasst mit den gegebenen Prinzipien und diese nicht mehr an die Gesellschaft angepasst werden müssen. Andererseits sagt er, dass es neue gesellschaftliche Bedürfnisse geben könnte, welche durch das Recht nicht befriedigt werden:

491 *Mitchell*, *The Fictions of the Law: Have They Proved Useful or Detrimental to Its Growth?*, *Harvard Law Review* 1893, 249–265 (262).

492 *Ibid.*, 251.

493 *Ibid.*, 265.

494 *Ibid.*

„Under any form of civilized government the common people are the real generators of law. Their influence may be slow in asserting itself; the popular feeling may take long to crystallize into a definite want; but the want, once existing, presses continually for recognition. It may be stifled for a time, but sooner or later the demand must be met and satisfied. In the satisfaction of these popular needs, legal fiction has been a favorite instrument. While it cannot be said that it has always been the best possible means to attain the desired end, it can with truth be said that it has usually been the best available means.“⁴⁹⁵

Aus den beiden Zitaten lässt sich ableiten, dass der Richter in der Ausgestaltung der Rechtsfiktion nicht vollkommen frei ist: Er darf die Fiktion nur im Rahmen der schon vorhandenen Rechtsprinzipien (welche durch die Fiktion weiter entfaltet werden) schaffen. Doch sollte man Fiktionen überhaupt verwenden? In der Literatur sieht Mitchell zwei mit großem Eifer vertretene Meinungen:

„These two opinions are, apparently, that fictions are an unmitigated evil, a scandal and disgrace, and that they are one of the chief glories of the common law.“⁴⁹⁶

Er selbst sieht als größten Einwand gegen Fiktionen, dass die Macht der demokratisch legitimierten Legislative dadurch umgangen wird.⁴⁹⁷ (D.h. er setzt voraus, dass Fiktionen nur durch Richter eingesetzt werden.) Gegen den Einwand argumentiert er pragmatisch-historisch: Nämlich, dass England verloren wäre, wenn es sich stets nur auf die Legislative verlassen hätte.⁴⁹⁸

„Such an objection, in the light of history, would be, of course, absurd.“⁴⁹⁹

Allerdings müsse man aus rechtstheoretischer Perspektive sehen, dass Fiktionen zu einer Gesetzgebungsmacht der Richter führen, welche trotz des Nutzens „at least nominally“, abgeschafft werden müsse.⁵⁰⁰

495 Ibid., 252.

496 Ibid., 249.

497 Ibid., 264.

498 Ibid.

499 Ibid., 265.

500 Ibid.

Zusammenfassend versteht Mitchell unter Fiktionen

- ein Hilfsmittel
- der Judikative
- zur Gesetzgebung
- in Fällen, in denen das Recht an neue Bedürfnisse der Gesellschaft angepasst werden muss.

3. Lon L. Fuller

Höchst einflussreich war die Bearbeitung Lon L. Fullers von 1930/31⁵⁰¹ für den Bereich der anglo-amerikanischen Rechtsfiktionsforschung.⁵⁰² Er prägte die heute als Standard für das *Common Law* verwendete Beschreibung einer Rechtsfiktion als „consciously false assumption“.⁵⁰³ Seine Aufmerksamkeit in den drei Aufsätzen gilt der Abgrenzung der Fiktion von anderen Phänomenen, um sich dieser besser anzunähern. Fuller kommt dabei zu dem Ergebnis, dass eine Fiktion „a device of legal thought and expression“⁵⁰⁴ sei und stützt sich dabei wie bereits seine Vorgänger wesentlich auf das Merkmal der Falschheit:

„A fiction is either (1) a statement propounded with a complete or partial consciousness of its falsity, or (2) a false statement recognized as having utility.“⁵⁰⁵

a. Fiktion und Vermutung

In Abgrenzung zur Fiktion stellt Fuller drei Anforderungen an eine Vermutung:

„(1) be based on an inference justified by common experience, (2) be freely rebuttable, (3) be phrased in realistic terms [...]“⁵⁰⁶

501 Ursprünglich handelt es sich um eine Zeitschriftenartikel-Serie in drei Teilen, welche 1967 nochmals gesammelt als Monographie veröffentlicht wurde.

502 *Campbell*, Fuller on Legal Fictions, in: *Law and Philosophy* 1983, 339–370 (340).

503 u.a. *Lind*, The Pragmatic Value of Legal Fictions, 84.

504 *Fuller*, Legal Fictions, 50.

505 *Ibid.*, 9.

506 *Ibid.*, 45.

Mit „inference“ (zu dt. Folgerung, Schluss) will Fuller die Fiktion abgrenzen von der Vermutung, indem die Vermutung durch einen Richter übernommen würde, die Fiktion aber immer vom Richter selbst käme. Die Vermutung sei eine übernommene „inference“, die Fiktion hingegen eine „inference“ des Richters.⁵⁰⁷ Dabei stellt er die Anforderung, dass der Inhalt dieser „inference“ streng auf *common sense* beruhen müsse.⁵⁰⁸

„And the presumption may be simply a way of ensuring the application of common sense.“⁵⁰⁹

Dies sei der Grund, weshalb auch in jeder widerlegbaren Vermutung eine Fiktion versteckt sei:

„There is then a fiction in the case of any rebuttable presumption in the sense that we ordinarily treat as an ‚inference‘ what is in reality passive acceptance of an imposed principle. The fiction here relates, not to the subject matter of the presumption, but to its effect in the administration of justice.“⁵¹⁰

Die im zweiten Merkmal geforderte Widerlegbarkeit der Vermutung grenzt das Verständnis der Vermutung von dem in *Civil Law* gebräuchlichen Verständnis ab. Die sich hieran anschließende Frage ist, ob für Fuller unwiderlegbare Vermutungen Fiktionen sind. Für Fuller sind sie dies, da der in der Vermutung aufgestellte Schluss von „Wenn Fakt A vorliegt, dann liegt auch Fakt B vor“ immer falsch bleibt, da Fakt A nicht Fakt B impliziert.⁵¹¹ Ob Fakt B tatsächlich vorliegt, sei für die Beurteilung der Fiktionalität nicht relevant. Des Weiteren schwächt er die Unterscheidung zwischen widerlegbarer und unwiderlegbarer Vermutung ab, da manche unwiderlegbaren Vermutungen mit der Zeit mit Ausnahmen versehen wurden, sodass sie unter gewissen Voraussetzungen widerlegt werden könnten. In diesem Falle, wenn die Widerlegbarkeit eingeschränkt sei, handele es sich aber nicht um die von ihm geforderten „freely rebuttable“ Vermutungen.⁵¹²

507 Ibid., 44.

508 Ibid., 43.

509 Ibid., 44.

510 Ibid., 44 f.

511 Ibid., 42.

512 Ibid.

b. Fiktion und „Deeming“

Neben Fiktion und Vermutung stehen im *Common Law* die „deemings“, welche durch die Schlagwörter „deemed“ und „regarded as“ gekennzeichnet sind. Sie entsprechen im Deutschen den Verbindungen, welche durch ein „gilt als“ gekennzeichnet sind. In der deutschsprachigen Rechtstheorie gibt es allerdings keine eigenständige Kategorie, welchen den „deemings“ entspräche. Während „gilt als“ im *Civil Law* als ein Signalwort für eine Fiktion gehandelt wird, ist im *Common Law* umstritten, ob es sich bei diesen Konstruktionen überhaupt um eine Fiktion handeln könne, oder ob die „deemings“ nicht eine ganz eigene Kategorie darstellen.⁵¹³ Fuller versucht die Toderklärung in die Kategorien von Fiktion oder Vermutung einzuordnen, kommt aber zu keinem Ergebnis.⁵¹⁴

„In truth, probably the statement [„The testator must be deemed to have intended to attach a condition upon his gift.“] meant neither of these things [presumption and fiction, Anm. KA] – and both. That is to say, the mind of the author of this statement had not reached the state of clarification in which this distinction would become apparent.“⁵¹⁵

Fuller schließt darauf, dass es wohl eine „primitive undifferentiated form of thought“ geben müsse, welche – nach den heutigen Termini – sowohl als Vermutung als auch als Fiktion eingestuft werden könne. Diese setzt er aber nicht als dritte Kategorie oder ordnet sie selbst ein, sondern hält sie als für zu wenig bestimmt, als dass sie eingeordnet werden könne.⁵¹⁶

c. Fiktion und Definition

Was ist der Unterschied zwischen einer Definition und einer Fiktion? Ist nicht die Aussage, dass Menorca in London läge, nichts weiter, als dass in einem speziellen rechtlichen Sinne Menorca tatsächlich ein Teil Londons ist? Kann nicht jede Fiktion als Neudefinition verstanden werden?⁵¹⁷ Fuller spitzt es noch weiter zu:

513 Kerr, Fictions and Deemings, in: Gray (Hrsg.): The Philosophy of Law, 303.

514 Fuller, Legal Fictions, 47 f.

515 Ibid.

516 Ibid., 48.

517 Ibid., 20 f.

„In short, we might join Humpty Dumpty in saying, ‚When I use a word, it means just what I choose it to mean, neither more nor less.‘“⁵¹⁸

Dies sei eine Theorie der juristischen Fiktion, welche unter dem Stichwort der rechtlichen Wahrheit von Fiktionen diskutiert worden sei, u.a. durch Bernhöft und Bülow. Recht sei ein Mittel, die Rechtssprache und -konzepte weiterzuentwickeln.⁵¹⁹ Fiktionen seien gewissermaßen die Wachstumschmerzen der Rechtssprache.⁵²⁰

d. Fiktion und Wahrheit

„Probably no lawyer would deny that judges and writers on legal topics frequently make statements they know to be false. These statements are called ‚fictions‘.“⁵²¹

Ob Normen Wahrheitswerte haben, ist ein klassischer Streit der Rechtstheorie. Fuller bejaht dies,⁵²² gibt jedoch zu bedenken, dass es schwierig sei, einen Wahrheitswert einer Aussage zu bestimmen, wenn sich diese allein auf andere Rechtskonzepte beziehe. Den Grund dafür sieht er in der Offenheit und Flexibilität von Begriffen im Recht.⁵²³ Dennoch hätte jeder Rechtsbegriff eine Grenze, auch wenn diese weniger leicht zu bestimmen sei. Er unterscheidet hierbei Begriffe (*concepts*) welche sich auf Rechtsfakten (*legal facts*) und auf außerrechtliche Fakten (*extra-legal facts*) stützen.⁵²⁴ Die Grenzen von Begriffen, welche sich auf außerrechtliche Fakten stützen, seien dabei graduell leichter zu bestimmen.⁵²⁵

Problematisch ist für Fuller, dessen Verständnis von Fiktion sich wesentlich auf das Kriterium der Falschheit stützt, was die Bezugswirklichkeit für diese Wahrheit bzw. Falschheit sein soll.

„A legal right reaches objectivity through court action; we have no other test of its ‚reality‘. I fit meets this test, it is a real right [...].“⁵²⁶

518 Ibid., 21.

519 Ibid.

520 Ibid., 22.

521 Ibid., 1.

522 Ibid.

523 Ibid., 28.

524 Ibid., 29.

525 Ibid.

526 Ibid.

Er sieht Fiktion somit nicht nur im Kontrast zu Wahrheit, sondern auf gleiche Weise zu Realität. Sein Wahrheitsbegriff ist daher auf Korrespondenz ausgerichtet, wobei er einen besonderen Realitätsbegriff hat: Zum einen ist es das „Außerrechtliche“ und in Bezug auf das Recht die durch Richter geschaffene Rechtslage. Es kommt für ihn also nicht darauf an, was der Richter argumentiert (geschweige denn, was in einem Gesetzbuch steht), sondern was das Ergebnis ist: Wenn das tatsächlich nicht vom Ehepartner gezeugte Kind als eheliches im Sinne des Rechts anerkannt wird, dann könne die Ehelichkeit des Kindes keine Fiktion sein.⁵²⁷

e. Fiktionsbegriff

Kommen wir nun noch einmal zurück zur eingangs bereits genannten Beschreibung von Fiktionen:

„A fiction is either (1) a statement propounded with a complete or partial consciousness of its falsity, or (2) a false statement recognized as having utility.”⁵²⁸

Das verbindende Element dieser zwei sehr unterschiedlichen Beschreibungen, was eine Fiktion sei, wäre die Nützlichkeit im zweiten Teil. Denn wenn man etwas in nützlicher Weise einsetzen will, so käme man gar nicht umhin, dies bewusst zu tun.

Pierre Olivier kritisiert daran, dass Fiktionen keine „statements“ seien, sondern lediglich sich in „statements“ ausdrücken würden.⁵²⁹ Die größte Herausforderung, der Fullers Fiktionsbegriff weder im ersten noch im zweiten Definitionsbestandteil gewachsen ist, ist die Abgrenzung von Lügen. Bewusste falsche Aussagen und zweckdienliche falsche Aussagen können Lügen sein. Da diese Abgrenzung eine der zentralen Leistungen einer Fiktionsdefinition sein muss, ist Fullers Fiktionsbegriff untauglich. Dennoch ist seine Arbeit keineswegs unbrauchbar, seine Bemühungen um die Abgrenzung von Rechtsfiktionen zu ähnlichen Phänomenen, wie beispielsweise den „statutory deemings“, fruchten in vielen interessanten Ansätzen.

527 Ibid., 29 ff.

528 Ibid., 9.

529 Olivier, Legal Fictions: An analysis and evaluation, 35.

f. Bewertung von Fiktionen

Fuller möchte im Anschluss an *Vaihinger* Fiktionen grundsätzlich rehabilitieren und davon absehen, sie generell zu verdammen.⁵³⁰ Seine Hauptfrage ist:

„Are there good and bad fictions, and if so, how do we tell the difference?“

Und seine Antwort lautet:

„The solution lies between the extremes. Some fictions should be rejected; some should be redefined. Redefinition is proper where it results in the creation of a useful concept – where the dead (redefined) fiction fills a real linguistic need. [...] But what are ‚useful concepts‘?“⁵³¹

Er geht also davon aus, dass Fiktionen nicht als solche stehen gelassen werden sollten, sondern endgültig ins Recht implementiert oder verworfen werden sollten. Zur Antwort auf diese Frage, welche Fiktionen es wert seien, sei es wiederum entscheidend, was das Motiv für den Einsatz der Fiktion sei.⁵³² Es kommt also nicht auf die Wahrheit an.⁵³³ Sondern vielmehr auf den Nutzen, Daten zu ordnen. Ähnlich wie bei *Bentham* steht auch bei Fuller das Konzept der Wahrheit (respektive deren Negation) vordergründig im Fokus. Bei näherer Betrachtung erkennt man jedoch, dass es (beiden) eigentlich auf den Nutzen ankommt.

g. Kritik

Obwohl seine Arbeit zunächst sehr analytisch aufgebaut scheint, lässt sich seine Antwort auf die erste Frage, was eine Fiktion sei, nur schwer dem Text entnehmen. Fuller bietet immer wieder Teile von Definitionen an, welche aber nicht präzise genug sind, um sie von verwandten Phänomenen abzugrenzen.

„Often potential objections are unconsidered, formulations loose, treatment fragmentary. It is difficult to detect an overall thesis. [...]

530 Ibid., 2 f., *Quinn*, Fuller on Legal Fictions: A Benthamic Perspective, 56.

531 Fuller, Legal Fictions, 22.

532 Ibid.

533 *Quinn*, Fuller on Legal Fictions: A Benthamic Perspective, 56.

[T]his book [Legal Fictions, Anm. KA] has to be treated as presenting not a full-blown theory, but a series of aperçus.⁵³⁴

Was aber überaus positiv gegenüber allen Bearbeitungen des Themas im *Common Law* hervorsteht, ist die Rezeption des Diskussionsstandes im *Civil Law* zur Zeit der Veröffentlichung (d.i. um 1930). Kein Forscher davor und danach, ob aus dem *Common Law* oder dem *Civil Law*, war derart offen für den Stand der Forschung aus dem jeweils anderen Rechtskreis. Weiterhin positiv ist die Vielfalt der Beispiele.⁵³⁵ Zum ersten Mal wird durch Fuller auch die Frage aufgeworfen, ob auch Rechtsinstitute fiktiv sein können.⁵³⁶

III. 21. Jahrhundert

1. Kwame Anthony Appiah

Die seit 2010 bestehenden Bearbeitungen konzentrieren sich auf eine Rezeption der Klassiker, zu welchen aus dem *Civil Law* Bereich nur (neben dem römischen Recht) Kelsen mit seinem Aufsatz von 1919 und Vaihinger zählen.⁵³⁷

Kwame Anthony Appiah widmet sich 2017 in einer Monographie mit dem Titel „As If: Idealization and Ideals“ dem Werk Vaihingers und bringt dessen Thesen in neue Verbindungen mit Wahrscheinlichkeitsaussagen im Bereich der Philosophie des Geistes⁵³⁸ und Rawls' politischen Idealen.⁵³⁹ Mit Fiktionen im Recht hat das Werk also nur insofern zu tun, als auch das Recht mit Idealen arbeitet, zum Beispiel dem besonnenen und gewissenhaften Teilnehmer eines bestimmten Verkehrskreises bei der Bestimmung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt⁵⁴⁰ oder verfassungsrechtlichen Idealen wie der Gleichstellung von Mann und Frau. Appiah behan-

534 *Campbell*, Fuller on Legal Fictions, 340.

535 vgl. auch: *Ibid.*, 340.

536 *Fuller*, Legal Fictions, 38 ff.

537 Entgegen der davor gewählten historischen Darstellung ist, da die Autoren sich nicht aufeinander beziehen und auch kein wesentlicher Theoriewandel stattfand in der betreffenden Zeit, die Darstellungen alphabetisch nach dem Nachnamen der Autoren geordnet.

538 *Appiah*, As If: Idealization and Ideals, 57 ff.

539 *Ibid.*, 112 ff.

540 Zu nennen ist hier beispielsweise die kaufmännische Sorgfaltspflicht gem. § 25 I GmbHG.

delt das Recht nur insofern, als es Teil der politischen Philosophie (insbesondere bei Rawls) ist.⁵⁴¹ Damit konzentriert er sich mehr auf Fiktionen der Rechtstheorie als Fiktionen im Recht, was nicht im Fokus dieser Arbeit liegt. Doch werfen wir trotzdem einen kurzen Blick auf den Gehalt seiner Arbeit: Seinen eigenen Angaben nach sucht er Vaihingers „neglected work“⁵⁴² wieder aufzunehmen und den Gedanken der Idealisierung in „aesthetics, ethics, and metaphysics, as well as in the philosophy of mind, of language, of religion, and of the social and natural sciences“⁵⁴³ zu untersuchen. Idealisierungen sieht Appiah als zentral für Vaihingers Werk an und referiert dabei auf Beispiele wie die Klassifizierungen und in der Chemie vorherrschende und sich widersprechende Theorien über Moleküle. Dabei sieht er in jeder Idealisierung eine gewisse Falschheit, die aus ihrer Unvollständigkeit der Repräsentation des „Tatsächlichen“ resultiert. (Dabei klärt Appiah aber nicht, was er unter Wahrheit oder gar Realität versteht.)⁵⁴⁴ Appiahs Ziel ist es zum einen, „to commend it [the topic of idealization, Anm. KA] as a topic of reflection and research“⁵⁴⁵. Zum anderen, dass man aufgrund der Unfähigkeit der an sich besten Theorien, die Realität in all ihren Facetten widerzuspiegeln, eine Pluralität von Theorien benötige, um die Welt zu verstehen. Er wendet sich damit gegen einen Theorie-Monismus. Dabei übernimmt er Vaihingers Verständnis von Fiktionalität, d.h. er nimmt eine erkenntnistheoretische Perspektive ein. Dass diese mit dem Recht nicht vereinbar ist, hat wie bereits Kelsen gezeigt (s.o.); deswegen kommt Appiah auch nie zum Recht, sondern nur zur Rechtstheorie: So hinterfragt er beispielsweise, ob das Denken in Kategorien wie „Rasse“ oder „Geschlecht“ nützlich für die Moralphilosophie sein kann.⁵⁴⁶ Oder bezüglich Rawls: „So what is it for a normative theory to help us control the world?“⁵⁴⁷ Er sieht es beispielsweise als moralisch nützlich (im Sin-

541 Appiah, *As If: Idealization and Ideals*, 113.

542 Inwiefern die „Philosophie des Als Ob“ als „neglected“ zählen kann, ist aufgrund der Rezeption im großen zeitlichen, internationalen und interdisziplinären Bereich fragwürdig.

543 Appiah, *As If: Idealization and Ideals*, x.

544 Ibid., xvi: Dort explizit: „So I take the notion of truth for granted, without relying on an answer to the question how it should be understood metaphysically for each class of theories I’m discussing.“

545 Ibid., x.

546 Ibid., 114, 138 ff.

547 Ibid., 130; es sei angemerkt, dass Appiah immer „controlling the world“ als Ziel von Theorien im Sinne Vaihingers angibt, obwohl Vaihinger selbst von Erkenntniserweiterung spricht. Vgl. für Appiahs Vaihinger-Interpretation dazu Ibid., 20.

ne von, dass es die Welt besser mache)⁵⁴⁸ an, ein absolutes Tötungsverbot als gegeben anzunehmen obwohl man wisse, dass dies „strictly speaking, false“⁵⁴⁹ sei. Auf was es letztendlich ankäme, sei das folgende:

„So the kind of truth that matters most [...] is not just truth in the actual world, as it is, but truth in possible worlds [...]; or if you are a skeptic about those, then let us just say that what matters is the truth about what is possible.“⁵⁵⁰

Zusammenfassend kann man sagen, dass die Anregungen Appiahs nützlich sind, um Vaihingers Theorie im Bereich ihrer Anwendungen auf die Philosophie exemplarisch zu aktualisieren.

2. Maksymilian Del Mar

Im Anschluss an Maine konzentriert sich Maksymilian Del Mar⁵⁵¹ auf die Funktion von Fiktionen und einen neuen Weg beim Kriterium der Wahrheit. Del Mar sieht Fiktionen als Mittel zur Rechtsfortbildung, wobei er vor allem die Vorläufigkeit einer Fiktion als deren Stärke sieht, da sie die Kommunikation über die Zeit hinweg zwischen den Gerichten ermögliche und daher „flexibility and responsiveness with stability and predictability“⁵⁵² kombiniere.

„They [legal fictions, Anm. KA] [...] are a way of probing – a form of trail-and-error – across time, enabling communication [...] between past, present and future courts.“⁵⁵³

Einen anderen Aspekt bringt er neu ins Spiel: Ist ein unterstellter Sachverhalt fiktional, wenn er angenommen wird, aber nicht abschließend geklärt

548 Ibid., 135; bzw. pragmatischer ausgedrückt auf 136: „These people are taking up an option that fits Vaihinger’s framework. They are acting as if something they concede to be false is true, because that helps them control their social world, in the sense of having it go the way they would like it to go.“

549 Ibid., 133.

550 Ibid., 172.

551 Berücksichtigt wurden nur die Veröffentlichungen bis Ende 2019.

552 Del Mar, Legal Fictions and Legal Change in the Common Law Tradition, in: Twining/Del Mar (Hrsg.), Legal Fictions in Theory and Practice, 250. Ersteren wird der Fiktionscharakter beispielsweise abgesprochen von Olivier, Legal Fictions in Practice and Legal Science, 61.

553 Del Mar, Legal Fictions and Legal Change in the Common Law Tradition, in: Twining/Del Mar (Hrsg.), Legal Fictions in Theory and Practice, 250.

werden kann, ob er tatsächlich vorliegt? Shmilovits kommt in seiner Rezension zum Schluss, dass Del Mar hier eine Zwischenposition einnehme in der Diskussion, ob Fiktionen wahr oder falsch seien.⁵⁵⁴ Dies ist verkürzt, da Del Mar das Kriterium der Wahrheit um das der Beweisbarkeit ergänzt.

3. Simon Stern

Simon Stern⁵⁵⁵ wehrt sich bei Fiktionen vor allem gegen den Vorwurf der Falschheit: Es käme vielmehr auf den Abbruch einer willkürlichen kausalen Begründungskette durch den Richter an.⁵⁵⁶ Den anderen Forschern, welche sich auf die Falschheit von Fiktionen stützen, käme es im Übrigen weniger auf die Falschheit, als auf den bewussten Einsatz der Fiktion an.⁵⁵⁷ Was eigentlich den Widerspruch hervorrufe, sei nicht die die Artifizialität, sondern deren Sichtbarkeit.

Die Anwendung einer Fiktion sage viel mehr über die Stellung des Gerichts zu Fragen der Kompetenz von Gerichten „to manipulate the law at will“ aus.⁵⁵⁸ Gerichte flüchteten sich oft in Fiktionen, legten dies aber durch eine sprachliche Kennzeichnung immer offen. Der Vorwurf der Verdeckung, der oft erhoben wird (man denke nur an Maines Aussage, dass die eigentliche Fiktion sei, dass das Recht dasselbe geblieben sei), teilt Stern also nicht. Bei Fiktionen käme es stets zu einer Offenlegung ihrer Künstlichkeit – es ginge dabei weniger um die Grade ihrer Artifizialität, sondern um die Grade der Sichtbarkeit der Artifizialität.⁵⁵⁹ Gerade die offene Darstellung sei es, was Widerspruch provoziere.⁵⁶⁰

Stern unterscheidet zwei Arten von Fiktionen: Zum einen die, die dauerhaft in die Rechtswelt integriert würden, „yielding new and often unforeseen results as they interact with the rest of the system“,⁵⁶¹ ohne dabei

554 *Shmilovits*, Review on Legal Fictions in Theory and Practice. Edited by Maksymilian Del Mar and William Twining., *The Cambridge Law Journal* 2017, 683–686.

555 An dieser Stelle möchte ich *Simon Stern* herzlich für die Diskussion danken.

556 Dies andeutend in *Stern*, *Legal and Literary Fictions*, 314.

557 *Ibid.*, 322.

558 *Ibid.*,

559 *Ibid.*, 314.

560 *Ibid.*,

561 *Ibid.*, 323.

Aussagen über die soziale Wirklichkeit zu treffen⁵⁶². Beispiele hierfür seien die juristische Person und der bürgerliche Tod.⁵⁶³

„Legal fictions, it might be argued, are fictional because they identify legal actors, or objects of legal analysis, in ways that are inconsistent with our experience when we consider them from a nonlegal perspective. [...] This explanation quickly crumbles [...] (because) nonlegal persons do not figure in the doctrine of corporate personhood.”⁵⁶⁴

Andererseits die Fiktionen, die nur zur Herbeiführung einer speziellen Rechtsfolge geschaffen und sonst nicht berücksichtigt würden, und dabei eine bewusst falsche Annahme über die soziale Wirklichkeit trafen.

„ [...] [A] (consciously false) assertion about the world outside the courtroom as a means of reaching the legal conclusion, rather than moving directly to the conclusion.”⁵⁶⁵

Beispiele für diesen Typus von Fiktionen seien „*filius nullius*“-Doktrin (s. römisches Recht) sowie die „attractive nuisance“-Doktrin. Letztere beinhaltet, dass wenn ein Kind sich auf einem Grundstück an einem gefährlichen Gegenstand verletzt, der Eigentümer des Grundstücks haftungsrechtlich so behandelt wird, als ob er es eingeladen hätte.⁵⁶⁶ Diese Unterscheidung erscheint für das *Common Law* sehr klug und soll später wieder aufgegriffen werden. Sie muss für das *Civil Law* jedoch neu gedacht werden: Dort findet man die nur gezielt wirkende Fiktionen, denkt man etwa an die Annahme des ungeborenen Kindes als geboren, auch dauerhaft institutionalisiert im Recht. Ein weiterer Punkt ist die Verknüpfung dieser Unterscheidung mit Fiktionen aus den Literaturwissenschaften: Stern vergleicht etwa die juristische Person mit dem Plot von Frankenstein oder Matrix, bei welchen Maschinen menschliche Eigenschaften zugeschrieben werden.⁵⁶⁷

Interessant ist auch Sterns Unterscheidung von *deeming provisions* und *fictions*. *Deeming provisions* sind all jene Regelungen, welche das Verb „deem“ (erachten/betrachten) enthalten. Dies entspricht am ehesten dem „gilt als“ in der deutschen Sprache. Teilweise werden Fiktionen und *deemings* als zwei sich ausschließende Kategorien betrachtet. Stern geht davon aus,

562 Ibid., 316.

563 Ibid., 315.

564 Ibid., 319.

565 Ibid., 316.

566 Ibid.

567 Ibid., 317.

dass manche *deeming provisions* Fiktionen sind, dass es also auf etwas anderes als die bloße Formulierung ankommt, wenn es um die Kategorisierung als Fiktion geht.

IV. Bewertung des anglo-amerikanischen Diskurses

Olivier⁵⁶⁸ resümiert vernichtend bezüglich der anglo-amerikanischen Forschungen bis Fuller, „that the Anglo-American writers do not provide a new or independent conception of the legal fiction but basically follow the traditional, Romanistic conception. Neither have we found any deep or complete analysis of the fiction concept, or any discussion of all the elements of the fiction.“⁵⁶⁹ Zuzustimmen ist Olivier insofern, als dass die Bearbeitungen sich immer auf diesen Fiktionstypus beziehen.⁵⁷⁰ Er übersieht die Möglichkeit, dass man nicht nur von einem Fiktionstypus ausgehen könnte. Der gleiche Fehler wie den Juristen des *Common Law* unterläuft jedoch auch den kontinentalen Juristen, welche den Fiktionstypus im *Common Law* überhaupt nicht weiterverfolgen. Den anglo-amerikanischen Juristen, insbesondere Maine, ist jedoch zu Gute zu halten, dass sie in größerer Perspektive das Verhältnis von Fiktion und sozialer Wirklichkeit besprechen.

Nach einem Stillstand der Forschung nach Fuller (1930) sind Fiktionen spätestens seit 2010 wieder ein Thema in der anglo-amerikanischen Forschung.⁵⁷¹ Die Publikationen beschränken sich inhaltlich dabei meist auf Fußnoten zu Maine, Bentham und Fuller. So zu sehen beispielsweise in dem Sammelband „Legal Fictions in Theory and Practice“ von 2015, in welchem die hauptsächlich bearbeiteten Autoren Blackstone, Bentham,

568 Er selbst sieht sich, obwohl er Südafrikaner ist, außerhalb dieser Tradition, da er sich hauptsächlich auf die Glossatoren und Kommentatoren beruft. Daher soll seine Ansicht auch nicht in diesem Kapitel besprochen werden.

569 Olivier, *Legal Fictions in Practice and Legal Science*, 35 f.

570 Dies bedeutet jedoch nicht, dass die *Civil Law* Autoren nicht rezipiert worden wären; so hat Fuller beispielsweise noch eine erstaunliche Kenntnis der deutschsprachigen Quellen: Fuller, *Legal Fictions*, 29.

571 Stolzenberg, *Bentham's Theory of Fictions – A „Curious Double Language“*, 224 f.; Man kann auch Stolzenberg bereits als Wiederaufnahme des Forschungsthemas werten; da sich nach einer Arbeitsgruppe bei der Tagung der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) 2011 in Frankfurt zum Thema von Fullers Werk die Veröffentlichungen gehäuft haben, ist jedoch eher 2010 als Grenzstein heranzuziehen.

Vaihinger, Kelsen (mit seinem Aufsatz von 1919) und Fuller sind.⁵⁷² Die dort besprochenen Beispiele beschränken sich hauptsächlich auf Fiktionen des *Common Law*. Sie streben, wie Olivier es auch bereits für die Autoren davor kritisiert hat, meist keine Definition an und die Rezeption anderssprachiger Quellen scheint – ganz im Gegensatz noch zu Fuller – beinahe gänzlich zum Erliegen gekommen zu sein. Doch waren es gerade die genannten Autoren im *Common Law*, welche eine profunde Kenntnis von Klassikern des anderen Rechtskreises an den Tag legen; hier wäre eine Rückkehr zu den Wurzeln wünschenswert.

V. Beispiele aus der Rechtspraxis

Aus der Rechtspraxis werden häufig die gleichen Beispiele diskutiert, von welchen einige im Anschluss besprochen werden:

- Juristische Person (*corporate personhood*)
- *Judges do not make law*-Doktrin
- *King can do no wrong*-Doktrin
- *Terra nullius*-Doktrin
- *Mostyn v Fabrigas*
- *Bill of Middlesex*
- *Writ of Quominus*

1. Fiktive Personen: Die Passagiere des Clapham Omnibus

2014 wurde der Fall *Healthcare at Home Limited (Appellant) v The Common Services Agency (Respondent)* (Scotland) vom englischen Supreme Court entschieden. Im Sachverhalt geht es um die Verlängerung eines Vertrages auf Grundlage von Bestimmungen des EU-Rechts. Hierbei wird ein im EU-Recht eingeführter rechtlicher Maßstab angewendet durch Lord Reed, welcher diesen folgendermaßen einführt:

„1. The Clapham omnibus has many passengers. The most venerable is the reasonable man, who was born during the reign of Victoria but remains in vigorous health. Amongst the other passengers are the right-thinking member of society, familiar from the law of defamation, the

⁵⁷² *Del Mar*, Introduction, in: Twining/Del Mar (Hrsg.), *Legal Fictions in Theory and Practice* (2015), x.

official bystander, the reasonable parent, the reasonable landlord, and the fair-minded and informed observer, all of whom have had season tickets for many years.

2. [...] But its most famous passenger, and the others I have mentioned, are legal fictions.⁵⁷³ They belong to an intellectual tradition of defining a legal standard by reference to a hypothetical person, which stretches back to the creation by Roman jurists of the figure of the *bonus paterfamilias*.⁵⁷⁴

Lord Reed behauptet, dass die unter Nr. 1 angeführten Figuren *legal fictions* seien.⁵⁷⁵ Die Passagiere des Clapham Omnibusses wären rechtliche Standards, die durch eine hypothetische Figur ausgedrückt würden. Diese Figuren entstünden im Rahmen einer Tradition des Definierens von rechtlichen Standards. Fraglich ist, warum Lord Reed von hypothetischen Figuren spricht. Ohne vorweggreifen zu wollen, unterscheiden sich Hypothesen und Fiktionen dadurch, dass erstere nur so lange gehalten werden, bis sie bewiesen oder widerlegt werden. Fiktionen hingegen sind auf ontologischer Ebene von der Faktenlage unabhängig. Lord Reed könnte diese vorgestellten dritten Personen als hypothetisch insofern ansehen, als dass sie dazu gemacht sind, angewendet zu werden:

„3. [...] The behaviour of the reasonable man is not established by the evidence of witnesses, but by the application of a legal standard by the court. The court may require to be informed by evidence of circumstances which bear on its application of the standard of the reasonable man in any particular case; but it is then for the court to determine the

573 Hervorhebung nicht im Original.

574 *Healthcare at Home Limited (Appellant) v The Common Services Agency (Respondent)* (Scotland), Nr. 1 und 2.

575 Man darf beim hervorgehobenen Satz nicht den in Kommata gerahmten Halbsatz als Nebensatz verstehen, sondern als Teil des Hauptsatzes. Eine angemessene Übersetzung lautet also: „Aber sowohl sein berühmtester Passagier als auch die anderen, die ich erwähnt habe, sind rechtliche Fiktionen.“ Dass eine andere Übersetzung falsch wäre, legen zwei Umstände nahe: Erstens würde ein grammatistischer Fehler entstehen, da der erste Halbsatz im Singular („passenger“), der dritte Halbsatz aber im Plural („are“) steht. Zweitens würde ein kategorialer Fehler entstehen, da *legal fictions* zugleich die berühmtesten Passagiere und alle anderen Passagiere aber auch *legal fictions* wären. Diese Schrödinger’schen Passagiere wären aber im höchsten Maße ungewöhnlich.

outcome, in those circumstances, of applying that impersonal standard.“⁵⁷⁶

Demnach werden als Fiktionen

- Rechtliche Standards, die man sich als
- Imaginierte Personen vorstellt,

angesehen. Als Beispiele hierfür nennt Lord Reed den *reasonable man*, *right-thinking member of society*, *the officious bystander*, *the reasonable parent*, *the reasonable landlord*, *the fair-minded and informed observer*⁵⁷⁷ und aus dem aktuellen EU-Recht den *reasonably well-informed and normally diligent tenderer*⁵⁷⁸. Man erkennt diese Fiktionen an der Vorstellung als Person (*bystander*, *parent*, *landlord*, *observer*, *man* etc.) und an den Signalwörtern wie *reasonable*, *fair-minded* etc.

2. Fiktive Institute: Vergewaltigung in der Ehe

„A husband cannot be guilty of rape [...] upon his unlawful wife [...].“⁵⁷⁹

Bis in die zweite Hälfte des 20. Jahrhunderts bestand in vielen Rechtsordnungen keine Möglichkeit der Vergewaltigung in einer Ehe. Es wurde eine generelle Einwilligung beider Partner zum Geschlechtsverkehr während der Zeit der Ehe angenommen. Dass die Ehe so zu einem Deckmantel für unkonsentierten Geschlechtsverkehr werden konnte, sahen die Richter. Jedoch fingierten sie die Einwilligung der Partner lange Zeit aufgrund bestimmter gesellschaftlicher Vorstellungen von den Rollen der Ehegatten sowie religiösen Interpretationen der Institution Ehe.

Doch kann etwas fiktiv sein, was rechtlich definiert wird? Ähnlich gelagert ist der Fall der Sklaverei: Dort wird definiert, dass bestimmte Menschen nicht Subjekt, sondern nur Objekte des Rechts sind. In beiden Fällen ist es nicht mit der heutigen Vorstellung von der sozialen Institution der Ehe bzw. der Persönlichkeit vereinbar, was das Recht definiert. Das rechtliche Institut war an die damals bestehende soziale Institution angelehnt, hat sich dann aber nicht mit dem Wandel der sozialen Institution

576 Healthcare at Home Limited (Appellant) v The Common Services Agency (Respondent) (Scotland), Nr. 3.

577 Ibid., Nr. 1.

578 Ibid., Nr. 4.

579 Matthew Hale in *Historia Placitorum Coronae* (1736).

weiterentwickelt. Das rechtliche Institut blieb hinter der gesellschaftlichen Weiterentwicklung zurück. Wie später noch ausführlich begründet werden soll, sind diese rechtlichen Institute als fiktiv zu bezeichnen.⁵⁸⁰

3. Fiktive Annahme: Writ of Quominus, Bill of Middlesex und Mostyn v. Fabrigas

„*King's Bench stole business from Common Pleas; Common Pleas stole it back again from King's Bench. Falsehood, avowed falsehood, was their common instrument.*”⁵⁸¹

Die Ausweitung der Gerichtszuständigkeiten durch Rechtsfiktionen der Gerichte selbst war gängige Praxis in England seit der Entwicklung eines eigenen Rechtssystems. Hierzu ein wenig Hintergrund bezüglich des englischen Jurisdiktionssystems: Dieses entwickelte sich nach Inbesitznahme durch William the Conqueror 1066; davor gab es lokale, niedergeschriebene Rechtssammlungen. Zunächst (ca. 1150-1852) gab es das *Common Law* i.e.S., welches auch als *writ*-System bezeichnet wird. Im 15. Jahrhundert kam (zunächst subsidiär) das *equity*-System hinzu, welches sich 1852 gegen das *writ*-System durchgesetzt hat und bis heute aktiv ist. Im Gegensatz zur kontinentaleuropäischen Rechtsgeschichte ist die englische Rechtsgeschichte weniger durch tiefgreifende soziale Umbrüche oder Kodifikationen geprägt als durch Streitigkeiten zwischen Gerichten um Zuständigkeiten. Was aus Sicht Kontinentaleuropas nur minimale Umbrüche sein mögen, ist aus Sicht des stabilen englischen *Common Law* äußerst relevant.

Beim *writ*-System bzw. *Common Law*-System i.e.S. heißt die Klage *writ*. Sie wurde beim zentralen Gericht in London eingereicht, welches die Klage dann an den lokal zuständigen *county court* weiterleitete. Die Klageform war streng gebunden („where there's no writ, there's no right“), vergleichbar in etwa dem römischen Formularprozess.

Richter ist im *equity*-System der König selbst bzw. sein Lord Chancellor. Die Mitarbeiter des letzteren, genannt *chancery*, bildeten (gemeinsam mit dem Lord Chancellor) ab circa dem 15. Jahrhundert den Court of Chancery, welcher sich mit dem Ausgleich von Härtefällen im Sinne des *equity*-Gedankens befasst. (Davor gab es das System auch schon, nur nicht als eigene Institution.) Nach dem Writ of Quominus war auch der Court of Ex-

580 Ab S. 265.

581 Ogden, Bentham's theory of fictions, 145.

chequer wieder für *equity*-Angelegenheiten zuständig. Da es zunächst nur um Härtefälle geht, ist das System subsidiär zur *Common Law*-Jurisdiktion. Im *equity*-System wird eine Klage (*petition*) beim König eingereicht. Die Form ist im Gegensatz zum *writ*-System frei. Maßstab der Entscheidung ist zunächst nur *justice* und *fairness*; später treten durch eine Selbstbindung der Gerichte die entwickelten Maximen und Grundsätze hinzu.

Die wichtigsten Gerichte waren für viele Jahrhunderte der Court of Common Pleas, der Court of Exchequer und der Court of King's Bench. Der Court of Common Pleas war ursprünglich für die *Common Law*-Jurisdiktion zuständig (und abwechselnd dann auch für *equity*). Seine Jurisdiktionsgewalt wurde u.a. durch den Bill of Middlesex (zugunsten des Court of King's Bench) und den Writ of Quominus (zugunsten des Court of Exchequer) eingeschränkt. Diese beiden werden in der anglo-amerikanischen Rechtswissenschaft als klassische Rechtsfiktionen eingestuft.

Der Writ of Quominus, in Kraft zwischen ca. 1230 und 1883 diente der Erweiterung der Zuständigkeit des Court of Exchequer für gewisse Fälle des Court of Common Pleas.

„The court of exchequer is inferior in rank not only to the court of king's bench, but to the common pleas also.”⁵⁸²

Der Court of Exchequer war nur für Fälle zuständig, die den König selbst betrafen, d.h. „to order the revenues of the crown, and to recover the king's debts and duties.“⁵⁸³ Um sich in Fällen zwischen zwei Personen für zuständig zu erklären, welche aber beide nichts mit dem König zu tun hatten, wurde im Writ of Quominus eine Rechtsfiktion geschaffen:

„The writ upon which all proceedings here [the Court of Exchequer, Anm. KA] are grounded is called a quo minus in which the plaintiff suggests that he is the king's farmer or debtor, and that the defendant hath done him the injury or damage complained of [...].”⁵⁸⁴

„The amusing writ of Quo minus, by which the Court of Exchequer gained jurisdiction in certain cases, which proceeded upon the alleg-

582 *Blackstone*, Commentaries on the Laws of England: Of Private Wrongs, 42 (Book III, Chap. IV); Wenn der Court of Exchequer niedriger ist im Rang als der Court of Common Pleas, so hat das niedrigere Gericht dem höheren Zuständigkeiten abgenommen durch den Writ of Quominus, was einigermaßen ungewöhnlich ist.

583 *Ibid.*

584 *Ibid.*, 44 (Book III, Chap. IV).

tion that the plaintiff was debtor to the Crown and unable to account through the defendant's default [...].

D.h. der Kläger behauptet, er habe Verpflichtungen gegenüber dem König, denen er nicht nachkommen könne, weil der Beklagte ihm einen Schaden bzw. eine Verletzung zugefügt habe. Die Fiktion liegt darin, dass es keinerlei Verpflichtungen gegenüber dem König gibt.

Auf die gleiche Weise erweiterte der Court of King's Bench seine Jurisdiktionsgewalt durch den Bill of Middlesex. Diese umfasste:

„[T]he king's bench [was intended, Anm. KA.] to correct all crimes and misdemeanours that amount to a breach of the peace, the king being then plaintiff, as the withholding and non-payment thereof is an injury to his *jura fiscalia*. But, as by a fiction almost all sorts of civil actions are now allowed to be brought in the king's bench [...].“⁵⁸⁵

Durch den Bill of Middlesex wurde das Gericht für nahezu alle zivilrechtlichen Klagen zuständig, indem man jede zivilrechtliche Pflichtverletzung als Verletzung des königlichen (Rechts-)Friedens ansah.

Ähnlich gelagert ist der 1773 entschiedene Fall *Mostyn vs. Fabrigas*: Hierbei verklagte der ehemals auf der britischen Kolonie Menorca stationierte Fabrigas den dort stationierten General Mostyn. Nachdem Menorca kein Teil des britischen Empires mehr war, die beiden aber noch dort waren, hat General Mostyn Fabrigas in ein Gefängnis stecken lassen. Dieser klagte am Court of King's Bench (in London) dagegen. Dieser hatte das Problem, dass er für Vorgänge in ehemaligen Kolonien nicht zuständig war. Wie konnte man dies lösen? Man verlegte die Insel Menorca komplett nach London. Diese Entscheidung erinnert an die *Lex Gallia Cisalpina* – hier wurden Vorgänge aus der Region nach Rom verlegt, um die Zuständigkeit der dortigen Gerichte zu begründen.

Die Fiktionen in diesem Zusammenhang beziehen sich also auf:

- Einen Sachverhalt, dessen Ort verlegt wird (entweder es wird nur der Sachverhalt verlegt oder der ganze Ort, an dem er sich ereignet hat)
- Um die Zuständigkeit eines Gerichts zu begründen, d.h. Verfahrensvoraussetzungen zu erfüllen.

Die Fiktionen durch den Gesetzgeber sind aufgrund dessen nicht so stark ausgebildeter Rolle im *Common Law* seltener, nehmen aber seit der zunehmenden Positivierung zu. Die Gruppe der *statutory deemings*, wie oben besprochen, werden teilweise zu den Fiktionen im Recht gezählt. Diese *de-*

585 Ibid.

emings gestalten sich in gleicherweise aus wie die gesetzlichen Fiktionen im *Civil Law*.

VI. Resümee

Warum sind Fiktionen nun häufiger im *Common Law*? Die Darstellung hat gezeigt, dass sie eine andere Funktion als im *Civil Law* erfüllen: Im *Common Law* dienen Fiktionen der punktuellen Rechtsfortbildung. Diese ist im Wesentlichen die Kompetenz des parlamentarischen Gesetzgebers im *Civil Law*. Diese Rechtsweiterentwicklungen finden dort auch nicht punktuell statt, sondern werden direkt in die Kodifikation eingewebt. Im *Common Law* ist die wesentliche Rechtsquelle aber nicht das parlamentarische Gesetz, sondern das durch die Richter gesetzte Recht.

„Now there are two sorts of law, by either of which, or by a mixture of both, a judicial practice may be legalized: one is common, alias unwritten law; and this is the sort of which law [...] has for its makers the judges themselves; since it is by their own practice that it is made. The other is statute law [...].“⁵⁸⁶

Die Richter wurden ursprünglich vom König eingesetzt, um für diesen Recht zu sprechen.

„The course of justice flowing in large streams from the king, as the fountain, to his courts of record; and being then subdivided into smaller channels, till the whole and every part of the kingdom were plentifully watered and refreshed.“⁵⁸⁷

„Yet, though the king himself used to sit in this court [the court of king's bench, Anm. KA], and still is supposed so to do; he did not, neither by law is he empowered to, determine any cause or motion, but by the mouth of his judges, to whom he committed his whole judicial authority.“⁵⁸⁸

586 *Bentham*, The Works of Jeremy Bentham, 93.

587 *Blackstone*, Commentaries on the Laws of England: Of Private Wrongs, 30 (Book III, Chap. IV).

588 *Blackstone*, Commentaries on the Laws of England, 41 (Book III, Chap. IV); diese Metapher erinnert stark an Montesquieus Lehre der Richter als „bouche de la loi“.

Heutzutage ist die höchste Legitimationsquelle allerdings nicht mehr der König, sondern:

„According to the constitution, Parliament or, more correctly, the ‘Queen in Parliament’, is the sovereign law-maker in Britain. This means although the judges have a role in the law-making process, they must bow to the superior powers of the legislature who may override judge-made ‘common law’ rules by Acts of Parliament.“⁵⁸⁹

Dennoch ist das Richterrecht immer noch „one of the oldest and most fundamental features of the English legal system.“⁵⁹⁰ Die Legitimation der Richter war und ist seit jeher weitaus höher als von Richtern im *Civil Law*, wodurch ihre Macht zur Rechtssetzung gerechtfertigt war. Diese ist eingeschränkt durch (u.a.) eines der Grundprinzipien des englischen Rechts: Die Bindung an die Entscheidung früherer Fälle durch Richter in ähnlichen Angelegenheiten, d.h. *precedent*⁵⁹¹.

„Precedent is centrally about the (not necessarily conclusive) obligation of a decision-maker to make the same decision that has been made on a previous occasion about the same or similar matters.“⁵⁹²

„Precedent is the basis of common law: the body of law emerging from cases as they are decided by the judges.“⁵⁹³

Wie Del Mar bereits feststellt, ist daher ein Mittel zur vorsichtigen Andeutung einer Rechtsfortbildung sehr wichtig: Der Richter kann eine Fiktion, die nur auf den Einzelfall bezogen wirkt, nutzen, um quasi mit späteren Gerichten darüber zu kommunizieren, ob sie diese „Ausnahme“ zu einer neuen Regel machen wollen. Der Richter lässt bewusst offen, ob die Fiktion wiedereingesetzt werden und vielleicht sogar zu einer Rechtsregel werden soll. Diese Bindung ist im *Civil Law* in der Regel nicht so streng ausgestaltet wie im *Common Law*. Daher finden sich Fiktionen zur punktuellen Rechtsfortbildung durch die Richter viel mehr im *Common Law*.

Zudem sind Juristen im *Common Law* daran gewöhnt, mit fiktiven Sachverhalten zu argumentieren, was im *Civil Law* viel schwächer ausgeprägt

589 Harris, An Introduction to Law, 181.

590 Ibid., 190.

591 Zu unterscheiden ist weiterhin zwischen vertikaler und horizontaler Bindung der Gerichte; letzteres ist die Bindung des Gerichts an seine eigenen vorhergehenden Urteile, sog. *stare decisis*. Weiterführend siehe: Schauer, Precedent, in: Marmor (Hrsg.), The Routledge Companion to Philosophy of Law, 124.

592 Ibid., 123.

593 Harris, An Introduction to Law, 190.

ist, da man nicht versucht, durch Abwägung vieler Fälle die richtige Regelung zu ermitteln, sondern von einem Normtext ausgeht, den man versucht methodengeleitet auszulegen. Bei so einer bildlich-konkreten Argumentationsweise liegt es viel näher, Fiktionen in diesem Sinne zu bilden und rechtsverbindlich zu machen.

Was man der anglo-amerikanischen Rechtswissenschaft fruchtbarerweise entnehmen kann, ist die Kategorie der *deeming provisions* (hier: *deemings*). „(To) deem“ bedeutet etwas betrachten bzw. erachten; ob etwas zur Kategorie der *deemings* gehört, hängt dabei nur von der Verwendung des Verbs „deem“ ab. Teilweise wird daher angenommen, dass *deemings* auch Fiktionen sein können (Simon Stern), da die methodische Bedeutung des Wortes variieren kann.⁵⁹⁴ Dies geht von der Vorstellung aus, dass es bei der Aufstellung der Kategorie nicht darum geht, ob diese Formulierung zu den Vermutungen, Definitionen oder Fiktionen gehört. Andererseits sind *deemings* in ihrem Anwendungsgebiet im Gegensatz zu Fiktionen (im Sinne des *Common Law*) nicht allein auf einen speziellen Fall beschränkt, sondern können größere Rechtsregeln werden.⁵⁹⁵ Ein Äquivalent hierzu gibt es im *Civil Law* nicht.

Es ist daher äußerst wichtig, die unterschiedlichen Perspektiven bei der Erörterung der Fiktionsfrage zu beachten: Wenn Rechtswissenschaftler des *Common Laws* diskutieren, haben sie durch Richter geschaffene nur für den Einzelfall wirkende Annahmen zur Durchbrechung einer höheren Regel im Sinn, die den Zweck der Rechtsfortbildung hat (und oft zutreffend: der Erweiterung der Zuständigkeit des Gerichts dient). Ein Rechtswissenschaftler des *Civil Laws* kennt solche Fiktionen gar nicht. Wenn man von Fiktionen spricht, hat man ausschließlich vom *Common Law*-Rechtswissenschaftler als *deemings* bezeichnete Konstruktionen durch den Gesetzgeber im Kopf, die der Rechtsfolgenverweisung (also keinesfalls einer Rechtsfortbildung) dienen. Alles, was beiden gemein ist, ist der damit einhergehende offene Bruch einer Regel, der durch die Formulierungsweise quasi verdeckt wird. (Von vollständiger Verdeckung könnte man nur sprechen, wenn eine „ist“-Formulierung gewählt würde – dies ist bei *deemings*/Fiktionen jedoch nicht der Fall: hier steht immer ein „als ob“ bzw. „gilt als“ im Normtext.) Die *deemings* des *Civil Law*-Juristen, welche dieser als Fiktionen bezeichnen würde, können für den *Common Law*-Juristen ebenfalls fictions sein. Dies hängt allerdings von der Definition ab. Gemeinsam ist beiden

594 Stern, Legal Fictions and Exclusionary Rules, in: Twining/Del Mar (Hrsg.), Legal Fictions in Theory and Practice, 169.

595 Ibid.

Diskursen der Bezug zum römischen Recht, in welchem jeder Fiktionstyp seinen Ursprung finden soll.

C. Zusammenfassung

Mit Vaihinger kommt es zu einem (scheinbaren) Wandel bei der Betrachtung von Fiktionen: Aus der Lüge wird ein zweckorientiert eingesetztes Mittel, mit dem man neue Erkenntnisse erlangen kann. Die bisher erzählte Geschichte ist, dass es von einem negativen Blick auf Fiktionen, der geprägt war von der Wahrheitskomponente, zu einem positiven Bild von Fiktionen kommt, welches von der Zweckkomponente geprägt ist. Ähnlich wie es bei der *mimesis* von Platons negativem Blick und der Beschimpfung, dass alle Dichter Lügner seien, zu Aristoteles' positiverem Bild der Dichtung gekommen ist.

Doch in beiden Fällen gilt, wenn man näher hinschaut, wie es hier in den letzten Kapiteln geschehen ist, dass das Mittel der Fiktion in verschiedensten Varianten auftritt, aber stets dasselbe ist. Alles was sich verändert hat, ist der Blickwinkel bei der Bewertung. Doch weder die Postglossatoren, Bentham, Vaihinger oder Fuller kommen bei der Bestimmung der Merkmale einer Fiktion um die artifizielle kontrafaktische Konstruktion herum. Der Blickwinkel, der sich ändern muss, ist der von der Bewertung hin zu den Definitionsmerkmalen. Und bei den dortigen ist man sich im Kern seit jeher auch einig: Fiktiv ist, egal ob wissenschaftlich oder ästhetisch, eine kontrafaktische, ja sogar artifizielle Konstruktion eines Objekts, sei es konkreter oder abstrakter Natur, welche erst auf einer zweiten Interpretationsebene ihren Zweck offenbart. Die Fiktion ist nicht Fiktion, weil sie einen bestimmten Zweck erfüllt (denn hier gibt es viele Konstruktionen). Sie ist es auch nicht, weil sie zum Beispiel durch bestimmte Wörter, wie beispielsweise dem „als ob“, gekennzeichnet ist. Was sie ausmacht, ist eine Kombination der Faktoren. Wie diese bei einzelnen Fiktionen im Recht genau aussieht, ist in den nächsten Kapiteln zu erörtern. Was uns die Geschichte der Fiktionen und der Wissenschaft von ihnen lehrt, ist, dass bisher zu sehr von der Bewertung gedacht wurde, welche entweder am Mittel oder am Zweck aufgehängt wurde. Das kennzeichnende Merkmal für eine Fiktion ist aber nicht nur ihr Zweck, sondern vor allem ihr *modus operandi*. Und dieser ist gerade deswegen interessant, weil er sehr weit von allen anderen Methoden des Rechts entfernt erscheint. Fiktionen lassen sich, bei tiefgehender Betrachtung, nicht auf bloße Rechtsfolgenverweisungen reduzieren und (wie so häufig) in einem kurzen Absatz eines

Methodenlehrelehrbuchs abhandeln, auch wenn ihr ihr Zweck schlicht und nicht „troubling“⁵⁹⁶ sein mag. Aber ihr Mittel durchzieht in verschiedenen Formen jedes Gesetz, jedes Urteil und auch die Rechtswissenschaft.

596 Als Antwort auf die erwähnte eröffnende Frage von William Twining, was denn „troubling“ an Fiktionen im Recht sei.

Dritter Teil: Philosophische Grundlegung

Ziel der philosophischen Grundlegung ist es, die Fiktion anhand der Ergebnisse der historischen Grundlegung (2. Teil), d.i. was bisher unter Fiktion verstanden wurde und welche Merkmale als prägend angesehen wurden, von anderen nah verwandten Begriffen abzugrenzen. Dabei werden die verschiedenen Ansichten, ob zum Beispiel die Fiktion eine Lüge ist, bei den einzelnen Begriffen nun direkt gegenübergestellt, philosophisch und gegebenenfalls literaturwissenschaftlich unterfüttert und diskutiert. Die historische weicht nun also einer systematischen Darstellungsweise. Die beiden Grundlegungen stellen dabei die Säulen dar, auf welche die Definition im vierten Teil aufbaut.

Diesem Kapitel liegt die Einsicht zugrunde, dass man ein nicht genuin juristisches Phänomen nur vollständig verstehen kann, wenn man über den Tellerrand der Rechtswissenschaften hinausblickt. Doch „so wenig [...] die Warnung gegen eine übertriebene Ausdehnung des allgemeinen Theils versäumt werden soll, so kann doch auch umgekehrt die Wahrheit dadurch gefährdet werden, daß ein Begriff oder Rechtssatz nicht in der ihm wirklich zukommenden Allgemeinheit aufgefaßt wird“. ⁵⁹⁷ Und es ist schwer begründbar, warum man bei der Suche nach einem Begriff, der kein genuin juristischer ist, andere Wissenschaften, die sich mit dem Begriff viel stärker auseinandergesetzt haben, außer Acht lassen sollte.

„Fiction has no single place it can call home: it lives and thrives in the borderland between literature, philosophy, and law. [...] It is a go-between, operating under the patronage of Iris, the swift-footed goddess of Greek mythology who carries messages between worlds.“ ⁵⁹⁸

Zu nennen sind in Bezug auf das Recht dabei insbesondere die Literatur und die Philosophie, hierbei insbesondere die Sprachphilosophie ⁵⁹⁹ und

⁵⁹⁷ Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, 392.

⁵⁹⁸ Tadié/Scholar, in: Fiction and the Frontiers of Knowledge in Europe 1500-1800 (2010), 1. Hervorhebung nicht im Original.

⁵⁹⁹ Searle, Der logische Status fiktionaler Rede, in: Reicher (Hrsg.), Fiktion, Wahrheit, Wirklichkeit. Philosophische Grundlagen der Literaturtheorie.

die Ontologie⁶⁰⁰. Fraglich ist, ob so ein weitgreifender Ansatz notwendig ist. Die Antwort bringt William Twining treffend auf den Punkt:

„Most agree that it is sometimes hard to differentiate fictions, presumptions, metaphors, models and analogies; and that there is no avoiding fundamental philosophical issues about fact, fiction, truth and knowledge.“⁶⁰¹

Es darf dabei aber auch die Literaturwissenschaft, deren ästhetisches Fiktionsverständnis oft in Anschluss an Vaihinger als kategorial anderes und daher für die Rechtswissenschaft als irrelevant abgelehnt wird, nicht vergessen werden. Ein Beispiel für ein Ansatz dieser kategorial als so verschiedenen angesehenen Verständnisse ist das Kendall Waltons: Er nimmt als Ausgangspunkt für sein Fiktionsverständnis, welches er an der Literatur entwickelt, die Ästhetik. Doch auch er gelangt zwangsläufig wieder zurück zur grundsätzlichen Frage, was eine Fiktion im Allgemeinen ausmache:

„Any adequate theory of fiction must accomodate pictorial fictions, for instance, as well as literary ones. A theory that does not will not be adequate to explain even literary fiction. [...] [W]e need to know what it is about them that makes them works of fiction, and that requires knowing what fictionality in general is [...].“⁶⁰²

Diesen Erkenntnissen zum Trotz stellten die Literaturwissenschaftler Wolfgang Iser und Dieter Henrich noch 1983 fest, dass sich ihr „Kolloquium nicht auf einen wohl etablierten Forschungs- und Theoriestand“⁶⁰³ des Fiktionsbegriffs stützen könne.

„Fiktion, so hat es den Anschein, kann nicht isoliert, sondern muß im Umkreis von anderen Grundtermen verständlich gemacht werden. Zu diesen gehören vor allem ‚Imagination‘ und ‚Realität‘, aber auch solche wie Halluzination, Traum, Illusion und Täuschung.“⁶⁰⁴

600 Lewis, Truth in Fiction, *American Philosophical Quarterly* 1978, 37–46; *Jacquette*, David Lewis on Meinongian Logic of Fiction, in: Huemer/Schuster (Hrsg.), *Writing the Austrian Traditions: Relations between Philosophy and Literature*.

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

602 Ibid., vi.

603 Henrich/Iser, Entfaltung der Problemlage, in: Henrich/Iser (Hrsg.), *Funktionen des Fiktiven*, 9.

604 Ibid.

Es ist daher eine philosophische Grundlegung, welche die Literaturwissenschaften nicht ganz außer Acht lässt, unumgänglich, wenn man sich den Fiktionen im Recht annähern will. Bevor wir uns nun den Abgrenzungen zuwenden, muss zunächst festgestellt werden, was wovon abzugrenzen ist. Die historischen Beispiele haben gezeigt, dass potentiell drei verschiedene Vorstellungsgebilde im Recht als fiktional bzw. fiktiv bezeichnet werden:⁶⁰⁵

- Aussagen im Rechtskontext, welche ein „als ob“ oder ein „gilt als“ enthalten
- Beispiele: Menorca als Stadtteil Londons, Gallia Cisalpina in Rom, Ungeborenes gilt als geboren, Brief gilt als zugestellt, etc.
- Institutionen bzw. Konzepte im Recht
- Beispiele: Juristische Person, Willensfreiheit, Sklaverei, natürliche oder religiöse Stätten als Rechtspersonen, Bürgerlicher Tod
- Vorgestellte dritte Personen
- Beispiele: Clapham-Omnibus-Insasse, Verbraucher, etc.

Dies soll zunächst die Arbeitshypothese darstellen, auf welche immer wieder zurückgegriffen wird, um die Theorie zu entwickeln. Fiktional bzw. fiktiv sein können, je nach Blickwinkel der verschiedenen Theorien:

- Äußerungen (*speech acts*)
- Texte
- Verknüpfungen von Objekten und deren Eigenschaften
- Objekte (im weitesten Sinne)

Die oben genannten Konstruktionen können dabei von mehreren Theorien erfasst werden; je nachdem ergeben sich unterschiedliche Kriterien für deren Fiktionalität bzw. Fiktivität. Zur Annäherung an die verschiedenen Fiktionstermini ist eine Klärung derer terminologischen Verhältnisse zu folgenden Begriffen nötig:

- Realität
- Wahrheit
- Lüge
- Imaginäres

605 Hinzu tritt, aber dies ist wie bereits erläutert nicht das Kernthema dieser Schrift, die Fiktivität des Rechts an sich.

- Hypothese
- Erkenntnis
- Definition
- Juristische Vermutung
- Juristische Analogie

Diese Begriffe sind gemeinsam mit den Beispielen aus dem historischen Teil die Prüf- und Wetzsteine für verschiedene Verständnisse von Fiktionen im Recht, wie sich aus dem historischen Teil ergeben haben.

A. Realität

Sicher und in Stein gemeißelt erscheint meistens eine Opposition, nämlich die von Fiktion und Realität.⁶⁰⁶ Oft wird dies als „Bruch mit der Realität“ umschrieben.

„Le terme de fiction caractérise une rupture avec la réalité.“⁶⁰⁷

So zentral die Opposition ist, so wenig wird jedoch von den meisten Autoren expliziert, was sie unter Realität verstehen.⁶⁰⁸ Dies liegt teilweise auch daran, dass die Autoren zwischen der Annahme einer Außenwelt und deren Ablehnung schwanken:

„Nothing could be more characteristic of the fictionalist tradition than its oscillations between the objective standpoint [...] and the more radical perspective, according to which the perception of facts that exist independently of our constructions is an illusion.“⁶⁰⁹

Dies führt zwangsläufig dazu, dass sich die Definitionen, was fiktiv sei, teilweise gleichen obwohl Unterschiedliches gemeint ist und teilweise nicht

606 Die Begriffe Wirklichkeit und Realität werden von den Autoren teils synonym verwendet, teils wird „Realität“ oder „Wirklichkeit“ als Oberbegriff des anderen angesehen. Die jeweilige Verwendungsweise hier ergibt sich aus dem Kontext. Iser, in: Funktionen des Fiktiven (1983), 555, Vergleiche zum Gemeinplatz dieses Ausgangspunkts auch Gabriel, Fiktion, in: Weimar (Hrsg.), Reallexikon der deutschen Literaturwissenschaft.

607 Chassagnard-Pinet, La place de la fiction dans le raisonnement juridique, in: Rahman/Sievers (Hrsg.), Normes et Fiction, 1.

608 Ströker, Zur Frage der Fiktionalität theoretischer Begriffe, in: Henrich/Iser (Hrsg.), Funktionen des Fiktiven, 97.

609 Stolzenberg, Bentham's Theory of Fictions – A „Curious Double Language“, 226.

gleichen obwohl (funktional) Gleiches gemeint ist.⁶¹⁰ Realität kann zudem auf verschiedenen Ebenen unterschiedlich bestimmt werden: Erkenntnistheoretisch, ontologisch, wissenschaftstheoretisch etc. Im Rahmen der Diskussion über das rechtlich Normative kommen vor allem erkenntnistheoretische und ontologische Verständnisse vor. Dies hängt natürlich auch von der Perspektive ab, ob man Fiktionalität vor allem als Mittel der Erkenntnis sieht (wie z.B. Vaihinger oder Kelsen in der *Allgemeinen Theorie der Normen*) oder einfach als methodisches Hilfsmittel (wie z.B. Fuller). Bei ersterem wird ein erkenntnistheoretischer, bei späterem in der Regel ein ontologischer Realitätsbegriff zugrunde gelegt.

Grundgedanke bei Fiktionen ist, dass sie der zugrunde gelegten Wirklichkeit in ihrer eigenen Welt, sei es der mathematischen, physikalischen oder rechtlich-normativen Welt, widersprechen. So beschreibt Arthur Conan Doyle etwa ein „London“ und verführt den Leser, zunächst an das real existierende London zu denken, platziert dann aber einen fiktiven Charakter in die Baker Street. Dies entlarvt für den Leser den Widerspruch zum realen London und eröffnet die Fiktivität des Londons im Roman, der ganzen Welt des Romans.⁶¹¹ Wenn man an Fiktionen im Recht denkt, eröffnet sich die Frage, was die hintergründige Bezugswirklichkeit des Rechts ist, d.h. wie Abweichungen bzw. Widersprüche des Rechts möglich sind: Als mögliche Bezugswirklichkeiten bieten sich das Recht und die soziale Realität an. Es kann ein nicht zugestellter Brief als im rechtlichen Sinne zugestellt gelten (d.h. das Recht widerspricht seiner selbst aufgestellten Zustellungsdefinition) oder Menorca als Stadtteil Londons gelten (d.h. das Recht widerspricht einem Faktum der sozialen Realität).

Das Merkmal des Widerspruchs mit der Realität hat zwei Voraussetzungen: Zum einen, dass eine Rechtsfiktion nicht Teil der Realität ist und sich irgendwie auf selbige bezieht. In der ganzen Debatte ist weiterhin vorausgesetzt, dass Normatives fiktiv sein kann. Daran orientiert sich der Aufbau dieses Kapitels: Nachdem die Möglichkeit fiktiver normativer Entitäten diskutiert (und bejaht) werden wird, soll der ontologische Status fiktiver

610 Vgl. zur Unterschiedlichkeit der Auffassungen: Wagner, Fiktion/Fiktionalismus, 710.

611 Es sei bedacht, dass Schriftsteller auch mit der *teilweisen* Fiktionalität von Werken spielen und sie beispielsweise im Fall von Biographien durch dieses Spiel Schutz in der Fiktion suchen oder den Leser erst langsam aus seiner Welt in die Romanwelt hineinziehen, sodass ein Verfremdungseffekt eintritt. Beispiel für letzteres sind insbesondere dystopische Romane, wie etwa „1984“ von George Orwell. Die Wahrheit könnte sich dabei in Form einer poetischen Wahrheit aus dem Spiel mit der Fiktion ergeben.

Entitäten angesprochen werden, um die ontologischen und erkenntnistheoretischen Positionen um die Begriffe Realität und Fiktion zu schärfen. Anschließend wird präzisiert, auf was sich der Bruch einer Fiktion im Recht bezieht bzw. auf was eine Fiktion referiert. Zuletzt soll die hier entwickelte Bestimmung der Fiktion über eine erkenntnistheoretisch-ontologische Perspektive durch Positionen in der Sprachphilosophie und den Literaturwissenschaften in Frage gestellt werden.

Was in diesem Kapitel auf theoretischer Ebene passiert, ist die Kollision von ontologischen und erkenntnistheoretischen Implikationen von Positionen in der Literatur- oder Rechtswissenschaft mit vorherrschenden Ansichten in der Philosophie. Wo zum Beispiel die Literaturwissenschaft ganz selbstverständlich verschiedene Welten, etwa die Alltagswirklichkeit und die Romanwirklichkeit, unterscheidet, um Fiktionalität zu erklären, erlebt ein ähnlicher Ansatz David Lewis' in der Philosophie herben Gegenwind. Wenn Kelsen von einem Sein von Normen spricht, welche in ganz anderer Weise als zum Beispiel ein Tisch existierten, so stellt dies in der Philosophie eine eher schwer zu vertretende Ansicht da.⁶¹² Die Philosophie stellt das Fundament von literaturwissenschaftlichen und rechtswissenschaftlichen Theorien da.

I. Möglichkeit von Fiktionen im Recht

Wenn es Fiktionen im Recht geben können soll, muss es notwendigerweise die Möglichkeit geben, dass Normatives überhaupt fiktiv sein kann. Hier sollen drei mögliche Einwände diskutiert werden:

- Erstens, dass aus erkenntnistheoretischer Sicht die Realität per se fiktiv ist.
- Zweitens, dass aus erkenntnistheoretischer Sicht Normatives per se fiktiv ist.
- Drittens, dass das Recht (entweder aus literarischer und/oder aus erkenntnistheoretischer Perspektive) fiktiv ist.

All diese Einwände gehen von der Prämisse aus, dass etwas nicht mehrfach fiktiv sein kann.⁶¹³

612 Es könnte sich hierbei um einen Meinonganismus handeln. Mehr dazu im Unterkapitel zum ontologischen Status fiktiver Objekte.

613 Vertritt man mehrere Fiktivitätskonzepte (wie etwa Vaihinger, der die Perspektive des „Erkenntnistheoretikers“ und die des „Logikers“ unterscheidet, vgl. ab

1. Einwand: Fiktivität der Realität

Wenn die Fiktion außerhalb der Realität stehen soll, schließt sich die Frage an, ob nicht die Realität an sich bereits fiktiv ist.⁶¹⁴ Diese große Frage verlangt nach einer mehrere Monographien umfassenden Antwort – weshalb sie hier nur unzureichend angeschnitten werden kann. Diese Annahme treffen mehrere Positionen in der Literaturwissenschaft, welche die Unterscheidung von Realität und Fiktion für historisch halten und von einer Identität von Fiktion und Realität ausgehen.⁶¹⁵ Diesen literaturwissenschaftlichen Positionen liegt jedoch wiederum eine erkenntnistheoretische Position zugrunde, die die Erkennbarkeit einer objektiven Wirklichkeit komplett ablehnt (sog. Nonkognitivismus, Antirealismus etc.).⁶¹⁶ Verneint man jede auch nur indirekte Zugänglichkeit einer subjektunabhängigen Außenwelt, führt dies konsequenterweise dazu, dass Realität nichts weiter ist als eine weitere fiktive Wirklichkeit, wie es literarische Welten sind.⁶¹⁷ Man kann insofern von einer Fiktionalisierung der Wirklichkeit sprechen.⁶¹⁸ Dadurch wird auch das Recht fiktiv – und das Merkmal des Bruches mit der Realität hinfällig. Die Frage ist, welche Leistung der Begriff der Fiktion in diesem Fall überhaupt noch erbringen könnte. Dies sieht auch Vaihinger so: Nachdem er diese Konsequenz am Anfang seines Werkes sieht, vollzieht er eine Kehrwende und spricht davon, dass die nonkognitivistische Sicht die eines Philosophen/Erkenntnistheoretikers sei, er aber nun die eines „Logikers“ einnehmen müsse. Als solcher nehme er an, dass es eine subjektunabhängige Außenwelt gebe.⁶¹⁹

S. 69), so wäre das natürlich möglich – aber dann handelte es sich auch nicht um die gleiche Art von Fiktivität.

614 Ob die Fiktion real ist, wird nach der Erörterung des ontologischen Status von Fiktionen erörtert, da es zum einen einen engen Zusammenhang der Diskurse gibt und zum anderen (und hauptsächlich), weil es kein Einwand gegen Fiktionen im Recht darstellt.

615 Assmann, Die Legitimation der Fiktion.

616 Zipfel, Fiktion, Fiktivität, Fiktionalität, 69.

617 Hier soll der Einfachheit halber so geschrieben werden, als ob Literatur und Fiktionalität identisch seien. Dass Fiktionalität nur ein Merkmal von Literatur ist, vgl. beispielsweise Genette, Fiktion und Diktion, welcher Fiktionalität nur für ein hinreichendes Merkmal von Literatur hält.

618 Marquard, Das Fiktive als Ens Realissimum, 495. Er fordert in Konsequenz, dass die ästhetische Fiktion sich nun als Anti-Fiktion gerieren müsste, um der Funktion der Kunst weiterhin gerecht zu werden. Allein diese Forderung zeigt, dass eine solche Position ins (sprachlich) Absurde führt.

619 Vgl. Das Kapitel zu Vaihinger, ab S. 69.

Mehr als ein Beiwerk zu einer schwer zu verteidigenden erkenntnistheoretischen Position ist der Begriff in diesem Fall nicht. Zudem lässt dieser Begriff alle ideengeschichtlichen Beispiele, die im 2. Teil angesprochen wurden, außer Acht. Würde man jedoch eine Position vertreten, welche die erkenntnistheoretische Zugänglichkeit einer Außenwelt nur *bedingt* bejaht, wie etwa Bertrand Russell in seiner Frühphase alles auf sog. Sinneseindrücke reduzierte, so könnte man für die folgenden Überlegungen ebenso gut von der dann auf verschiedenen Wegen (re-) konstruierten Wirklichkeit ausgehen. Diese wäre nur (re-) konstruiert, nicht aber fiktiv: Was diese Realität von fiktiven Welten unterscheidet, ist die Artifizialität. Eine Fiktivität der Realität ist abzulehnen.

2. Einwand: Fiktivität von Recht bzw. Recht als Fiktion

Die Rede von Fiktionen im Recht wäre nicht sinnvoll, wenn das Recht fiktiv wäre und jeder Satz in ihm ohnehin fiktional. Fraglich ist also, ob das Recht aufgrund seiner Normativität bereits fiktiv ist, und, wenn es fiktiv wäre, warum es dann homogen sein sollte bezüglich der Fiktionalität.

a. Literaturwissenschaftliche Perspektive

Recht könnte aus der Sicht der Literaturwissenschaft fiktiv sein. In der Literaturwissenschaft gibt zum einen Streit darum, wann ein literarisches Werk fiktional ist und zum anderen, ob ein Werk nur aus fiktiven Bestandteilen besteht oder ob es auch faktuale Bestandteile beinhalten kann. Wenn Recht homogen fiktiv wäre, wäre es nicht mehr sinnvoll, von einzelnen Fiktionen im Recht zu sprechen.

In der Literaturwissenschaft besteht ein Streit darüber, ob Fiktionalität eine Eigenschaft ist, die einem Text intrinsisch zukommt oder eine, vom Kontext abhängt.⁶²⁰

Die erste Ansicht geht davon aus, dass man Fiktionalität an gewissen Kennzeichen erkennen könne. Hierbei kann wiederum zwischen semantischen⁶²¹ und syntaktischen⁶²² Theorien unterscheiden. Die Ansicht, dass

620 Zetterberg, Fictionality, in: Hühn (Hrsg.), *The Living Handbook of Narratology*, § 2.

621 Cohn, *The Distinction of Fiction*.

622 Hamburger, *Die Logik der Dichtung*.

sich Fiktionalität aus dem Kontext ergebe, der sog. pragmatische Ansatz,⁶²³ ist auf das Verhältnis von Äußerndem und Empfänger fokussiert.⁶²⁴

Ob ein Werk fiktional ist, wird oft aus der Absicht des Autors bei der Textproduktion begründet.⁶²⁵ Im Zentrum dieser Theorien stehen die Sprachhandlungen des Autors oder dessen Intention.⁶²⁶ Bei den Theorien geht es darum, dass der Autor bloß vorgebe, Behauptungen zu äußern. Beispielhaft sollen hier kurz die Ansätze von Currie, Searle und Gabriel erläutert werden.

Nach Gregory Currie kommt es für Fiktionalität auf die Intention des Autors bei der Schaffung des fiktionalen Werkes an: Die Intention bezieht sich auf die Haltung, welche der Rezipient bezüglich des Textes einnehmen soll.

„What the author of fiction does intend is that the reader take a certain attitude toward the propositions uttered in the course of his performance.“⁶²⁷

Es kommt Currie nicht darauf an, was für eine Haltung der Rezipient gegenüber dem Text hat, sondern dass der Autor will, dass der Rezipient den Text als *make-believe*⁶²⁸ rezipiert. Diese Intentionalität setzt jedoch bereits voraus, dass das zu Rezipierende fiktiv ist. Hier offenbart Currie sein zweites Kriterium für Fiktionalität:⁶²⁹ Nämlich, dass die Erzählung nicht wahr oder nur „most accidentally true“⁶³⁰ ist. Wahrheit bedeutet für Currie die Übereinstimmung mit einer objektiven Realität.⁶³¹ Mit seiner ungewöhnlichen Definition geht es Currie um einen Standardfall, bei welchem ein

623 Searle, Der logische Status fiktionaler Rede.

624 Zetterberg, Fictionality, in: Hühn (Hrsg.), The Living Handbook of Narratology, § 2.

625 Dem parallel läuft die Ansicht der Kreationisten im Bereich des philosophischen Diskurses zum ontologischen Status fiktiver Entitäten: Auch bei ihnen stellt die Intention der Schaffung einer Fiktion eine Existenzbedingung für Fiktionen da. Mehr dazu im Kapitel Ontologischer Status von Fiktionen im Recht – Fiktiver Realismus.

626 Vgl. Zipfel, Fiktion, Fiktivität, Fiktionalität, 227.

627 Currie, Nature of Fiction, 18.

628 Das Stichwort „make-believe“ ist ein Hinweis auf die Theorie Kendall Waltons, welche im nächsten Abschnitt dargestellt wird. In der anglo-amerikanischen Diskussion in der Literaturwissenschaft ist dieses Stichwort seit Anfang der 1990er maßgeblich von Einfluss.

629 Zipfel, Fiktion, Fiktivität, Fiktionalität, 220.

630 Currie, Nature of Fiction, 46.

631 Auch Currie definiert dies leider nicht genauer.

Autor beim Schreiben einen Fall erfindet, von dem er selbst glaubt, dass er so nicht stattgefunden hat. Mit dem Merkmal der höchst zufälligen Wahrheit möchte er Fälle einfangen, bei denen das geschilderte unabsichtlich doch mit meinem realen Sachverhalt übereinstimmt.⁶³²

Nach John Searles pragmatischem Ansatz geht es bei Fiktionalität vor allem um den (Sprech-) Akt des Fingierens. Es geht um die Intention des Sprechers, des Autors. Dieser hält sich, wenn er über Fiktives spricht, nicht an die üblichen Sprechaktregeln. Die Rezeption durch den Rezipienten als Fiktion ist nur deswegen möglich, weil es „a set of extralinguistic, nonsemantic conventions that break the connection between words and the world“. Die soziale Institution der fiktionalen Rede ist also Bedingung dafür, dass fiktive Texte überhaupt verstanden werden können. Searle geht davon aus, dass fiktionales Erzählen fingiertes faktuales Erzählen sei. Dies schließt aus, dass die Fiktionalität anhand einer Analyse der Semantik des Textes feststellbar ist.

Gottfried Gabriel definiert seinen Fiktionsbegriff an Searle angelehnt als Behauptung ohne Anspruch auf Referenzialisierbarkeit. Referenzialisierbarkeit bedeutet, dass es sprachliche Ausdrücke gibt, welche „auf individuierbare Phänomene wie Gegenstände, Lebewesen, Zeit- und Raumabschnitte“⁶³³ der Realität scheinbar Bezug nehmen. Das bedeutet im Rahmen der Literaturwissenschaft, dass ich sagen kann, dass Sherlock Holmes in 221 B Baker Street wohne, ohne tatsächlich behaupten zu wollen, dass ein Mann dieses Namens in dieser Straße in London wohne oder gewohnt habe. Fraglich ist bei diesem Ansatz, wie eine Rede Anspruch erheben soll; kommt es also gerade nicht auf den Autoren an? Wie soll man sich ein Objekt als behauptendes Subjekt vorstellen?⁶³⁴ Wenn man nur an der Nichtreferenzialisierbarkeit der referierenden Ausdrücke merkt, ob es sich um ein fiktionales Werk handelt, dann kann die Theorie ihr Kriterium kaum aufrecht erhalten: Denn das Kriterium kommt zu einem falschen Ergebnis, sobald irgendwann ausnahmsweise tatsächlich ein Mann mit Namen Sherlock Holmes in 221B Baker Street einzieht.⁶³⁵ Gabriel sieht seine Theorie als sowohl die Produktion als auch die Rezeption betreffend.⁶³⁶ Eine Theo-

632 Für weitere Ausführungen zur Theorie und Kritik an ihr siehe *Zipfel*, Fiktion, Fiktivität, Fiktionalität, 221 f.

633 *Ibid.*, 196.

634 *Ibid.*, 197.

635 Hier sei um des Beispiels Willen angenommen, dass man die Sherlock Holmes-Erzählungen nicht auf das Ende des 19. Jahrhunderts/Beginn des 20. Jahrhunderts datieren könne.

636 *Zipfel*, Fiktion, Fiktivität, Fiktionalität, 201 f.

rie über Fiktionalität müsse auch immer eine über Kommunikation sein; anhand semantischer Ausdrücke alleine sei die Fiktionalität nicht feststellbar.⁶³⁷ Fiktionalität ließe sich demnach nicht an einzelnen, objektiv feststellbaren Signalen festmachen, sondern hinge immer auch vom Autor ab.

Die zweite Ansicht geht davon aus, dass Fiktionalität eine Eigenschaft ist, welche vom Kontext abhängt. Eine der berühmtesten Beschreibungen der Fiktionalität in der Literaturwissenschaft ist die von Coleridge als „willing suspension of disbelieve“.⁶³⁸ Ähnlich sieht es Kendall Walton, welcher eine der populärsten Positionen heutzutage darlegt: Walton versteht unter Fiktionalität ein Gedankenspiel (*game of make-believe*) des Lesers, welches vom Autoren hervorgerufen wird. Inhalt des Spiels ist, dass der Leser (bewusst) das Fingierte für wahr hält während des Lesens, obwohl er eigentlich nicht an die Wahrheit des Fingierten glaubt.⁶³⁹ Die Haltung des Lesers ist bei fiktionalen Texten ein *make-believe*, bei nicht-fiktionalen Texten ein *belief*.⁶⁴⁰

„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.“⁶⁴¹

Anders als die oben genannten Theorien hängt die Fiktionalität also nicht an einer Absicht des Autors, sondern an der Einstellung des Lesers zum Text. Natürlich muss der Autor auch Anlass geben, dass der Leser diese Haltung zum Text einnimmt. Insofern steht die Theorie des *make-believe* von Kendall Walton der *pretense*-Theorie Gregory Curries, welche sich an der Autorenintention orientiert, sehr nahe.

Wenn man denn die Fiktionalität eines Werkes bejaht, ist weiterhin umstritten, ob dann das Werk gesamt homogen fiktional ist oder ob es sich aus fiktionalen und nicht-fiktionalen Bestandteilen zusammensetzen kann,

637 *Gabriel*, Fiktion und Wahrheit. Eine semantische Theorie der Literatur, 30.

638 *Coleridge*, *Biographia Literaria*, Band 2, 6.

639 *Walton*, *Précis of Mimesis as Make-Believe: On the Foundations of the Representational Arts*, *Philosophy and Phenomenological Research* 1991, 380.

640 *Currie*, *Nature of Fiction*, 21.

641 *Walton*, *Précis of Mimesis as Make-Believe: On the Foundations of the Representational Arts*, *Philosophy and Phenomenological Research* 1991, 380.

d.h. heterogen fiktional ist.⁶⁴² Grundsätzlich werden in der Literaturwissenschaft Werke im Gesamten als fiktional oder als nicht-fiktional eingeordnet. Das Kriterium dafür ist nicht, ob das Werk überwiegend fiktiv ist, sondern ob es überhaupt Fiktionen enthält. Dies hätte zur Folge, dass das Recht, sobald es eine Fiktion enthält, im Gesamten als fiktiv zu beurteilen wäre. Das bedeutete, dass das Recht wäre komplett fiktiv und jeder Satz in ihm fiktional.⁶⁴³ Die Frage ist angesichts dieser Konsequenzen, ob sich diese Ansicht aus den Literaturwissenschaften, welche ästhetische Texte betrifft, auf das Recht übertragen lässt. Doch bevor die Übertragbarkeit diskutiert wird, soll zunächst die in der Literaturwissenschaft und Philosophie vertretene Gegenposition erörtert werden:

„Einer weit verbreiteten Alternativauffassung zufolge handelt es sich jedoch bei vielen fiktionalen literarischen Werken um heterogene Objekte, die fiktionalen auch rein faktuale Anteile besitzen.“⁶⁴⁴

Genette geht auch von einer grundsätzlichen Trennung von fiktionalen und nicht-fiktionalen Texten aus, gesteht aber ein, dass diese „two regimes are not as far apart – and not [...] as homogeneous – as might be supposed from a distance.“⁶⁴⁵

Fraglich ist, ob die Beurteilung eines Werkes als fiktiv ausschließt, dass es nicht-fiktive Bestandteile enthält. Dieses Problem ist eng verwoben mit jenem der Referenz: Dafür, dass es nur fiktive Bestandteile enthält spricht, dass wenn Doyle von London spricht, er nicht auf das tatsächliche London Bezug nehmen will, sondern nur auf die in seinen Geschichten so genannte Stadt. Dies könne nach der Theorie Hallers daran festmachen, dass man von dem London bei Doyle niemals sagen kann, ob es beispielsweise das King's College gibt. Weil dieses niemals erwähnt wird in DoYLES Geschichten. An der Unvollständigkeit der Eigenschaften unterscheide sich das fiktive London vom realen London. Dennoch ist mit Umberto Eco entgegenzuhalten, dass kein Autor eine Stadt zufällig „London“ nennt. Der Autor baut immer auf Vorstellungen der sozialen Realität auf und knüpft durch diese Benennung bewusst an diese an. Allein die Abweichungen nennt der Autor. Dieses Phänomen findet man beispielsweise bei Kafkas Verwand-

642 vgl. Werner, Fiktion, Wahrheit, Referenz, in: Klauk/Köppe (Hrsg.), Fiktionalität: Ein interdisziplinäres Handbuch, 129. Hieran schließt sich auch die Debatte an, ob es Grade der Fiktionalität eines Textes gibt: Gibt es Texte, die fiktionaler sind als andere? Vgl. hierzu Zipfel, Fiktion, 292 ff.

643 vgl. Werner, Fiktion, Wahrheit, Referenz, 129.

644 Ibid.

645 Genette, Fiktion und Diktion, 82.

lung: Bereits nach dem ersten Halbsatz wird die Vorstellungswelt des Lesers zerstört:

„Als Gregor Samsa eines Morgens aus unruhigen Träumen erwachte, fand er sich in seinem Bett zu einem ungeheueren Ungeziefer verwandelt.“

Gerade als sich langsam ein reales Bild beim Leser entwickelt, bei welchem ein Mensch namens Gregor Samsa nach einem aufregenden Traum in seinem Bett aufwacht, bricht Kafka das Bild mit der surrealen Vorstellung, dass dieser Mensch in ein Ungeziefer verwandelt worden sei. Der Leser wird gleichsam wie Gregor Samsa unsanft aus seiner realen Vorstellung gerissen und mit der Fiktivität der Erzählung konfrontiert.

Ein Autor setzt für die Rezeption seiner Texte bereits voraus und intendiert, dass die Benennung eines Objekts in seiner Geschichte mit jenen Vorstellungen aus der sozialen Realität verknüpft werden. Für diese Ansicht spricht sich in der Philosophie beispielsweise auch Kripke aus:

„Suppose, in the year 3000, only one of these fictional stories about Napoleon survives. Can one then conclude that Napoleon never existed [like Frege and Russell would do, Anm. KA], or at least, as used in this story, the name ‚Napoleon‘ refers to no one? No, one cannot.“⁶⁴⁶

Auch wenn alle Umstände einer Geschichte ausgedacht sind, kann eine Figur dennoch nicht fiktiv sein, obwohl sie in einer grundsätzlich fiktiven Geschichte dargestellt wird. Es ist also zu schließen, dass ein Werk heterogen fiktional sein, d.h. fiktive und nicht-fiktive Bestandteile enthalten kann.

Fraglich ist nun zum einen, inwiefern sich die Positionen zur Fiktivität eines Werkes auf das Recht übertragen lässt und zum anderen, ob das Recht, weil es Fiktionen enthält, als fiktiv zu bezeichnen ist.

Wesentlicher Unterschied der literaturwissenschaftlichen und der hier angestrebten rechtsphilosophischen Debatte über die Fiktionalität des Rechts ist die Richtung der zugrundeliegenden Prämisse: Während man in der Literaturwissenschaft von der Fiktivität eines Textes ausgeht und quasi im Nachhinein versucht plausibel zu machen, inwiefern dieses Autoren- oder Rezipientenverhalten von solchem bei faktualen Texten abweicht, steht man in der Rechtswissenschaft ohne eine solche Prämisse (wenn nicht gar mit der gegenteiligen) da. In der Literaturwissenschaft steht das Ergebnis der Fiktionalität eines Textes also bereits fest – in der Rechtsphi-

646 Kripke, *Reference and Existence*, 27.

losophie ist dies vollkommen offen. Dies ändert nichts an den gefundenen Kriterien für die Fiktionalität eines Textes, aber man sollte sich des Hintergrundes beim Studium der literaturwissenschaftlichen Theorien im Klaren sein. Fraglich ist zunächst, ob sich die literaturwissenschaftliche Diskussion für die Rechtswissenschaft fruchtbar machen lässt.

Die Literaturwissenschaft hat als zentrales Mittel die Sprache⁶⁴⁷ und als zentrales Objekt Texte⁶⁴⁸. Es wären hier auch andere Ausgangspunkte möglich, wie z.B. die Aussage⁶⁴⁹ oder die Rede⁶⁵⁰. Der hier gewählte Ansatz, die Beschreibung von Normen als Text, ist naheliegender als die Beschreibung von Normen als Urteil, Aussage, Rede oder Diskurs. Durch die Texte werden zwei in sich geschlossene Systeme⁶⁵¹, etwa eine Erzählung oder eine Rechtsordnung aufgebaut. Beide beziehen sich nicht auf die soziale Realität, sondern im weiteren Sinne auf eine „erfundene Welt“.⁶⁵² Beide bauen auf eine Vorstellung der Realität und der dort herrschenden Gesetze auf,⁶⁵³ beziehen sich jedoch auf eine andere, erfundene Welt. Die Literatur bezieht sich auf selbst geschaffene Welten. Diese können utopischer (z.B. Thomas Morus, Utopia) oder auch dystopischer (George Orwell, 1984) Natur sein. Die Rechtstexte beziehen sich auf eine Variante der Realität, wie sie sein sollte. Es soll nicht gemordet werden, man soll einen Vertrag nicht brechen. Beide Systeme negieren auch den Anspruch auf Referenzialisierbarkeit. Was die Rechtswelt im Gegensatz zu den (meisten) literarischen aber Welten kennzeichnet, ist die Normativität. Es gibt also einige Argumente für eine Vergleichbarkeit, d.h. eine Anwendbarkeit der Theorien. Jedoch sind die Theorien stets auch an Kommunikationsvorstellungen geknüpft; daher muss anhand der Theorien direkt geprüft werden, ob sich das Recht überhaupt unter diese subsumieren ließe.

Wendet man die Theorien sinngemäß an, welche für eine Fiktionalität notwendig eine bestimmte Intension des Autors voraussetzen, so muss man zum Schluss kommen, dass eine Rechtsordnung, bzw. das zur An-

647 Die These der Sprache als Mittel zur Bezugnahme auf außersprachliche Objekte wird beispielsweise von Poststrukturalisten (wie Ferdinand de Saussure oder Charles Sanders Peirce) nicht geteilt.

648 Zipfel, Fiktion, Fiktivität, Fiktionalität, 31.

649 Hamburger, Die Logik der Dichtung.

650 Gabriel, Fiktion und Wahrheit. Eine semantische Theorie der Literatur.

651 Dies soll nicht implizieren, dass es keine Widersprüche, Normkollisionen etc. geben dürfte.

652 Becker/Hummel/Sander, Literaturwissenschaft, 201.

653 vgl. für die Literatur: Eco, Im Wald der Fiktionen.

wendung gedachte Recht überhaupt, vom Gesetzgeber nicht geschaffen wird, damit es etwa durch die Adressaten als *make-believe* rezipiert wird.⁶⁵⁴

Gegen die sinngemäße Anwendbarkeit solcher Theorien steht auch, dass die historisch-subjektive Auslegung für die Bestimmung der Auslegung des Rechts nicht im Zentrum stehen soll. Warum man dann diesen Maßstab bei der Bestimmung der Fiktionalität des Rechts als den einzig Entscheidenden sehen will, erscheint problematisch. Denn beim Recht kommt es gerade aufgrund der möglichen massiven Wirkungen auf eine richtige Rezeptionshaltung der Adressaten an. Wenn das Recht fiktional wäre, müsste dies für den Bürger auch sicher erkennbar sein. Eine bloße Abhängigkeit vom Willen des Gesetzgebers ohne jegliche Berücksichtigung der Rezipienten erscheint noch weniger angebracht als in den Literaturwissenschaften. Daher ist diese Theorie zwar aus theoretischer Perspektive anwendbar, wird aber inhaltlich den speziellen Anforderungen einer Rechtsordnung nicht gerecht. Daher kann die Fiktionalität des Rechts nicht nach diesem Maßstab beurteilt werden.

Die Theorien, welche Fiktionalität vom Kontext abhängig machen, sind ebenfalls nur schwer anzuwenden: Es gibt keine grundlegenden Fiktionssignale, wie etwa, dass angenommen werden solle, dass objektive Normen, Willensfreiheit oder Menschenwürde gäbe. Das verwenden solcher Kennzeichnungen ist im höchsten Maß ungewöhnlich. Was zur Regelung verwendet wird, wird stets als real im Rahmen des Rechts beschrieben. Es ist auch unerheblich, ob es solche Institute in der sozialen Realität im Sinne der Literaturwissenschaft gibt. Die einzigen Fiktionssignale gibt es bei den mit „gilt als“ gekennzeichneten Gleichsetzungen, welche aber nur sehr punktuell wirken. Daher ist auch von dieser Warte das Recht nicht als fiktional zu qualifizieren. Das Recht kann zwar einzelne Entitäten enthalten, welche es so nicht in der sozialen Realität gibt, oder von denen man zumindest noch nicht mit Gewissheit sagen kann, ob es sie gibt, und ähnlich idealisiert ausgestaltet sind wie Figuren in Romanen: Während man dies bei literaturwissenschaftlich-ästhetischer Betrachtungsweise mit guten Gründen bejahen könnte, erscheint es bei normativen Systemen unangebracht. Denn das Recht hat nicht nur die Aufgabe, an die soziale Wirklichkeit anzuknüpfen und zu regeln, sondern auch, diese durch Wertungen weiterzuentwickeln. Dies sieht man beispielsweise in der Gleichstellung von Mann und Frau, welche früher in den Gesetzen verankert war als sie

654 Hielte es der Gesetzgeber indes mit Kelsens fiktiver Grundnorm bzw. (allgemeiner:) ginge er von einer Unmöglichkeit objektiver Normativität aus, so würde er die Bürger tatsächlich zu einem *game of make-believe* auffordern.

tatsächlich gelebt wurde. Als diese Gleichstellung in die Gesetze aufgenommen wurde, war die Gleichheit von Mann und Frau noch fiktiv in Hinblick auf die Wertungen der sozialen Wirklichkeit. Dennoch ist fraglich, ob diese Bestandteile das Recht fiktional machen, d.h., ob die literaturwissenschaftlich-ästhetische Theorie normative Systeme überhaupt erfasst. Diese Art der Fiktivität von Instituten ist bezüglich der Anerkennung von Recht sicherlich interessant, aber kein hinreichender Grund, Recht als fiktional im literaturwissenschaftlich-ästhetischen Sinne zu verstehen. Die Wirkungen des Rechts könnten realer nicht sein, die Struktur des Textes ähnelt keiner klassischen literarischen Form.

Daher ist eine direkte Anwendung der literaturwissenschaftlichen Theorien auf normative Ordnungen nicht angezeigt. Fraglich ist, ob die Möglichkeit einer sinngemäßen Anwendung der Theorien besteht.

Hier wird vertreten, dass es für Fiktionalität im ästhetisch-literaturwissenschaftlichen Sinne darauf ankommt, dass der Rezipient eine veränderte Rezeptionshaltung zum Text einnimmt als bei faktualen Texten. Die Rezeptionshaltung soll dergestalt verändert sein, dass der Rezipient den Text im Sinne eines *make-believe* liest. Dieses intendierte Verhalten durch den Autor muss für den durchschnittlichen Leser erkennbar sein, um Lügen von Fiktionen abgrenzen zu können in der öffentlichen Kommunikation: Es bedarf daher einer Manifestierung der Autorenintension in fiktionsinternen oder -externen Signalen. Diese Signale sind Teil der sozialen Institution der Fiktion und dementsprechend dem Wandel der Zeit unterworfen. Die soziale Institution umfasst sowohl das Autoren- als auch das Rezeptionsverhalten.⁶⁵⁵

Man kann diesen auf Texte bezogenen ästhetischen Fiktionalitätsbegriff auf das Recht anwenden, kommt jedoch zunächst schnell zu der Feststellung, dass das Recht nicht auf die Schaffung einer eigenen Welt gerichtet ist. Recht ist stets abstrakt und normativ, kommt in der Regel ganz ohne konkrete Objekte aus. Eine literarische Welt, wie etwa das London eines Sherlock Holmes⁶, entsteht dabei nicht.⁶⁵⁶ Daher ist das Recht aus ästhetisch-literaturwissenschaftlicher Sicht nicht als fiktional einzustufen.

655 Vergleiche mit ähnlicher Ansicht *Brubns*, Zur Ontologie fiktiver Entitäten und ihrer Beschreibung in der Fiktionstheorie und Literaturwissenschaft, 217.

656 Hier geraten die Maßstabsfiguren, wie etwa der durchschnittliche Rechtsgenosse, ins Blickfeld. Diese sind für die Fiktionalität des Rechts so unerheblich wie die fiktiven Rechtsinstitute, kommen aber dennoch als Fiktionen im Recht in Betracht. Dazu später mehr, 259 ff.

Nachdem festgestellt wurde, dass das Recht weder aus einer direkten noch einer sinngemäßen Anwendbarkeit der literaturwissenschaftlichen Kriterien fiktiv ist, bleibt die Frage offen, ob ein nicht-fiktionales Werk heterogen sein kann in Bezug auf seine Fiktivität. Diese Frage ist also das Spiegelbild zur oben diskutierten Heterogenität von fiktiven Werken. Wenn ein Werk nur homogen nicht-fiktional sein könnte, dann könnte das Recht auch keine Fiktionen enthalten. Anders als bei Romanen, bei welchen sich durch das Signal einer Fiktion die Rezeptionshaltung beim Leser ändert, ändert man bei wissenschaftlichen oder normativen Werken nicht die Rezeptionshaltung. Nur weil Menorca auf einmal als in London liegend gilt, ändert sich nichts an der Ernsthaftigkeit der Rechtsfolgen für General Mostyn.⁶⁵⁷ Er wird die Fiktion maximal als Fehler angreifen, aber nicht seine Perspektive auf den Urteilsspruch ändern. Denn das Recht verlangt in seiner Eigenschaft als Recht gerade eine nicht-fiktive Rezeptionshaltung des Adressaten. Daher könnte man, selbst wenn man von einer Homogenität der Fiktionalität von ästhetischen Werken ausginge, diese Position nicht auf das Recht übertragen.

Daher soll von einer heterogenen Fiktivität des Rechts ausgegangen werden: d.h. das Recht ist im gesamten nicht fiktiv, kann aber Fiktionen enthalten.

Das Recht ist nach direkter und sinngemäßer Anwendung von literaturwissenschaftlichen Kriterien nicht als fiktiv einzustufen. Daher kann man sinnvoll über Fiktionen im Recht sprechen.

b. Erkenntnistheoretische Perspektive

„Was soll hier nicht alles fingiert sein: die Willensfreiheit, das Verschulden, der Kausalzusammenhang und – für den Positivisten selbstverständlich – auch das Recht (d.h. seine Verbindlichkeit)!“⁶⁵⁸

Das Recht könnte aber auch aus erkenntnistheoretischen Gründen fiktiv sein. Hierzu ist insbesondere die Fiktionstheorie Vaihingers heranzuziehen. Wie Hans Vaihinger bereits 1911 betont, steht sein sog. erkenntnistheoretischer Fiktionsbegriff in Bezug auf seine Anwendbarkeit in Opposition zum ästhetischen Fiktionsbegriff. Denn die wissenschaftlichen Fiktio-

⁶⁵⁷ Mehr zum *Common Law*, 105 ff.

⁶⁵⁸ Zu einem Aufsatz von Strauch: *Esser*, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen², 29 Rn. 68.

nen würden stets Erkenntniserweiterungen der Sinnenwirklichkeit nach sich ziehen, ästhetische Fiktionen jedoch nur Schönheit. Damit lehnt Vaihinger nicht nur eine Anwendbarkeit literaturwissenschaftlicher Theorien ab, sondern wirft einen ganz eigenen Blickwinkel auf die Wissenschaft. Erstaunlicherweise kommt Hans Vaihinger nicht zu dem Schluss, dass Recht eine Fiktion sein könnte. Er betrachtet das Recht selbst aber auch nicht im gesamten, sondern im Abschnitt zu den juristischen Fiktionen nur die klassischen römisch-rechtlichen Fiktionen.⁶⁵⁹ Sein Fiktionsbegriff hingegen zielt abwechselnd auf das Erkennen einzelner Fiktionen in den Wissenschaften und darauf, ganze Ordnungen als fiktiv zu beschreiben. Dabei begründet sich für Vaihinger aber die Fiktivität einer Ordnung, bzw. bereits den Verstandeskategorien, nicht aus den einzelnen Fiktionen in ihr, sondern aus erkenntnistheoretischen Erwägungen. Da dieser Realitätsbegriff dazu führt, dass alles inklusive dem Recht fiktiv wäre, lehnt selbst Vaihinger ihn ab und ersetzt diesen Realitätsbegriff durch sehr engen Realitätsbegriff, welcher sich auf die bloße Sinnenwirklichkeit beschränkt. Dass sein erkenntnistheoretischer Realitäts- und damit auch sein Fiktionsbegriff diesen Spagat von einzelnen Fiktionen in den Wissenschaftsbereichen und ganzen Wissenschaftsbereichen als Fiktionen nicht leisten kann, ist ihm also selbst bewusst. Wenn man also mit dem ursprünglichen Realitätsbegriff von Vaihinger einen erkenntnistheoretischen Nonkognitivismus annimmt, man aber sinnvolle Aussagen über seine Umwelt treffen will, dann führte dies zu einem Fiktionalismus. Das bedeutet in Bezug auf das Recht, dass Vaihinger so tun müsste, als ob es das Recht gäbe.⁶⁶⁰ Das Recht wäre aber aus erkenntnistheoretischen Gründen zwangsläufig fiktiv. Mit Vaihinger ist diese Position jedoch abzulehnen.⁶⁶¹

Hans Kelsen wollte in seinem Spätwerk die Grundnorm als Fiktion verstanden wissen.⁶⁶² Als eine Norm, deren Willensakt bloß gedacht, bloß fingiert wird.⁶⁶³ Da diese das Recht begründende Norm fiktiv ist, müsste konsequenterweise jede Norm, die auf ihr aufbaut, ebenfalls fiktiv sein.⁶⁶⁴ Kelsen selbst hat das so jedoch nie vertreten. Die verschiedenen angebotenen

659 Mehr zum römischen Recht, s.o. 30 ff.

660 Die Theorien des Fiktionalismus sind heutzutage, insbesondere im Bereich der Ethik, verfeinert worden. Die Grundidee, welche an Vaihinger anknüpft, ist jedoch dieselbe geblieben. Die Formulierung des Fiktionalismus hier entspricht der ursprünglichen Grundform.

661 Näheres siehe oben bei Hans Vaihinger, 69 ff.

662 Vergleiche ausführlich dazu das Kapitel zu Kelsen, 80 ff.

663 *Kelsen*, Allgemeine Theorie der Normen, 188.

664 Siehe hierzu genauer: 80 ff.

Ausgänge aus dieser Argumentation von der Ablehnung Kelsens Prämissen bis zur Kapitulation angesichts des Ergebnisses; vom absoluten Positivismus bis zum juristischen Fiktionalismus wurden bereits im 2. Teil erläutert. Hier soll die Position abgelehnt werden aus Erwägung von Argumenten im Rahmen der literaturwissenschaftlichen Diskussion. Wie bereits festgestellt wurde, ist die Position der Homogenität von Welten bzgl. ihrer Fiktivität bei nicht-ästhetischen Welten abzulehnen. Das bedeutet, dass wissenschaftliche Welten grundsätzlich nicht fiktiv sind, aber fiktive Bestandteile enthalten können. Fraglich ist, ob eine normative Welt einer bestimmten Rechtsordnung fiktiv wird, wenn sich ihre Legitimation aus einer fiktiven Grundnorm ableitet.

Dagegen spricht, dass die Prämisse nicht zutrifft: Die Grundnorm kann nicht fiktiv sein, da sie vom Recht (voraus-) gesetzt wird. Es ist gar kein Wollen einer höheren Autorität notwendig. Die Rechtswissenschaft begründet nicht, warum man dem Recht einer bestimmten Rechtsordnung folgen soll. Das Recht setzt seine eigene Begründung (bereits voraus). Ob diese als Recht bezeichnete Ordnung überhaupt als Recht bezeichnet werden kann, steht wiederum unter dem Vorbehalt grundsätzlicherer Erwägungen der Rechtswissenschaft. Die Argumentation ist hier ähnlich der Literaturwissenschaft: Es lässt sich nicht begründen, warum Sherlock Holmes in London lebt in den Geschichten Doyles. Der Autor ist legitimiert dies zu setzen. Ebenso ist der Gesetzgeber befugt, verbindliche Normen aufzustellen im Rahmen seiner demokratischen Legitimation. Es bedarf hierbei keiner externen Begründung. Die Grundnorm ist nicht fiktiv, weil sie nicht letztbegründet werden kann. Auf das einzelne Subjekt in seiner Selbstgesetzgebung heruntergebrochen: Es bedarf keiner Letztbegründung, warum man sich an die selbst gegebenen Gesetze halten sollte. Ebenso bedarf es bei ordnungsgemäß erlassenen Gesetzen im Rahmen eines demokratischen Rechtsstaates keiner externen Letztbegründung.⁶⁶⁵ Die Grundnorm kann intern vorausgesetzt werden. Ein weiterer Kritikpunkt ist der Schluss, dass, nur weil die Grundnorm fiktiv ist, jede durch sie legitimierte Norm fiktiv sein müsse. Hierbei wird die Legitimation mit der Verbindlichkeit gleichgesetzt, was man aus guten Gründen auch ablehnen kann. Daher ist insgesamt auch aus diesen Gründen das Recht nicht als fiktiv einzuordnen.

665 Die Einschränkung auf die ordnungsgemäß erlassenen Gesetze im Rahmen eines demokratischen Rechtsstaats bedürfte monographischer Erläuterungen. Zweck der Einschränkung ist die Möglichkeit der Abgrenzung von Recht und reinen Zwangsordnungen.

c. Ergebnis

Es wurde festgestellt, dass das Recht weder aus literaturwissenschaftlicher noch aus erkenntnistheoretischer Sicht fiktiv ist.⁶⁶⁶ Wenn man dies annehmen möchte, muss man von einem weiteren Fiktionsbegriff ausgehen, der dann aber dazu führt, dass man zumindest bei Verwendung desselben Fiktionsbegriffs Fiktionen im Recht nicht erfassen kann.

II. Ontologischer Status von Fiktionen

Der Streit um den ontologischen Status fiktiver Entitäten ist eine klassische Debatte des 20. Jahrhunderts im Bereich der Ontologie. Beispiele für fiktive Entitäten sind beispielsweise Sherlock Holmes, dessen Hut und Hank Chinaski. Schwieriger als Beispiele für Fiktives zu geben ist es, Kriterien anzugeben, inwiefern diese sich von physikalischen Entitäten unterscheiden. Was für diese Arbeit daran interessant ist, sind die Aspekte, (1) wie man über Fiktives reden sollte und (2) was Fiktivität ontologisch bedeutet. D.h. was bedeutet es (ontologisch) von einem fiktiven Rechtsinstitut oder einer fiktiven Annahme zu sprechen?⁶⁶⁷ Wie kann man von etwas sprechen, das gerade nicht existieren soll? Wie kann Hank Chinaski Whisky lieben und wie kann ein Ungeborenes im Recht geboren sein? Im Rahmen dieser Diskussion wird auch deutlich werden, worin der (artifizielle) Widerspruch besteht, der die Fiktionen im Recht zu solchen macht.

Was unterscheidet Sherlock Holmes genau von uns? Charakteristisch ist zunächst, dass man in 221B Baker Street in London keinen Sherlock Holmes finden wird; man kann und konnte zudem Sherlock Holmes nicht selbst fragen, ob er tatsächlich Detektiv ist und beobachten, ob er einen

⁶⁶⁶ Kommt man – aus welchem Grund auch immer – trotzdem zu dem Schluss, dass Recht fiktiv sei, so ließe sich hilfsweise ein Ausweg skizzieren: einen juristischen Fiktionalismus. Da Recht wie Moral eine normative Ordnung ist, lässt dieser sich am ehesten als analogen moralischen Fiktionalismus denken. Inhalt eines juristischen Fiktionalismus wäre, dass Aussagen über Rechtliches nur dann sinnvoll sind, wenn man so tut, als ob es Recht tatsächlich gäbe. Der Diskurs über Recht wäre nur ein fiktionaler Diskurs. (Klauk, Fiktionalität in der Philosophie: Fiktionalismus, in: Fiktionalität: Ein interdisziplinäres Handbuch, 500.) Dies alles geht von der Intuition aus, dass es „Fiktives nicht gibt“ (genauer gesagt, dass es sich bei diesem Satz um einen analytischen Satz handle, Bruhns, Zur Ontologie fiktiver Entitäten, 144).

⁶⁶⁷ Gabriel, Zwischen Logik und Literatur, 133.

„funny hat“ trägt. Dazu muss man die Romane von Sir Arthur Conan Doyle lesen. Fiktives scheint also auf den ersten Blick etwas zu sein, was es nicht gibt. Das Bestehen der Figuren scheint abhängig zu sein von der Existenz eines Romans, in welchem sie beschrieben werden.⁶⁶⁸ Doch was bedeutet es, dass es dies nicht gibt? Man kann über Sherlock Holmes doch zum Beispiel mit Sicherheit sagen, dass er nicht in New York gewohnt hat. Ließen sich wahrheitsfähige Aussagen über fiktive Objekte treffen, auch wenn diese nicht existierten? Kann etwas, das nicht existiert, Eigenschaften haben? Die Fragen betreffen also sowohl die Ontologie als auch die Epistemologie fiktiver Objekte.

Es lassen sich in der philosophischen Debatte grob drei Positionen unterscheiden: Erstens der sog. (fiktionale) Realismus (eine der Hauptströmungen; vertreten u.a. von David Lewis), zweitens der Meinonganismus (eine wenig vertretene Ansicht; vertreten u.a. von Meinong, Parsons, Jacqueline) und drittens der (fiktionale) Antirealismus, welcher auch als Fiktionalismus bezeichnet wird (die andere Hauptströmung, welche im Bereich der Philosophie häufig vorgezogen wird).

- Die Vertreter des *Realismus*⁶⁶⁹ bezüglich fiktiver Entitäten (sog. fiktiver Realismus) sind der Auffassung, dass fiktive Entitäten existieren. Wie sollte man sonst von Sherlock Holmes behaupten können, dass er in 221 B Baker Street wohne? Hier wird eine Verbindung von der Wahrheitsfähigkeit einer Aussage mit der Existenz der in ihr benannten Objekte hergestellt. Realisten unterscheiden bei den ontologischen Stadien nur Existenz und ihre Abwesenheit.
- *Meinong* und seine Nachfolger behaupten, dass es fiktive Entitäten in gewisser Weise gibt, aber nicht in derselben Form wie existierende physikalische Gegenstände. Er unterscheidet das sog. Sosein vom Sein. Teilweise wird hier zwischen drei metaontologischen Stadien unterschieden, nämlich zwischen Existenz, Sein und ihrer Abwesenheit.
- Auf der anderen Seite stehen die Vertreter des fiktionalen *Anti-Realismus/Fiktionalismus*, die dem entgegenstehend behaupten, dass fiktive Gegenstände nicht existieren (und auch nicht sind im Sinne Meinongs).⁶⁷⁰ Liegt dies nicht nahe, weil Sherlock Holmes eben bloß

668 Insofern spricht beispielsweise *Thomasson*, *The Ontology of Fiction: A Study of Dependent Objects*, von „dependent objects“.

669 Alle die hier genannten Standpunkte haben wiederum viele einzelne Unterausformungen, welche hier aber nicht erwähnt werden müssen, da sie nicht entscheidend sind.

670 Dieser Standpunkt kann als herrschende Meinung in der Philosophie bezeichnet werden.

erfunden ist und gerade nicht existiert? Diese Theorie knüpft also an die gegenläufige Intuition des Realismus an, dass es Fiktives doch gerade nicht gebe und wird exemplarisch wie folgt dargestellt:

„Perhaps there has never been a shortage of outlandish theories in philosophy, but surely the theory that there are fictional objects must be among the craziest. Its very statement sounds paradoxical. Do not even small children know that Alice and her Wonderland never existed, there is no Rumpelstiltskin, and that in all of the world not a single winged monkey may be found?“⁶⁷¹

Hauptargument dieses Standpunktes ist es, dass die Annahme einer Existenz eines Gegenstandes begründungsbedürftiger sei als die Annahme der Nichtexistenz und es keinen Grund gebe, warum Fiktives existieren müsste. Zum Beispiel könnten auch nichtexistierende Entitäten Eigenschaften haben: So sei Rotheit wie Existenz auch nur ein Prädikat einer Entität. Wie die Realisten unterscheiden die Antirealisten bei den ontologischen Stadien nur zwischen Existenz und ihrer Abwesenheit.

Bevor die Positionen genauer erläutert werden, soll noch geklärt werden, was ontologischer Status meint: Ontologischer Status ist ein Bündel an Voraussetzungen, welche erfüllt sein müssen, damit von der Existenz einer Entität gesprochen werden kann. Es geht also um die „existence and survival conditions, identity and individuation“⁶⁷². Was genau wiederum die Existenzbedingungen sind, ist von der jeweiligen Entität abhängig. Bezogen auf die o.g. Punkte: Was muss man tun, um einen Tisch als existent beschreiben zu können? Was kann man alles wegnehmen, bis man nicht mehr von einem Tisch sprechen kann? Wann ist der Tisch mit einem später im Roman auftauchenden Tisch identisch? Und damit zusammenhängend: Wie kann man einen Tisch eindeutig identifizieren? Die wichtigsten Punkte hierbei sind die Existenzbedingungen und die Überlebensbedingungen. Erstere sind notwendige Bedingungen für die Existenz. Wenn die Existenzbedingungen wegfallen, entfällt auch der ontologische Status. Die Überlebensbedingungen hingegen geben an, was zum In-Existenz-Kommen notwendig ist. Entfällt eine Überlebensbedingung später, entfällt der ontologische Status aber nicht mehr. Auf den Tisch bezogen: Ein Schreiner muss zu einem Zeitpunkt die Beine an der Tischplatte befestigen, damit man von einem Tisch sprechen kann. Das Befestigen ist aber nur eine Überlebensbedingung, keine Existenzbedingung.

671 Thomasson, *A Study of Dependent Objects*, 1.

672 Thomasson, *Fictional Characters*, 146.

1. Position: Fiktiver Realismus

Kommen wir nun zu den verschiedenen Standpunkten in der Debatte um den ontologischen Status fiktiver Objekte.

Ein sog. fiktiver Realist geht davon aus, dass eine fiktive Entität *existiert*. Zudem geht er metaontologisch davon aus, dass es keine Dinge gibt, die nicht existieren. Das heißt, für den Realisten gibt es keinen ontologischen Status neben der Existenz. Das heißt „es gibt nichts Nichtexistierendes“.⁶⁷³ Dies unterscheidet die Position zusätzlich neben dem ontologischen Status der fiktiven Entität vom Meinonganismus. Zudem geht der Realist davon aus, dass Entitäten, welche nicht existieren, auch keine Eigenschaften haben können, was ihn von den Antirealisten noch zusätzlich abgrenzt.

Der ontologische Realismus kann auch erkenntnistheoretische Auswirkungen haben: Geht er beispielsweise davon aus, dass eine physische Sache existiert, ist dies mit einer Ablehnung (der Erkennbarkeit) einer Außenwelt unvereinbar. Man kann zwischen einem starken und einem schwachen Realismus unterscheiden. Beide teilen die Existenzannahme bezüglich fiktiver Entitäten, unterscheiden sich jedoch hinsichtlich ihrer Überlebensbedingungen: Beim starken Realismus wird angenommen, dass die Existenz fiktiver Entitäten unabhängig ist von „intentionalen Einstellungen“. Das bedeutet, dass man zur Schaffung einer Fiktion Intentionalität seitens des Autors verlangen kann – wenn diese später wegfallen sollte, ändert dies nichts am ontologischen Status.⁶⁷⁴ Beim schwachen Realismus geht man dementsprechend davon aus, dass dies nicht der Fall ist.

Innerhalb des Realismus kann man verschiedene Strömungen (mit wiederum verschiedenen Unterströmungen) unterscheiden.

Beispielsweise gehen sog. Kreationisten (u.a. Searle, Kripke, Thomasson) davon aus, dass es zur Schaffung von existierenden Entitäten eines Willensaktes bedarf. Dadurch sind fiktive Entitäten Artefakte und zudem keine konkreten, sondern abstrakte Entitäten.⁶⁷⁵ Zur Existenz solcher Entitäten müssen die „intersubjektiven festgelegten Existenzbedingungen“⁶⁷⁶ erfüllt sein, was zum Beispiel erklärt, warum für Kreationisten Recht, das in einem bestimmten Verfahren erlassen wurde, existiert. Diese Strömung erlebt derzeit einen starken Zuspruch, weswegen hier noch auf zwei Unterströmungen des Kreationismus eingegangen werden soll: Zum einen gibt

673 *Bruhns*, Zur Ontologie fiktiver Entitäten, 16.

674 *Ibid.*, 26.

675 *Ibid.*, 32 ff.

676 *Ibid.*, 34.

es die *pretense*-Theorie, welche von Kripke vertreten wird. Kripke bringt als Beispiel eine Gerichtsverhandlung, bei der der Richter zu entscheiden hat, ob ein Autor die Persönlichkeitsrechte des Klägers verletzt hat durch diffamierende Darstellungen im Roman.⁶⁷⁷ Dies hängt laut Kripke davon ab, ob der Autor sich auf den Kläger beziehen wollte. Ist dies nicht der Fall, so hätte der Autor nur so getan (*pretense*) als ob er die semantischen Regeln des Bezugs auf eine existierende Person erfüllt hätte (und würde dabei „against Frege, against Russell, against Wittgenstein“⁶⁷⁸ entscheiden). Das Argument ist: Hat der Autor den Kläger gar nicht gekannt, kann er auch dessen Persönlichkeitsrechte nicht verletzt haben. Ähnlich sieht es Searle, der sich jedoch nicht auf den Namen bezieht, sondern „auf vorgegebene Referenzen.“⁶⁷⁹ Die Schaffung durch den Autoren sei auch deshalb unabdingbar, weil sich dies aus dem Wort „fingere“ (formen, schaffen) ableite.⁶⁸⁰ Die Fiktivität einer Figur hängt damit vom Willen des Autors ab. Bei dem Kreationismus gibt es noch die spezielle Unterform des sog. Artefaktualismus, vertreten von Amie Thomasson. Für sie hängt die Existenz nicht allein an dem Willen des Schaffenden ab, sondern von der Verwendung durch Dritte, ähnlich wie bei sozialen Institutionen: Es bedarf eines Schaffensaktes durch einen Autor sowie einer Darstellung der fiktiven Entität in einem Werk. Dieser Artefaktualismus unterscheidet sich also vom Meinonismus dadurch, dass es keine unendliche Menge an nicht-existierenden Objekten gibt. Thomassons Menge an fiktiven Entitäten beschränkt sich auf die artifiziell geschaffenen.⁶⁸¹

Problematisch daran ist, dass der ontologische Status einer Entität allein davon abhängig ist, wie sich zu einem bestimmten Zeitpunkt die intersubjektive Überzeugung bzw. der Wille des Autors gestaltet.⁶⁸² Gerade bei einer Übertragung auf das Recht ist zu bedenken, dass es weder einen einzigen klar zu identifizierenden Willen des Gesetzgebers gibt (und dieser zusätzlich meist aufgrund unzureichender Materialien schwer oder nicht zu bestimmen ist) noch es ein Bewusstsein für eine eventuelle Fiktivität von Regelungen durch den Gesetzgeber gibt. Zudem kritisiert David Lewis (welcher auch einen Realismus vertritt), dass die einzige Unterscheidung von „Nixon“ und „Sherlock“ dann wäre, dass die Namen auf eine

677 Kripke, *Reference and Existence*, 26 f.

678 Ibid., 27.

679 Brubns, *Zur Ontologie fiktiver Entitäten*, 38.

680 Thomasson, *The Ontology of Fiction*, 157.

681 Ibid., 270.

682 Brubns, *Zur Ontologie fiktiver Entitäten*, 35.

reale Person und einen fiktive Figur referieren würden.⁶⁸³ Dies vermag den gravierenden Unterschied nicht richtig herauszuarbeiten.

Der Possibilismus nimmt an, dass fiktive Entitäten in möglichen Welten existieren. Fiktive Entitäten sind also mögliche Entitäten.⁶⁸⁴ Die Idee dahinter ist: Hätte sich unsere Welt anders entwickelt, wären fiktive Welten wie etwa George Orwells dystopische Darstellung in „1984“ vielleicht Realität. Und jede dieser fiktionalen Welten ist für uns nur deshalb verständlich, weil sie auf „unsere Welt“, d.i. die Realität, aufbaut.

„Geschichten, die in keiner Relation zu unserer Wirklichkeitskonzeption stehen, könnten wir weder erzählen noch verstehen [...]“. ⁶⁸⁵

„Doch alles, was im Text nicht ausdrücklich als verschieden von der wirklichen Welt erwähnt oder beschrieben wird, muß als übereinstimmend mit den Gesetzen und Bedingungen der wirklichen Welt verstanden werden.“ ⁶⁸⁶

So sind diese möglichen Entitäten, um auf Sherlock Holmes zurückzukommen, eingebettet in mögliche Welten, wie das London Sir Arthur Conan Doyles. Die Idee von fiktiven Welten, Parallelwelten gab es in der Philosophie seit der Antike, jedoch in wenig konkreter Gestalt. Ausgehend von der Physik wurde Ende der 1950er Jahre die erste Idee entwickelt, von mehreren Parallelwelten auszugehen, um gewisse Phänomene besser beschreiben zu können, wie z.B. den ontologischen Zustand Schrödingers Katze. Diese Ideen wurden Mitte des 20. Jahrhunderts für die Modallogik fruchtbar gemacht und fanden wieder mehr Zustimmung in der Philosophie. Einer Unterströmung des Possibilismus nach, dem nonaktualen Possibilismus David Lewis', sind fiktive Personen tatsächliche Personen – nur in einer anderen Welt. Der Vorteil dieser Theorie ist vor allem, dass sie sich dem oft von den Antirealisten vorgebrachten Vorwurf, dass der Realismus unnötige ontologische Annahmen mache, gefeit ist:

„My realism about possible worlds is merely quantitatively, unparimonious. [...] I ask you to believe in more things of that kind [like our actual world, Anm. KA], not in things of some new kind.“ ⁶⁸⁷

683 Lewis, Truth in Fiction, American Philosophical Quaterly 1978, 37.

684 Bruhns, Zur Ontologie fiktiver Entitäten, 71.

685 Zipfel, Fiktion, 82.

686 Eco, Wald der Fiktionen, 112.

687 Lewis, Truth in Fiction, American Philosophical Quaterly 1978, 87.

Damit wendet sich Lewis einerseits gegen den Meinonganismus,⁶⁸⁸ welcher eine neue (meta-)ontologische Kategorie eröffnet und andererseits gegen den von den Antirealisten erhobenen Vorwurf, der Realismus würde unnötige ontologische Annahmen machen. Um kenntlich zu machen, inwiefern sich fiktive Entitäten von physikalischen Entitäten unterscheiden, und auch um die Abhängigkeit der Wahrheit von Aussagen über fiktive Entitäten von ihrem Kontext zu betonen, führt David Lewis die Paraphrasierung ein. Der Satz „Sherlock Holmes wohnt in 221 B Baker Street“, sei „false if taken as unprefixed, simply because Holmes did not actually exist.“⁶⁸⁹ Der Satz könne aber wahr sein, sobald man den Operator „In the fiction *f*, ...“ voranstelle bzw. sich den o.g. Satz als Abkürzung für einen solchen Satz mit Operator vorstelle.⁶⁹⁰ Es handelt sich also um eine Position, welche durch die Modallogik geprägt ist und die Ontologie auch stark mit der Epistemologie verknüpft. Bei der Übertragung auf das Recht könnte man z.B. paraphrasieren: „Gemäß der Rechtsordnung der Bundesrepublik Österreich, ...“. Fraglich ist jedoch, ob eine Rechtsordnung überhaupt eine mit einer literarischen Welt vergleichbare Welt darstellen könnte. Die „Welt einer Rechtsordnung“ wäre geprägt durch Gebote, Verbote und Erlaubnisse. Man fände in ihr keine detaillierte Erzählung, wie etwas ist, sondern nur, wie etwas sein soll. Um eine fiktionale Welt zu schaffen muss man aber nicht jedes Detail erzählen. Der Adressat erschließt sich alles selbst, ausgehend von den Angaben, die er zur fiktionalen Welt erhält. Das Recht, könnte man argumentieren, gibt auch nur an, was rechtlich gesollt ist. Alles andere Verhalten kann ebenfalls als übereinstimmend mit den sozialen Normen gedacht werden. Hier ist problematisch, ob man eine Sollens-Welt auf eine Seins-Welt herunterbrechen könnte. Das würde die Eigenheit der Rechtsordnung aber negieren. Daher kann das Recht nur als Sollens-Welt gedacht werden. Dass diese Bezug nimmt auf „Seins-Gegebenheiten“ ist nicht problematisch; dies ist, was jede fiktive Welt ebenso macht. Das London, in dem Sherlock Holmes wohnt, nimmt Bezug auf das reale London. Die Rechtsordnung Österreichs nimmt Bezug auf die tatsächliche Lebenswelt in Österreich. Daher ist ein nonaktueller Possibilismus David Lewis‘ auch auf normative Welten übertragbar.

Für den Realismus sprechen für allem sprachtheoretische Argumente, welche aus der Art und Weise, wie wir über Fiktives reden, ontologische

688 *Jacquette*, David Lewis on Meinongian Logic of Fiction, in: Huemer/Schuster (Hrsg.), *Writing the Austrian Traditions: Relations between Philosophy and Literature*, 101.

689 *Lewis*, *Truth in Fiction*, in: *American Philosophical Quarterly* 1978, 38.

690 *Ibid.*

Schlussfolgerungen ziehen. Zum einen verweist van Inwagen darauf, dass bei jeder Übersetzung eines Satzes, welcher werksextern über eine Fiktion Aussagen treffen will, man dem Objekt, dem zugerechnet wird in der Logik, ein Existenzquantor voranstellen muss.

Zum anderen wird mit der Bedeutung negativer Existenzaussagen wie „Sherlock Holmes existiert nicht“ argumentiert. Es sieht so aus, als ob man Sherlock Holmes das Attribut der Nichtexistenz tatsächlich zuschreiben würde. Wäre dies der Fall, ist aber fraglich, wie ein solcher Satz wahr oder falsch sein könnte, wenn es doch gar keinen Sherlock Holmes gibt, welcher folglich auch keine Eigenschaften haben kann. Der Realismus reagiert auf dieses Problem, indem er Sherlock Holmes Existenz zuschreibt und die Aussage für falsch hält. So zum Beispiel Saul Kripke:

„[I]t [der Beispielsatz, Anm. KA] can't be right, taken straightforwardly [...]. On the contrary, the fictional character does exist.“⁶⁹¹

Bei dieser Position braucht es auch keine Erklärung dafür, auf was fiktive Entitäten referieren: Sie referieren auf Existierendes.

Das Hauptargument des Antirealisten ist es, dass seine Theorie keine unnötigen ontologischen Annahmen (wie der Realismus) bzw. keine unnötigen metaontologischen Annahmen (wie der Meinonganismus) enthalte. Hinter diesem Grundsatz steckt die scholastische Idee, dass eine Theorie, die weniger Annahmen braucht gegenüber einer, die mehr benötigt, vorzugswürdig ist. Es geht also ontologische Einfachheit (*parsimony*). Dieses Argument wird auch als Ockhams Rasiermesser bezeichnet und für gewöhnlich zitiert als:

„Entities are not to be multiplied beyond necessity.“⁶⁹²

Präziser ausgedrückt: T_1 ist einfacher als T_2 im ontologischen Sinne, wenn für T_2 mehr ontologische Verpflichtungen (*ontological commitments*) eingegangen werden müssen als für T_1 (ontologische Einfachheit, *parsimony*).⁶⁹³ Eine Theorie ist grundsätzlich dann vorzugswürdig, wenn sie ein Phänomen besser erklärt als eine andere. Eine Theorie ist gut, wenn sie in der

691 Kripke, Reference and Existence, 147.

692 Zitiert nach Baker, Simplicity, in: Zalta (Hrsg.): The Stanford Encyclopedia of Philosophy.

693 Ergänzend sei hier erwähnt, dass es nicht nur die ontologische Einfachheit gibt, sondern auch die syntaktische. Gemäß dieser ist eine Theorie einfacher, wenn T_1 weniger oder (XOR) gleich viele, aber inhaltlich weniger komplexe Hypothesen enthält als T_2 (syntaktische Einfachheit, elegance). Vergleiche für beides: Baker, Simplicity, in: Zalta (Hrsg.): The Stanford Encyclopedia of Philosophy.

Lage ist, alle mit dem zu erklärenden Phänomen verknüpften Folgen kohärent zu erklären. Die Antirealisten gehen davon aus, dass man für fiktive Entitäten nicht den Status der Existenz annehmen darf, weil alle Phänomene der Fiktion auch ohne Existenzannahme bzw. Seinsannahme auskommen würden. Die hauptsächlich von den Realisten und Meinonganisten⁶⁹⁴ vorgebrachten sprachtheoretischen Argumente, dass Aussagen über Fiktives möglich sind, werden bei dieser Position in den Hintergrund gedrängt. Es wird argumentiert, dass aus den sprachtheoretischen Erwägungen kein Schluss auf den ontologischen Status zulässig und zudem unnötig ist. Unnötig deshalb, weil sich die sprachlichen Phänomene auch ohne Annahme eines ontologischen Status erklären ließen. Diese Position setzt weiterhin voraus, dass Existenz eine Eigenschaft ist und Nichtexistierendes Eigenschaften haben kann. Gegen diese Annahmen spricht, dass das Prädikat der Existenz dem der Rotheit oder auch dem der Fiktivität vorausgeht: Um in einer bestimmten Art und Weise zu sein, muss etwas sein. Um rot *sein* zu können, muss eine Entität *sein*. Um *fiktiv* oder *normativ* sein zu können, muss eine Welt sein.⁶⁹⁵ Wie auch immer dieses Sein, welches wir sowohl denken als auch sprachlich verwenden müssen, gedeutet wird: Es muss mehr als bloßes Nichts sein. Wenn man von dem klassischen metaontologischen Dualismus von Existenz und Nichtexistenz ausgeht, muss dies zu einer Deutung des Seins als Existenz führen. Existenz ist keine Eigenschaft, sondern die Voraussetzung, Eigenschaften haben zu können. Daher greift der Einwand der unnötigen ontologischen Annahme nicht: Die Annahme der Existenz ist denk- und sprachnotwendig. Daher ist dem Realismus zuzustimmen.

Ein weiteres Argument der Antirealisten ist, dass die Existenz fiktiver Entitäten nicht empirisch überprüfbar ist: Es wohnt nun einmal kein Sherlock Holmes in 221 B Baker Street, London. Dort befindet sich derzeit ein Museum. Reicher behauptet beispielsweise, dass es sogar analytisch wahr sei, dass fiktive Entitäten nicht existierten. Dies widerspricht jedoch wiederum einer anderen Intuition: Jeder Fan von Sherlock Holmes würde den Satz, dass dieser in 228 Baker Street wohne, intuitiv für falsch halten. Die Intuitionen laufen in (scheinbar) widersprüchliche Richtungen.

694 Eine Erläuterung dieser Positionen folgt in diesem Abschnitt.

695 Normativität und Fiktivität stehen dabei in keinem hierarchischen Verhältnis: Es kann Welten geben, die nur fiktiv oder nur normativ sind oder welche, die beides zugleich sind.

2. Position: Meinonganismus

Um diesen widerstreitenden Intuitionen gerecht zu werden, nimmt Meinong an, dass man auch über nicht existierende Entitäten wahre Aussagen treffen könne. Das setzt voraus, dass für Meinong auch nichtexistierende Entitäten Eigenschaften haben können. Das Sosein eines Gegenstandes, das umfasst beispielsweise seine Rotheit, ist für Meinong von seinem ontologischen Status unabhängig. Das eigentliche Problem sieht der Meinonganismus in der Möglichkeit wahrer Aussagen über fiktive Entitäten, nicht bei deren ontologischem Status. Letzterer ist nur ein Vehikel, um das Problem der Wahrheit zu lösen.

Innerhalb des hier als Oberbegriff verwendeten Meinonganismus sind zwei Positionen zu unterscheiden: Die Position Meinong und das, was in der Forschung in der Regel als Meinonganismus bezeichnet wird. Meinong selbst ging es in seiner Gegenstandstheorie von 1904 darum, dass Existenz oder Nicht-Existenz keine relevante Kategorie für einen Gegenstand sei, um ihm Eigenschaften zuschreiben zu können. Dies beruhe auf einer Unabhängigkeit von ‚Sein‘ und ‚Sosein‘ (auch ‚Existenz‘ und ‚Bestand‘).⁶⁹⁶ Meinong unterscheidet metaontologisch also – wie die Realisten und Antirealisten auch – nur zwischen Existenz und ihrer Abwesenheit. Daneben gibt es innerhalb des Meinonganismus die Position Meinongs mit der entscheidenden Erweiterung, dass zwischen ‚Sein‘ und ‚Existenz‘ unterschieden werden müsse. Dies folgt zum einen daraus, dass das Nicht-existierende keine Eigenschaften haben könne; nur Seiendes bzw. Existierendes könne Eigenschaften haben. (Insofern gleicht die Position dem Standpunkt der Realisten.) Der gegenteiligen Intuition, dass Sherlock Holmes aber nicht auf die gleiche Art und Weise wie wir existiert, soll aber auch genüge getan werden. Die Position versucht hier zu vermitteln zwischen Realismus und Fiktionalismus; kommt aber aufgrund der ersten Voraussetzung zum Schluss, dass es neben der Existenz noch eine andere Seinsweise geben müsse. Metaontologisch unterschieden wird hierbei also Existenz, Sein und die Abwesenheit von beidem.⁶⁹⁷ Diese metaontologische Position beruht ursprünglich auf einem Missverständnis von Meinongs Schriften durch Russell. Dadurch wird ihr, welche heute z.B. von Zalta vertreten wird, oftmals der Namen „Meinonganismus“ zugetra-

696 Berto/Plebani, *Ontology and Metaontology: A Contemporary Guide*, 107.

697 Die kennzeichnende Kontrollfrage, anhand derer sich dieser Meinonganismus erkennen lässt, ist: Gibt es Dinge, die nicht existieren? Wer dies verneint, bejaht einen metaontologischen Dualismus.

gen. Da diese Position sich von der Meinongs aufgrund der metaontologischen Triade allerdings fundamental unterscheidet, muss man bei der Bezeichnung einer Position als „Meinonganismus“ besondere Vorsicht walten lassen.

Zur Meinong'schen These, „daß im Gegenstande für sich weder Sein noch Nichtsein wesentlich gelegen sein kann“.⁶⁹⁸ Dies ist, was Meinong eigentlich sagen wollte. Dass das Sosein einer Entität vollkommen von seinem ontologischen Status unabhängig gedacht werden muss. Der ontologische Status sei gerade eine Eigenschaft wie das Rotheit etc., welche für die Bedingungen der Möglichkeit des Gegenstandes, Eigenschaften haben zu können, nicht relevant sei. Auch sage der für eine deontologische Logik notwendige Existenzquantor vor einem Subjekt nichts über dessen ontologischen Status aus; es sei ein Quantor wie jeder andere und diene allein der Beurteilung, ob eine Aussage wahr ist oder nicht. Prädikatoren seien frei von ontologischen Implikationen.⁶⁹⁹

„Das alles [dass das „natürliche Interesse“ an einer Fragestellung fehle, wenn hinter einer „Soseinsbehauptung“ keine Behauptung des Seins stehe, Anm. KA] ändert nichts an der Tatsache, daß das Sosein eines Gegenstandes durch dessen Nichtsein sozusagen nicht mitbetroffen ist. Die Tatsache ist wichtig genug, um sie ausdrücklich als das Prinzip der Unabhängigkeit des Soseins vom Sein zu formulieren [...].“⁷⁰⁰

Meinong verändert also das komplette Verhältnis von Sprache und Ontologie. Mit seiner Position kann er beispielsweise erklären, warum man von Gegenständen reden kann, die nicht existieren. Problematisch erscheint jedoch, dass ein fiktiver Gegenstand nach Meinong (direkt) Träger von Eigenschaften sein kann, auch ohne zu existieren (oder zu sein, wie die Meinongianisten annehmen würden).⁷⁰¹

Zur ontologischen These: Zum Beispiel nimmt der frühe Russell an, dass eine fiktive Entität *ist*. Dieses „Sein“ ist hier ein ontologischer Status, der ein „Weniger“ gegenüber dem ontologischen Status der Existenz darstellt. Pointiert ausgedrückt: Für Russell gibt es Dinge, die nicht existieren. Die Menge an Existierendem ist also eine Teilmenge, ein Spezialfall, der Menge der Seienden Entitäten.

698 *Meinong*, Untersuchungen zur Gegenstandstheorie und Psychologie, 493.

699 *Brubns*, Zur Ontologie fiktiver Entitäten, 113.

700 *Meinong*, Gegenstandstheorie, 8.

701 Mit dem Hinweis, dass hier die Neo-Meinongianer ansetzen (was hier jedoch nicht weiter erörtert werden soll): *Brubns*, Zur Ontologie fiktiver Entitäten, 117.

„*Being* is that which belongs to every conceivable term, to every possible object of thought [...B]eing is a general attribute of everything, and to mention anything is to show that it is. *Existence*, on the contrary, is the prerogative of some only amongst beings.“⁷⁰²

Dass die Position Meinonganismus heißt, wird vielfach aus folgender Aussage Meinongs abgeleitet:

„Wer paradoxe Ausdrucksweisen liebt, könnte also ganz wohl sagen: es gibt Gegenstände, von denen gilt, daß es dergleichen Gegenstände nicht gibt [...].“⁷⁰³

Das ist das Kriterium, an dem man diese Position von den Realisten und den Antirealisten unterscheiden kann. Diese These wird heutzutage kennzeichnend für den sog. Meinonganismus gebraucht. Wie kann man nun aber von einem Gegenstand sagen, dass er nicht ist?

„[S]oll ich in betreff eines Gegenstandes urteilen können, daß er nicht ist, so scheine ich den Gegenstand gewissermaßen erst einmal ergreifen zu müssen, um das Nichtsein von ihm aussagen, genauer es ihm zuurteilen [sic], oder es ihm aburteilen zu können.“⁷⁰⁴

Das „es gibt“, ist somit so zu verstehen, dass für ihn Entitäten geben kann, die die Eigenschaft haben, nicht zu existieren. Denn das „es gibt“ (welches man sich als Existenzquantor denken kann) habe keine ontologische Implikation. Die dadurch „erschlossene Forderung eines Seins“ kann „nur insofern Sinn [...] haben, als es sich um ein Sein handelt, das weder Existenz noch Bestand ist, wohl also nur insofern, als den beiden, wenn man so sagen darf, Stufen des Seins, der Existenz und dem Bestand, noch eine Art dritter Stufe beizuordnen ist. Dieses Sein müßte dann jedem Gegenstande als solchem zukommen: ein Nichtsein derselben Art dürfte ihm also nicht gegenüberstehen [...]“⁷⁰⁵ Man könne von einem Gegenstand also nur aussagen, dass er nicht ist, wenn man sein Sein zunächst annehme. Meinong präzisiert diese dritte Stufe selbst als Sonderstufe des Seins bzw. Nichtseins: „[D]er Gegenstand ist von Natur außerseiend, obwohl von seinen beiden Seinsobjektiven, seinem Sein und seinem Nichtsein, jedenfalls eines besteht.“⁷⁰⁶ Aus diesen Formulierungen ist auch ersichtlich, warum

702 Russell, *Principles of Mathematics*, 455 f.

703 Meinong, *Gegenstandstheorie*, 9.

704 Ibid., 10.

705 Ibid., 11.

706 Ibid., 13.

Russell Meinong leicht im Sinne eines heute sog. Meinonganismus interpretieren konnte.

Für den Meinonganismus spricht, dass er als einzige Position beiden sprachlichen Intuitionen, dass Sherlock Holmes Eigenschaften hat er aber nicht auf die gleiche Weise ist wie physikalische Gegenstände, gerecht wird. Zudem kann der ontologische Meinonganismus negative Existenzaussagen erklären: Wie kann man sonst behaupten, dass Sherlock Holmes nicht existiert? Wenn er tatsächlich nicht existieren würde und auch in keiner anderen Art und Weise wäre, wie der Antirealismus es vertritt, wie könnte er dann Eigenschaften haben? Der Ansatz erklärt also auch, wie man auf etwas Bezug nehmen kann, obwohl es dies nicht gibt. Fraglich ist, ob zwei gegenläufige Intuitionen es rechtfertigen, aus der metaontologischen Dyade eine Triade zu machen. Die Annahme eines neuen metaontologischen Status ist stark rechtfertigungsbedürftig. Sprachliche Intuitionen sind Indizien für ontologische Kategorien, aber keine hinreichenden Gründe. Der Meinonganismus scheint mehr darum bemüht, sprachlichen Intuitionen nachzugehen, als Lösungsansätze für die eigentlichen Probleme zu bilden. Zudem ist die Position immanent widersprüchlich, da es wiederum eine sprachliche Intuition gibt, Sein und Existenz nicht als getrennte Kategorien zu betrachten. In dieser Hinsicht bietet der Meinonganismus aber keine besseren Problemlösungen als der Realismus bzw. Antirealismus. Thomasson kritisiert zudem, dass ein Autor keine fiktiven Objekte wie Sherlock Holmes schaffen könnte, da es sie nach Auffassung des Meinonganismus bereits geben würde. Ein Autor könne fiktive Objekte also nur „entdecken“.⁷⁰⁷ Daher ist der Meinonganismus abzulehnen.

3. Position: Fiktiver Antirealismus (Fiktionalismus)

Antirealisten nehmen an, dass eine fiktive Entität *nicht existiert*. Für den Anti-Realisten gibt es, wie für den Realisten, keinen ontologischen Status neben der Existenz; d.h. für ihn gibt es auch nichts Nichtexistierendes. Zudem wird davon ausgegangen, dass nicht Existierendes Eigenschaften haben kann. Gestützt wird die Position zudem durch die Intuition, dass es „Fiktives nicht gibt“. Anhand eines Beispiels ausgedrückt: Die Intuition zielt darauf ab, dass man alle Eigenschaften eines Sherlock Holmes nicht empirisch überprüfen kann, sondern nur anhand der Romane von Sir Arthur Conan Doyle.

707 Thomasson, *The Ontology of Fiction*, 272.

Fraglich ist, wie diese Entitäten fiktiv sein können, wenn es sich um nicht-existierende Entitäten⁷⁰⁸ handelt. Denn wenn diese als nicht-existierende Entitäten keine Eigenschaften tragen können,⁷⁰⁹ wie könnten sie dann die Eigenschaft „nicht entsprechend der Realität“ bzw. „fiktiv“ tragen? Der fiktive Antirealist davon aus, dass es Dinge in nicht-ontologischer Lesart gibt, die nicht existieren. Das Attribut von Existentem, Eigenschaften haben zu können, sei nicht auf die ontologische Dimension der Existenz beschränkt. Der fiktive Antirealismus unterscheidet sich vom Realismus also dahingehend, dass die (Nicht-) Existenzannahme sich allein auf eine ontologische Lesart beschränkt. Vom Meinonganismus unterscheidet sich der Antirealismus, weil er das „Sein“ des Fiktiven nicht ontologisch versteht. Wie bereits im Rahmen des fiktiven Realismus diskutiert, ist Existenz als Eigenschaft, welche in besonderem Maße begründungsbedürftig ist, jedoch abzulehnen. Das Hauptargument ist, dass Existenz die Voraussetzung dafür ist, Eigenschaften haben zu können. Daher ist der Antirealismus abzulehnen.

Käme man dennoch zu dem Schluss, dass der fiktive Antirealismus vorzugswürdig sei, wenn es um Fiktionen im Recht geht, so ließe sich strukturequivalent⁷¹⁰ zur metaethischen Position des moralischen Fiktionalismus ein Ausweg skizzieren: einen „juristischen Fiktionalismus“. Inhalt eines juristischen Fiktionalismus ist, dass Aussagen über Fiktives im Recht nur dann sinnvoll sind, wenn man so tut, als ob es Recht tatsächlich gäbe. Man müsste sich bei jeder Aussage die Paraphrase hinzudenken: „Angenommen, es gäbe die Möglichkeit für objektiv geltendes Recht, ...“. Der Diskurs über Recht wäre dann aber auch nur ein fiktiver Diskurs.⁷¹¹

708 Genauer gesagt, dass es sich bei diesem Satz um einen analytisch Satz handle *Brubns*, Zur Ontologie fiktiver Entitäten, 144.

t. Denn so käme es zu einer Verwechslung des OB des Seins mit dem WIE, d.h. einem Kategorienfehler.

709 *Brubns*, Zur Ontologie fiktiver Entitäten, 144; Anderer Ansicht wäre der Meinonganismus, bei welchem nicht-existierende Entitäten Eigenschaften haben können.

710 Da Recht wie Moral eine normative Ordnung ist, liegt dieser Schluss am nächsten.

711 *Klauk*, Fiktionalität in der Philosophie, in: *Klauk/Köppe* (Hrsg.), Fiktionalität: Ein interdisziplinäres Handbuch, 500.

4. Diskussion

Das Problem des ontologischen Status fiktiver Objekte forderte eine Positionierung im Bereich der Ontologie und Erkenntnistheorie heraus. Hier hat sich der fiktive Realismus als vorzugswürdig erwiesen.

Dabei soll zur Erfassung der Fiktionen im Recht zwischen einer Existenz einer sozialen Realität und einer rechtlichen Realität modellhaft, d.h. ohne ontologische Implikation, unterschieden werden.⁷¹² Diese Trennung der Ebenen Recht und Wirklichkeit werden im Rahmen der Fiktionstheorien auch von Fuller und Tourtoulon getrennt. Wie verhalten sich beide Welten zu einander: Hat die Rechtswirklichkeit den Anspruch, Aussagen in Bezug auf die soziale Realität zu treffen? Oder hat die Rechtswirklichkeit gar nicht diesen Anspruch, sondern will schlicht nur die Realität regeln? Recht ist in seiner Anwendung konfrontiert mit der Realität, welche ihm im Vollzug bzw. in Form des Sachverhalts gegenübertritt. Recht wirkt also sogar „physikalisch messbar“, was selbst Vaihingers engem Realitätsverständnis genügt. Auch in seiner Schaffung ist Recht mit der Realität konfrontiert: Der Gesetzgeber wägt unter anderem die praktischen Konsequenzen potentieller Normen ab. Doch nach der Inkraftsetzung ist das Recht selbst frei von jedem Realitätsbezug. Was ist also der Bezug, welcher gebrochen werden soll? Kelsen argumentiert in diese Richtung gegen eine Trennung, dass ein Bruch mit der Realität nicht stattfinden könne, da es sich beim Recht selbst um die Realität handle. Jede ‚Fiktion‘ durch Richter oder Gesetzgeber sei vielmehr eine Ausgestaltung dieser Wirklichkeit. Dies soll hier auch gar nicht bestritten werden. Was bestritten wird, ist aber, dass diese Auffassung ausreichend präzise ist um die Aussage „Menorca ist ein Stadtteil Londons“ in ihrer Bedeutung für das Recht und den tatsächlichen Gegebenheiten zu erfassen. Dass Kelsen auch nicht unbedingt gegen eine modellhafte Trennung ist, zeigt seine Aussage in einem Aufsatz von 1964, dass ontologisch eine Differenz vom Sein physikalischer Gegenstände und dem Sein von Normen bestünde.⁷¹³ Auch Esser wendet sich gegen eine Trennung, da dies zu Verwirrungen führen würde. Was diese Trennung jedoch leistet ist eine viel höhere Präzision bei der Darstellung der möglichen Bezugswirklichkeiten einer Fiktion.

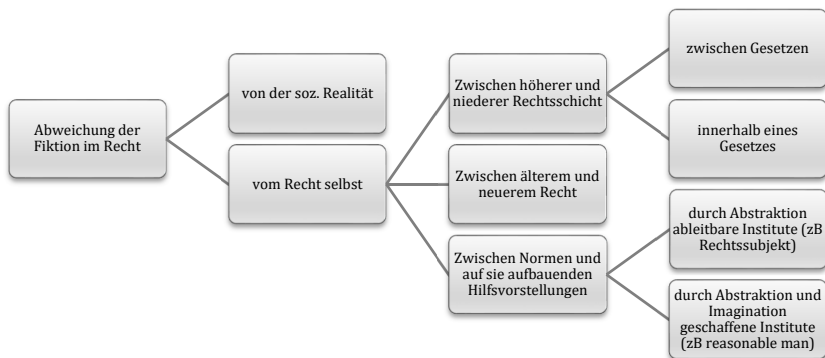
712 Bei der Mehrweltentheorie handelt es sich indes nicht um die Theorie der möglichen Welten, wie sie etwa von Kripke entwickelt wurde. Sie weicht u.a. ab, indem sie auch normative Welten umfasst.

713 Kelsen Die Grundlage der Naturrechtslehre, in: Schmölz (Hrsg.), Das Naturrecht in der politischen Theorie, 122.

Die Unterscheidung der Welten ist nicht ontologisch, weil anerkannt werden muss (mit Kelsen und Esser), dass Recht eigentlich ein Teil der Realität ist.⁷¹⁴ Dennoch ist sie notwendig, um herauszuarbeiten, worauf sich der Bruch der Fiktionen bezieht. Diese Bezüge werden im nächsten Kapitel präzisiert.

III. Bezugswirklichkeit einer Fiktion im Recht

Fiktionen weichen also von einer Regel ihrer Bezugswelt ab. Diese Bezugswelt ist bei Fiktionen im Recht offensichtlich zunächst das Recht. In Betracht kommen folgende Abweichungen:



1. Realität (contra realitatem)

Eine Fiktion im Recht könnte sich durch einen Widerspruch zur Realität kennzeichnen.⁷¹⁵ So vertreten zum Beispiel von Jeremy Bentham, welcher die Kontrafaktizität als Teil der Fiktion selbst sieht:

714 Das Recht wäre dabei eine Teilmenge der sozialen Realität. Um Fiktionen im Recht am besten verstehen zu können, ist also eine Fiktion im Vaihinger'schen Sinne notwendig.

715 Dies wird teilweise dahingehend differenziert, dass das Element bewiesen kontrafaktisch oder auch nur weder bewiesen noch widerlegt sein kann. So *Del Mar*, Legal Fictions and Legal Change in the Common Law Tradition, in: Twinning/Del Mar (Hrsg.), Legal Fictions in Theory and Practice, 226.

„Every fictious entity bears some relation to some real entity, and can no otherwise be understood than in so far as that relation is perceived – a conception of that relation is obtained.“⁷¹⁶

Gleiches trifft auch auf Simon Stern zu, der für Fiktionen stets die Abweichung von einer realen Gegebenheit fordert. Eine andere Ansicht aus den Literaturwissenschaften warnt indes davor, die hier sog. soziale Realität als einzige Bezugswirklichkeit zur Fiktion zu sehen:

„Bezöge man indes Fiktion nur auf Realität als auf ihr Gegenteil, so wäre dadurch ein Verhältnis hergestellt, das in dieser Ausschließlichkeit das Problem der Fiktionalität verkürzen oder gar verstellen würde.“⁷¹⁷

Rechtliche fiktive Regeln könnten also der Realität widersprechen. Wenn man Recht jedoch als Teil der Realität begriffe, wäre ein ontologischer bzw. erkenntnistheoretischer Widerspruch gar nicht möglich, da es sich um die gleiche Sphäre handeln würde. Um dies beantworten zu können muss zunächst geklärt werden, was unter Realität in diesem Kontext zu verstehen ist.

a. Realität und Fiktion als sich ausschließende Kategorien

Wenn man Realität und Fiktion als sich ausschließende Kategorien versteht, ist die Weite bzw. Enge des Realitätsverständnisses entscheidend dafür, was fiktional ist und was nicht.⁷¹⁸ Je enger der Realitätsbegriff ist, desto mehr ist fiktiv. Wählt man den Begriff zu eng und ist dann quasi alles fiktiv, verliert der Begriff jegliche Funktion. Wählt man den Begriff zu weit, ist nichts mehr fiktiv und man steht vor dem spiegelbildlichen Problem. Durch verschieden weite Realitätsverständnisse können also unter-

716 Ogden, Bentham's Theory of Fictions, 12; es sei angemerkt, dass Bentham sich hierbei auf *fictious entities* bezieht, welche (s.o.) von den *legal fictions* abzugrenzen sind.

717 Henrich/Iser, Entfaltung der Problemlage, 9.

718 Hier muss vorausgesetzt werden, dass es sich tatsächlich um disjunktive Begriffe handelt, was etwa ein Dialektiker grundsätzlich ablehnen würden. Grund für die Annahme ist die in der Wissenschaft über Jahrhunderte gewachsene Vorstellung dieses Verhältnisses als disjunktiv in Kombination mit dem hier vollzogenen induktiven Ansatz, welcher es ablehnt, seit Jahrhunderten gewachsene Vorstellungen zu verwerfen, um eine wissenschaftlich anschlussfähige Theorie vorlegen zu können.

schiedliche Phänomene als fiktiv beschrieben werden. Das wohl engste Realitätsverständnis im Diskurs hat Hans Vaihinger. Für ihn beschränkt es sich einzig auf sinnliche Wahrnehmungen.⁷¹⁹

„From this they [Vaihinger und seine Anhänger, Anm. KA] deduce that everything not forming part of the physical world is unreal, and they make the further, illogical, deduction that everything unreal is to be considered as a fiction.“⁷²⁰

Für Vaihinger ist daher jeder abstrakte Begriff bereits fiktiv. Fasst man den Realitätsbegriff jedoch so eng, wird, wie oben ausgeführt, der Begriff zahnlos. Geht man sogar von einer totalen erkenntnistheoretischen Subjektsabhängigkeit jeglicher „Außenwelt“ aus, was einen sog. ontologischen Anti-Realismus (auch Fiktionalismus oder „pan-fictionalism“⁷²¹ genannt) impliziert, so wird sogar Vaihingers enger Wirklichkeitsbegriff noch einmal auf Null eingeeengt. Alles ist Fiktion. Der Begriff erfasst alles und wird aber dadurch zugleich bedeutungslos. Man könnte hier mit Gottfried Gabriel auch noch deutlicher von „categorical nonsense“⁷²² sprechen.

b. Fiktion als Teil der Realität

Man könnte jedoch auch davon ausgehen, dass Fiktionen ebenso real sind wie Normen es sind. Dies liegt insbesondere bei dem hier vertretenen Standpunkt des fiktiven Realismus nahe, bei welchem alle fiktiven Entitäten existieren. Von einer Fiktion als Existierendem, aber nicht Realem zu sprechen, erscheint schwierig. Auch wenn man von einem Fiktionalismus ausginge: Hier würde man von einer Entität sagen müssen, dass es nicht existiert, nicht real ist, aber Träger von Eigenschaften sein kann. Dies erschiene kategorial absurd. Naheliegender ist daher die ontologische Annahme der Realität von Fiktionen und damit auch von Fiktionen im Recht. Wie bereits beim ontologischen Status fiktiver Objekte ausgeführt,

719 *Vaihinger*, Die Philosophie des Als Ob¹, 91 ff.

720 *Olivier*, Legal Fictions in Practice and Legal Science, 62.

721 *Gabriel*, Fact, Fiction and Fictionalism: Erich Auerbach's Mimesis in Perspective, in: Scholz (Hrsg.), Mimesis: Studien zur literarischen Repräsentation/Studies on Literary Interpretation, 35.

722 *Gabriel*, Fact, Fiction and Fictionalism: Erich Auerbach's Mimesis in Perspective, in: Scholz (Hrsg.), Mimesis: Studien zur literarischen Repräsentation/Studies on Literary Interpretation, 41.

soll hier jedoch eine modellhafte d.h. nicht ontologische Trennung zwischen Recht und sozialer Realität vollzogen werden.

Dafür spricht zunächst eine von Hans Kelsen getroffene Unterscheidung: Er unterscheidet in seinem Spätwerk ontologisch zwischen „real“, „ideal“ und „ideell“. Real sei dabei alles, was mit „äußeren Sinnen verifiziert werden kann“.⁷²³ Ideell soll eine Art der Existenz sein, die „von anderer Art“ ist „als die Existenz eines Gegenstandes, den in greifen kann. [...] Das Sein eines Sollens entspreche nicht dem Sein einer Tatsache. Es sei eine andere Art des Seins“.⁷²⁴ Damit wäre für Fiktionen ein Bruch mit der Realität möglich; es gäbe zwei ontologische Ebenen. Diese Position ist entweder als Meinonganismus oder als Realismus in Kombination mit der metaontologischen Annahme, dass Existierendes mehrere Formen annehmen kann, deutbar. Eine modellhafte Trennung von sozialer und rechtlicher Realität wäre im Rahmen dieser Theorie möglich.

Josef Esser stellt die These auf, dass es sich beim Recht um keine eigene „Rechtsrealität“⁷²⁵ handle, denn „eine solche Anschauung muß mit Notwendigkeit zu Fehlurteilen und Fiktionen führen“.⁷²⁶ Das Recht müsse stets an die „soziale Wirklichkeit“ anknüpfen.⁷²⁷ Die Fiktionen verhindern dies, weshalb Esser ihnen jede „Daseinsberechtigung“ abspricht.⁷²⁸ Worin die Fehlurteile liegen, führt Esser allerdings nicht weiter aus. Dass das Recht an die soziale Wirklichkeit anknüpfen solle, wird durch eine modellhafte Trennung von sozialer und rechtlicher Realität nicht verhindert. Daher erscheinen Essers Bedenken nicht gerechtfertigt.

Die modellhafte Trennung ohne ontologische Implikation scheint daher möglich und aufgrund ihres Vorteils, der präziseren Bestimmung, worin die Abweichung einer Fiktion vom Recht liegt, vorzugswürdig. Doch was ist unter sozialer Realität zu verstehen?

Soziale Realität könnte man mit dem Literaturwissenschaftler Frank Zipfel als Alltagswirklichkeit verstehen. Alltagswirklichkeit bestimmt er mit Bezug auf Nelson Goodman als „das, was den Mitgliedern einer Gesellschaft als wirklich oder real gilt. Das Wissen darum, was als wirklich gilt, setzt sich aus deinem Wissen über verschiedene Teile unterschiedli-

723 Schmölz, Diskussion, in: Schmölz (Hrsg.), Das Naturrecht in der politischen Theorie, 124.

724 Ibid.

725 Esser, Rechtsfiktionen, 129.

726 Ibid., 133.

727 Ibid., 132.

728 Ibid., 204.

cher Welt-Versionen zusammen“.⁷²⁹ Dabei sei „[u]nsere Alltagswirklichkeit [...] eine Welt-Version, die sich [...] aus verschiedenen vorhandenen Versionen zusammensetzt.“⁷³⁰ Diese Versionen seien beispielsweise die politische, biologische, physikalische etc. Teil der Alltagswirklichkeit sei dabei auch Expertenwissen, welches wir wie in einer Enzyklopädie abrufen können.⁷³¹ Diese Alltagswirklichkeit sieht Zipfel als einzigen Bezugspunkt der Literaturwissenschaft. Die Position sei dabei von der Erkenntnistheorie gänzlich verschieden.⁷³² Dass jeder wissenschaftlichen Bestimmung einer Wirklichkeit eine erkenntnistheoretische und ontologische Position inneohnt, wird von Zipfel übergangen. Diese Ansicht würde jedoch das Recht auch als Alltagswirklichkeit verstehen, wenn auch als eigene „Weltversion“. Daher ist diese Position nur bedingt hilfreich zur Erklärung von sozialer Realität.

Auch Größen der Literaturwissenschaft wie Käthe Hamburger⁷³³ und Umberto Eco⁷³⁴ scheuen sich, ihren Realitätsbegriff zu präzisieren. Erstere sieht das Begriffspaar „Dichtung und Wirklichkeit“⁷³⁵ als Grundlage der „logischen Gesetze des dichtenden Sprachvorgangs“ und definiert Wirklichkeit als die „Wirklichkeit des menschlichen Lebens (der Natur, der Geschichte, des Geistes) [...] die Seinsweise des Lebens im Unterschied zu der, die die Dichtung erschafft und repräsentiert.“⁷³⁶ Hierbei verfolgt Hamburger jedoch nicht den Anspruch, den Begriff der Wirklichkeit als „Gegenstand und Problem der Erkenntnistheorie“⁷³⁷ zu behandeln. Der Realitätsbegriff Hamburgers erscheint jedoch hilfreich um ihn als soziale Realität von der rechtlichen Realität abzugrenzen. Ähnlicher Ansicht ist auch Olivier, welcher den scholastischen Fiktionsbegriff verteidigt:

„*Contra veritatem* in the fiction concept does not mean contrary to reality in abstract or philosophical sense, but contrary to reality in a limited sense; i.e., the facts which we know to exist in this specific instance.“⁷³⁸

729 Zipfel, Fiktion, Fiktivität, Fiktionalität, 75.

730 Ibid., 74.

731 Ibid., 76.

732 Ibid., 75.

733 Hamburger, Die Logik der Dichtung.

734 Eco, Im Wald der Fiktionen.

735 Hamburger, Die Logik der Dichtung, 14.

736 Ibid., 15.

737 Ibid.

738 Olivier, Legal Fictions in Practice and Legal Science, 63.

Als soziale Realität soll daher alles gelten, was mit im Sinne Kelsens „äußeren Sinnen verifiziert werden kann“ und die „Wirklichkeit des menschlichen Lebens (der Natur, der Geschichte, des Geistes) [...] die Seinsweise des Lebens im Unterschied zu der, die die Dichtung“ bzw. das Recht erschafft und repräsentiert.

Es ist zusammenzufassen: Aus ontologischer Sicht ist das Recht mit seinen Fiktionen (sowie auch fiktive literaturwissenschaftliche Welten) Teil der Realität. Es wird hier aber auf Gründen der höheren Präzision modellhaft, d.h. ohne ontologische Implikation, die soziale von der rechtlichen Realität getrennt.

c. Trennung von sozialer und rechtlicher Realität

Wie im vorhergehenden Abschnitt bereits erläutert, soll modellhaft zwischen sozialer Realität und rechtlicher Realität unterschieden werden. Wenn man dem Recht also zugesteht, ein eigenständiger normativer Teilbereich der Realität zu sein, der immer wieder auf die soziale Realität Bezug nimmt, so ist ein Widerspruch zwischen diesen Teilbereichen möglich. Wie im vorhergehenden Teil bereits erläutert entspricht dieses Modell der Weltentheorie David Lewis. Die soziale Realität entspricht hierbei der Alltagswirklichkeit, d.h. der sinnlich erfahrbaren Welt. Die anderen Teilbereiche der Realität, die Welten der Physik, Biologie, des Rechts usw. sind in diese Modell davon ausgeschlossen. Damit weicht das Modell von den gängigen literaturwissenschaftlichen Definitionen ab und kommt scheinbar zur Definition Vaihingers zurück. Diese Trennung der Welten entspricht nicht der Vorstellung Vaihingers, weil Fiktionen als Teil der Realität und nicht als deren Gegenbegriff aufgefasst werden. Diese Modelllösung hat den Vorteil der Definition Vaihingers in Verbindung mit den Einsichten Kelsens und Essers, dass das Recht real ist.

Die soziale Realität ist für die Welt des Rechts dabei nur relevant, weil das Recht auf dieser aufbaut und auf diese wirken will. Daher ist die Abweichung der Fiktionen im Recht von der sozialen Realität nicht das eigentliche Kriterium: Sondern vielmehr die Abweichung von den Regeln des Rechts; der Bruch mit den eigenen, systemimmanenten Regeln.

Indes ist nicht außer Acht zu lassen, dass der Grundgedanke des Bruchs mit den Regeln des Rechts alleine zu kurz greift: Dies würde dazu führen, dass Definitionen und jede Rechtsfortbildung zu Fiktionen würden. Das entspräche aber nicht der lang gewachsenen Geschichte des Fiktionsbegriffs und vernachlässigte seine Eigenheit: das Artifizielle. Artifizialität

kann sich dabei aus einer besonders krassen Abweichung von Regeln des Rechts oder von Vorstellungen der sozialen Realität ergeben.⁷³⁹

2. Recht (contra legem)

Fiktionen im Recht können auch vom Recht selbst abweichen, ganz im Sinne (analog) der echten bzw. eigentlichen *Vaihinger'schen* Fiktionen. Dies sah bereits Kelsen als die einzig konsequente Möglichkeit für Rechtsfiktionen. Dieser Selbstwiderspruch, wie er bei *Vaihingers* mathematischem Beispiel von „ $x = 2x$ “ offensichtlich ist, ist für das Recht nicht ganz so einfach zu bestimmen. Es könnte einen Konflikt von höherrangigem und niederrangigerem Recht geben oder von älterem und neuerem. Des Weiteren könnten Teile des Rechts mit auf ihm aufbauenden Hilfsvorstellungen konfligieren.

a. Konflikt von höherrangigerem und niedrigrangigerem Recht

Bei dem Ungeborenen, das als Geborenes gilt oder dem nicht zugestellten Brief, der als zugestellt gilt, wird hauptsächlich auf die Rechtsfolge verwiesen. Der Widerspruch, der hier eingegangen wird, ist der zu einer durch den Gesetzgeber als höher erkannten Regel: Die Regel, dass grundsätzlich nur Geborene Rechte haben können, wird durchbrochen. Die Regel, dass grundsätzlich nur die tatsächlich zu Kenntnis genommene Willenserklärung Rechtsfolgen auslösen kann, wird durchbrochen. Der Widerspruch liegt bei Fiktionen durch den Gesetzgeber *zu einer höheren Rechtsschicht*, welche entweder innerhalb eines Gesetzes oder innerhalb der Stufen der Rechtsordnung liegen können.⁷⁴⁰ Höherrangigkeit ist also nicht auf das Verhältnis von Stufen der Rechtsordnungen beschränkt. Die *lex superior* kann sich durch Auslegung im Gesetz als solche zeigen gegenüber anderen Regeln (*lege inferiori*) innerhalb eines Gesetzes. Beispielsweise hat im Zivilrecht der Minderjährigenschutz teilweise Vorrang vor der Einhaltung der

739 Darauf wird später präziser eingegangen, 239 f.

740 Zu welchem Zweck dies geschieht und ob dieser Zweck die Abweichung rechtfertigt, wird noch diskutiert.

Regelungen über die Verträge. Die *lex superior* und die *lex inferior* liegen innerhalb desselben Gesetzes.⁷⁴¹

b. Konflikt von älterem und neuerem Recht

Bei den Fiktionen durch den Richter im *Common Law*, der Menorca zum Stadtteil Londons machen kann, gibt es ebenfalls einen Widerspruch, hier jedoch zu einer älteren Rechtslage. Die *lex posterior* des Richters verdrängt die *lex priori* der bis dahin gegenwärtigen Rechtslage. Von Fiktionen spricht man hierbei jedoch meistens nur dann, wenn der Widerspruch zu einer Veränderung des Sachverhalts führt, d.h. auf sprachlicher Ebene mehr als eine reine Neudefinition stattfindet (wobei wieder auf die oben erwähnte Artifizialität hingewiesen sei). Bei der *attractive nuisance*-Doktrin wird beispielsweise eine Einladung eines Grundstückseigentümers auf sein Grundstück dem festgestellten Sachverhalt hinzugedacht, wenn ein Kind dieses unerlaubt betritt.

c. Konflikt von Recht und rechtlichen Hilfsvorstellung

Als letzte Möglichkeit könnte man einen Widerspruch darin sehen, dass der Gesetzgeber bzw. der Richter Normen verbildlicht und dadurch vom Recht abweicht. Diese Art des Widerspruchs erinnert mehr an literarische als an mathematische Fiktionen. Problematisch erscheint, dass in einer Versinnbildlichung eine Widersprüchlichkeit gesehen wird.

- Kelsen sieht hier das Rechtssubjekt als vorzüglichstes Beispiel. Eigentlich bestünde es nur aus Normen; das Rechtssubjekt sei nicht mehr als eine Veranschaulichung derselben. In dieser Veranschaulichung und Vereinfachung läge aber auch eine (vermeintliche) Verfälschung.⁷⁴²
- Eine andere Variante von höherem Abstraktionsgrad, bei der mehr Vorstellungskraft nötig ist, sind die vorgestellten dritten Personen im Recht.

Bei erfundenen Figuren wie z.B. dem „reasonable man“ gibt es keinen Bruch mit der Wirklichkeit, da es keinen empirischen Anknüpfungspunkt

741 Es sei darauf hingewiesen, dass dies nicht das einzige Kriterium für eine Fiktion ist.

742 Vergleiche hierzu *Kirste*, Die Hermeneutik der Personifikation im Recht, ARSP 2015, 476 f.

gibt. Trotzdem werden diese Figuren, die sich teilweise im Gesetz, wie z.B. „der Verbraucher“ und in Urteilen „der besonnene und gewissenhafte Dritte“ finden,⁷⁴³ als fiktiv angesehen. Die Fiktivität kommt hierbei aus der Abweichung durch die Personifikation von der ihr zugrundeliegenden Normen. Die Abweichung läge laut Kelsen darin, dass die Hilfsvorstellung die einzelnen Normen nicht komplett repräsentieren kann. Die zugrundeliegenden Wertungen werden nur teilweise wiedergespiegelt und sind in dieser Hinsicht „verfälscht“, wie Kelsen es ausdrückt. Dies wird später genauer erörtert werden; hier sei auf die Bedeutung der Personifikation als Akt des Fingierens verwiesen.

Anders verhält es sich bei Hilfsvorstellungen wie „dem Staat“ oder „dem Rechtssubjekt“, wenn man diese lediglich als Zurechnungspunkte für sämtliche Rechte und Pflichten sieht. Auch wenn man mit Kelsen in diesen lediglich Sammelbecken sehen sollte, fehlt diesen Fiktionen das Entscheidende: das Artifizielle, das Ersonnene. Es ist natürlich eine Gradwanderung, gerade bei neu geschaffenen Instituten wie beispielsweise der juristischen Person. Hierauf soll aber später noch eingegangen werden, inwiefern dies fiktiv sein kann oder auch nicht. Beruht die Vorstellung im Recht jedoch nur auf Abstraktion, so ist ihre Fiktionalität abzulehnen.⁷⁴⁴

3. Ergebnis

Bezugswirklichkeiten einer Fiktion im Recht können also die soziale Realität und die rechtliche Realität sein.

IV. Andere Bestimmungsmöglichkeiten der Fiktion

Es wurde gezeigt, dass sich Fiktionen im Recht durch das Merkmal des Bruchs mit dem jeweiligen Bezugsrahmen, also der sozialen oder rechtlichen Realität, kennzeichnen lassen. Fraglich ist, ob dieser Zugang vorzugswürdig ist. Für manche literaturwissenschaftlichen Theorien der Fiktion gehört die Abgrenzung zur Wirklichkeit „[a]us einem gewissen Unbehagen daran, literarische Texte betreffende Phänomene mittels der Bezugnahme auf Außersprachliches, wie z.B. die Wirklichkeit, zu beschrei-

743 Dazu später, 259 ff.

744 Ebenso: *Jellinek*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 289 f. mit einer anderen Sichtweise als Kelsen auf den Staat.

ben⁷⁴⁵ explizit nicht zur Definition einer Fiktion. Diese Ansätze bedienen sich gewisser „Sprach-, Diskurs- oder Textstrukturen“.⁷⁴⁶

Hier deutet sich ein grundlegendes Problem der Sprachtheorie an: Kann Sprache, hier in der speziellen Ausprägung von Normtexten zu lesen, überhaupt auf Nicht-Sprachliches Bezug nehmen, d.h. referieren?⁷⁴⁷ Dies wird von Poststrukturalisten bestritten. Sprache als abgeschlossenes linguistisches Zeichensystem könne nur sinnvolle Aussagen über Sprachliches treffen, nicht aber über Nicht-Sprachliches.⁷⁴⁸ Dieser Ansatz mag auf den ersten Blick plausibel erscheinen, erweist sich jedoch schnell als haltlos: Sprache wurde hauptsächlich geschaffen und lebt davon, dass sie Bezug auf Nicht-Sprachliches nimmt.⁷⁴⁹ Daher ist die Kritik Gregory Curries zutreffend:

„[...] a general scepticism about semantics according to which no text ever succeeds in making extralinguistic reference [...] strikes me as one of the great absurdities of the contemporary cultural scene.“⁷⁵⁰

Wenn man also annimmt, dass Texte auf Externes referieren können, stellt sich die Frage, welche „Qualität“, genauer: welcher ontologische Status, erforderlich ist. Muss das Referenzobjekt existieren? Ist es nicht sinnvoll zu sagen, „Sherlock Holmes wohnt in 221B Baker Street“, „Anna Karenina ist eine Frau“ oder „Willensfreiheit ist Bedingung für schuldhaftes Handeln“? Es läuft wieder auf das bereits behandelte Problem hinaus.⁷⁵¹ Den ontologischen Status fiktionaler Objekte.

In der Sprachphilosophie umgeht man dieses Problem teilweise, indem man Fiktion nicht als Problem der Ontologie begreift sondern als sprachli-

745 Zipfel, Fiktion, Fiktivität, Fiktionalität, 15.

746 Ibid.

747 Es schließt sich die Frage an, wie Normatives auf Nicht-Normatives Bezug nehmen kann.

748 Zipfel, Fiktion, Fiktivität, Fiktionalität, 51 f.

749 Darüber hinaus verschieben diese Ansätze die ontologischen Probleme der Referenzobjekte in das Zeichensystem hinein; ein Überblick der bestehenden massiven Kritik gibt: Zipfel, Fiktion, Fiktivität, Fiktionalität, 54 f.

750 Currie, The Nature of Fiction, 4.

751 Zipfel, Fiktion, Fiktivität, Fiktionalität, 16.

ches Problem.⁷⁵² Solch einen sprachlichen, subjektiven⁷⁵³ Ansatz findet man beispielsweise bei Searle: Die Fiktionalität drücke sich darin aus, dass man nur vorgäbe, den Sprechakt (illokutionären Akt) des Behauptens einer Aussage zu vollziehen.⁷⁵⁴

„What makes (a text) a work of fiction is, so to speak, the illocutionary stance that the author takes toward it, and that stance is a matter of the [...] intentions that the author has when he writes.“

Ein anderer Ansatz ist Gabriels Beschreibung der fiktionalen Rede als Rede ohne Anspruch auf Referenzialisierbarkeit. Er plädiert also für die Unabhängigkeit der ontologischen Debatte im Diskurs um literarische Fiktionen.⁷⁵⁵ Er hält fiktionale Rede dadurch gekennzeichnet, dass sie eine „nicht behauptende Rede“ sei, „die keinen Anspruch auf Referenzialisierbarkeit oder auf Erfüllung“⁷⁵⁶ erhebe. Es gehe also weniger um die Ontologie als um den Anspruch auf Wahrheit.

Diese Ansätze sind jedoch auf das Recht nur schlecht anwendbar, da dies seine Legitimation aus der Nähe zur Realität, die es regeln will, zieht, und zudem mit vielen genuin juristischen Begriffen operiert. Gäbe man nur vor zu behaupten, dass es die Willensfreiheit gebe (Searle) bzw. negiert man den Anspruch, etwas über die Realität auszusagen (Gabriel), so wird dies spätestens bei der Willensfreiheit und deren sehr realen Folge der Freiheitsstrafe sehr kritisch. Daher werden die rein sprachlichen Ansätze abgelehnt.⁷⁵⁷

752 *Gabriel*, Fiktion, in: Weimar (Hrsg.), Reallexikon der deutschen Literaturwissenschaft. Neubearbeitung des Reallexikons der deutschen Literaturgeschichte, 596.

753 Beispiel für einen sprachlich-objektiven Ansatz, d.h. dass ein Text dann fiktional ist, wenn er bestimmte Fiktionsmerkmale enthält, ist *Hamburger*, Die Logik der Dichtung.

754 *Searle*, Der logische Status fiktionaler Rede, in: Reicher (Hrsg.), Fiktion, Wahrheit, Wirklichkeit. Philosophische Grundlagen der Literaturtheorie².

755 *Wagner*, Fiktion/Fiktionalismus, in: Sandkühler (Hrsg.), Enzyklopädie Philosophie, 711.

756 *Gabriel*, Fiktion und Wahrheit, 28.

757 Dies soll nicht implizieren, dass sie untauchlich wären. Jedoch sind viele Probleme, wie zum Beispiel das der Referenzialisierbarkeit, bereits im ontologischen Diskurs eingearbeitet, wodurch dieser wesentlich umfassender ist als rein sprachliche Ansätze.

V. Ergebnis

Das oft formulierte Merkmal des Bruchs mit oder des Widerspruchs zur Realität ist also unzutreffend: Fiktionen sind im ontologischen Sinn immer Teil der Realität. Die Widersprüchlichkeit gibt es, aber sie ist nur bedingt ontologischer Natur. Sie besteht zwischen den Welten von rechtlicher Realität und sog. sozialer Realität *oder* innerhalb der rechtlichen Realität. Dieser Widerspruch ist nur bedingt ontologischer Natur, weil die Welt des Rechts Teil der sozialen Realität ist. Recht wird hier in ontologischer Perspektive als eigenständiger normativer Teilbereich der sozialen Realität verstanden. Es geht im Grunde bei einer Fiktion also weniger darum, dass es einen Bruch mit der Realität gibt, sondern dass das in der Fiktion postulierte nicht systemkonform ist.

B. Wahrheit

Eine weitere Opposition, die sehr sicher zu sein scheint, ist die von Fiktion und Wahrheit. Gerade in der anglo-amerikanischen Debatte ist dies ein Gemeinplatz: Von Bentham über Fuller bis Schauer ist man sich darin einig, dass Fiktionen im Recht falsch seien. Diese Debatte ist – wenn man einen Wahrheitsbegriff wählt, der auf außersprachliche Fakten abstellt – eng mit der Debatte über die Opposition von Fiktion und Realität verknüpft. Doch ist Wahrheit überhaupt ein Maßstab, an dem Fiktionen im Recht gemessen werden können? Dazu müsste man Normen – in welcher Form auch immer – überhaupt als „wahr“ bezeichnen können. Und ebenso Aussagen über Fiktionen.

Jeder Autor, der behauptet, dass die Rechtsfiktion eine Lüge oder jedenfalls doch falsch sei, muss von einer Anwendbarkeit des Maßstabs der Wahrheit auf das Recht und auch auf Fiktionen ausgehen. Zudem müsste der Autor auch angeben, inwiefern Rechtsfiktionen falsch sind, d.h., welchen Begriff von Wahrheit er verwendet. Ähnlich wie bei der Opposition von Fiktion und Realität decken die Autoren dies meist nicht selbst auf.

Es gilt in diesem Kapitel also zwei Debatten streng zu trennen: Die über die Wahrheitsfähigkeit von Normen und die über die Wahrheitsfähigkeit von Fiktionen. Während der erste Diskurs sich – der Philosophie entsprungen – etabliert hat in der Rechtsphilosophie, ist der zweite bisher kein Allgemeinplatz.

Die These des Kapitels ist es, dass die Kategorie der Wahrheit sowohl (bloß) sinngemäß auf Aussagen über das Recht als auch (bloß) sinngemäß

auf Aussagen über Fiktionen angewendet werden kann. Das führt dazu, dass die Kategorie der Wahrheit nur im (doppelt) äquivalenten Sinn angewendet werden kann. Als Wahrheitsbegriff erweist sich eine modifizierte Korrespondenztheorie im Sinne Ota Weinbergers als am praktikabelsten um das Phänomen der Fiktionen im Recht zu beschreiben.

Doch bevor die Debatten getrennt werden, seien die möglichen Endergebnisse vorweggenommen. Möglich sind in der Debatte um das Verhältnis von Wahrheit und Fiktion im Recht folgende Standpunkte:

1. Keine Fiktion im Recht kann wahr sein.
2. Manche Fiktionen im Recht können wahr sein.
3. Jede Fiktion im Recht kann wahr sein.
4. Fiktionen im Recht sind der Kategorie der Wahrheit nicht zugänglich.

Damit Wahrheit ein taugliches Kriterium für Fiktionen im Recht sein kann, müssen sie der Kategorie der Wahrheit überhaupt zugänglich sein. Das bedeutet, dass die vierte Option nicht vorliegen darf. Sind nur manche Fiktionen im Recht wahr und manche falsch, ist Wahrheit als Merkmal ebenso unbrauchbar. Das heißt, dass die zweite Option nicht vorliegen darf. Es müssen also alle Fiktionen im Recht wahr oder falsch sein, damit Wahrheit ein taugliches Merkmal für Fiktionen im Recht sein kann.

I. Wahrheitsbegriff

Zunächst ist festzustellen, was das Kriterium für die Wahrheit einer Fiktion bzw. einer rechtlichen Norm sein wird. Es ist nicht Ziel dieses Kapitels, einen vollständigen Überblick über alle Wahrheitskriterien zu geben oder gar eine Geschichte des Begriffs darzustellen. Gerade letzteres hat nicht ohne Grund bereits Kants Spott auf sich gezogen; insbesondere in Bezug auf die Literaturwissenschaften wird beispielsweise mit Schiller häufig die Frage nach einer „tiefliegenden“⁷⁵⁸, „dichterischen Wahrheit“⁷⁵⁹ gestellt. Über die „Wahrheit und Wahrscheinlichkeit des Kunstwerks“ sinnierte auch Goethe und fragte nach einer jedem fiktiven Werk eine innewohnenden Kunstwahrheit. Doch weder davon, noch von scheinbar angewandteren Fragestellungen wie der Wahrheit von Verfassungen, den Menschenrech-

758 Schiller an Goethe, 4.4.1797. Zitiert nach *Hamburger*, Wahrheit und ästhetische Wahrheit, 91.

759 *Hamburger*, Wahrheit und ästhetische Wahrheit, 91.

ten etc. soll hier die Rede sein. Diese Aspekte sollen unbeachtet bleiben. Weiterhin werden keine Aussagen, welche beispielsweise im Kontext eines Verfahrens (etwa von Gutachtern) getroffen werden, beachtet. Es geht allein um die im 2. Teil dieser Arbeit angeführten Beispiele. Von den meisten Autoren, die mit dem Wahrheitskriterium operieren, wird die Korrespondenztheorie gewählt.⁷⁶⁰ Diese wird häufig mit einer Mehrweltheorie kombiniert, um damit der Kontextabhängigkeit von Wahrheit gerecht zu werden.

Inhalt der Korrespondenztheorie ist es, dass eine Aussage dann wahr ist, wenn die Aussage mit dem Sachverhalt übereinstimmt.⁷⁶¹ Bei Fiktionen im Recht ist die Aussage immer Bestandteil des Rechts. Auf welchen Sachverhalt sie sich bezieht, ist davon abhängig, auf die in der Aussage verwendeten Begriffe referieren.⁷⁶² Dazu jedoch gleich mehr bei Anwendbarkeit des Wahrheitskriteriums auf das Recht. Diese von anderen Positionen oft als zu unpräzise kritisierte Theorie ist, im Anschluss an Neumann, für den Alltagsgebrauch und auch die Rechtsanwendung „überzeugend und vollkommen ausreichend.“⁷⁶³ Allgemein wird die zu große Naivität der Theorie an eigentlich klaren Beispielen wie „ $2+2 = 4$ “ dargestellt. Setzt man voraus, dass die Bestandteile der mathematischen Aussage sinnlich erfahrbar sein müssten, so könnte diese Aussage nicht wahr sein. Ein weiterer Kritikpunkt ist der Sachverhalts, der oft mit „objektiver Außenwelt“ gleichgesetzt wird. Diese führe zu einem erkenntnistheoretischen naiven Realismus, welcher schwer vertretbar ist. Jedoch kann man dies im Sinne der oben beschriebenen Einschränkung auf die sog. soziale Realität auch als die von allen Beteiligten als identisch vorgestellte Außenwelt verstehen.

Hier soll also ein Korrespondenzkriterium der Wahrheit im Sinne einer Kongruenz, verbunden mit dem im zuvorigen Kapitel entworfenen, nicht ontologisch zu interpretierenden Mehrweltenmodell, vertreten werden. Ob eine Aussage wahr ist hängt also davon ab, auf welche Welt sie sich bezieht und ob sie mit den dort vorhandenen Fakten kongruent ist. Dabei ist zu beachten, dass sich bei Fiktionen im Recht die Aussage natürlich primär auf die Rechtswelt bezieht; Begriffe in ihr können jedoch auf Außerrechtliches referieren.

760 Für einen detaillierteren Überblick siehe *Neumann*, Wahrheit im Recht, 14–40.

761 *Ibid.*, 14.

762 So die Ansicht von z.B. *Stern*, Legal and Literary Fictions, 316. Näheres dazu in den folgenden Abschnitten.

763 *Neumann*, Wahrheit im Recht, 14.

II. Wahrheitsfähigkeit von Fiktionen im Recht

Im Folgenden sollen die Argumente im Rahmen des Diskurses über die Zugänglichkeit von normativen fiktiven Sätzen zur Kategorie der Wahrheit dargestellt werden. Wie oben festgestellt müssten normative und fiktive Sätze jeweils wahrheitsfähig sowie immer wahr oder immer falsch sein. Im Folgenden wird zunächst geprüft, wie es sich bei den Fiktionen verhält und danach, wie es sich bei Normen verhält.

1. Wahrheitsfähigkeit von Fiktionen

Das klassische Beispiel dafür, dass Fiktionen nicht wahr sind, ist folgender Satz:

Sherlock Holmes wohnt in 221B Baker Street.

Diesen Satz würde ein Fan von Sir Arthur Conan Doyle wahr nennen. Tatsächlich steht in 221B Baker Street, London, heutzutage jedoch ein Museum. Ohne Hilfe einer Paraphrase, bei der deutlich gemacht wird, dass Maßstab für die Aussage nicht unsere soziale Realität ist, kann keine Aussage über eine Fiktion wahr sein.⁷⁶⁴ Dahingehend ist auch Fuller zu verstehen:

“A statement must be false before it can be a fiction. Its falsity depends upon whether the words used are inaccurate as an expression of reality.”

Fraglich ist, ob dies dazu führt, dass die Aussage falsch ist (David Lewis) oder ob sie schlicht nicht als wahr oder falsch beurteilt werden kann (z.B. Andrei Marmor).

Man könnte für die letzte Ansicht argumentieren, dass die Referenz des Eigennamens „Sherlock Holmes“ sich bereits auf etwas nicht Existierendes beziege, was dann auch keine Eigenschaften wie „in 221B Baker Street wohnend“ haben könnte.

⁷⁶⁴ Es mag vorkommen, dass es zufällig einmal wahr ist, dass eine Person namens „Sherlock Holmes“ tatsächlich in 221B Baker Street wohnt. Hier ist jedoch wie bei jedem Satz über die Intention des Autors zu klären, für welche Welt die Aussage als wahr behauptet wird. Es ist somit nicht störend, dass eine Aussage über eine Fiktion auch einmal in mehreren Welten gleichzeitig wahr sein könnte. Es schwächt jedoch die Position, dass Wahrheit das entscheidende Kriterium für Fiktionen im Recht sein sollte.

Dagegen spricht jedoch, was im Kapitel davor bereits dargestellt wurde: Gemäß dem fiktiven Realismus wäre die Annahme, dass Sherlock Holmes nicht existierte, bereits falsch. Nach dem fiktiven Antirealismus wäre falsch, dass nicht Existierendes keine Eigenschaften haben könne. Daher schlägt dieses Argument nicht durch.

Ein anderer Einwand könnte man in Gabriels Bestimmung der Fiktion als „diejenige nichtbehauptete Rede, die keinen Anspruch auf Referenzialisierbarkeit oder auf Erfülltheit erhebt.“⁷⁶⁵ So definiert auch Jürgen Mittelstraß:

„Fiktion, zunächst eine Aussage, von der nicht gesagt werden kann, daß sie wahr oder falsch ist. Dies ist der Fall, wenn in der Aussage ein Nominator (Eigenname, Kennzeichnung) ohne Referenz (Bedeutung) vorkommt (Pseudokennzeichnung).“⁷⁶⁶

Dagegen spricht jedoch, dass man den Satz „Sherlock Holmes wohnt nicht in London“ dann nicht als falsch bezeichnen könnte, weil er gemäß der Theorie nicht referieren würde. Im Anschluss daran trennt Jürgen Mittelstraß die Verständnisse:

„In einem hiervon abweichenden, außerliterarischen Sinne spricht man häufig auch dann von einer F., wenn eine Aussage noch nicht hinreichend überprüft wurde, jedoch prinzipiell wahrheitsfähig ist.“⁷⁶⁷

Jedoch ist auch bei der Literatur das Bedürfnis da, diskutieren zu können, ob Sherlock Holmes in London wohnt. Die Ablehnung jeglicher Wahrheitsfähigkeit widerspricht – in der Literatur wie im Recht – jedoch einer grundlegenden Intuition. Wie soll man es sonst als falsch bezeichnen, dass Sherlock Holmes in Wien wohne? Daher ist es abzulehnen, dass Fiktionen per se nicht wahrheitsfähig sein könnten.

Fiktionen können also wahr bzw. falsch sein. Das setzt voraus, dass Fiktionen wahrheitsfähig sind. Fraglich ist jedoch, ob es denn falsch ist, dass Sherlock Holmes in 221B Baker Street wohnt. Eine Intuition spricht stark dagegen. Aussagen über Fiktionen könnten wahr sein, wenn auch nur bezogen auf ihre fiktive Welt. Aussagen über Fiktionen sind, wie bereits festgestellt, ohne Zuhilfenahme von Paraphrasen etc., stets falsch. Ohne diese Hilfsmittel müsste nämlich angenommen werden, dass die Aussage für die

765 *Gabriel*, Fiktion und Wahrheit: eine semantische Theorie der Literatur, 28.

766 *Mittelstraß*, Fiktion, in: Mittelstraß (Hrsg.), Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie, 500.

767 *Ibid.*

soziale Realität als wahr behauptet werden. Dies ist, was Fuller und im Anschluss auch Schauer in seiner Definition zugrunde legt, wenn er von der nicht als negativ zu bewertenden⁷⁶⁸ Falschheit der Fiktion spricht.

Es könnte also eine Abhängigkeit der Wahrheit einer Aussage von ihrer Bezugswirklichkeit geben. Kendall Walton stellt dies anschaulich im Beispiel da: „It is ‘true in the world of a game of cops and robbers’ that one child is a cop and another a robber.“⁷⁶⁹ Walton formuliert bezüglich der sinngemäßen Wahrheitsfähigkeit:

„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.“⁷⁷⁰

Fiktionalität wäre demnach als ein Gedankenspiel (*game of make-believe*) zu verstehen, bei dem das Fingierte behandelt wird, *als ob* es wahr wäre.⁷⁷¹

„It might appear that appreciators of representational art, by contrast, merely stand back and observe fictional worlds from the outside. Appreciators (usually) do not belong to the worlds of paintings and novels; nothing is ‘true’ of the reader ‘in the world of Crime and Punishment.’ I claim, however, that appreciators use paintings and novels as props in games of make-believe, much as children use dolls and toy trucks, and that appreciators participate in these games. In addition to the world of the work, there is a world of the appreciator's game. And the appreciator belongs to this world. What is most distinctive about my approach is its emphasis on appreciators' participation in games of make-believe.“⁷⁷²

Es geht um ein Spiel zwischen Leser und Text, welcher „die Erzählung für die Zeit der Lektüre in einer gewissen Hinsicht für wahr“⁷⁷³ hält. Fiktional-

768 Wahrheit ist bei dieser Ansicht nicht Ziel, sondern nur Mittel des Rechts. Eine falsche Annahme führt manchmal (sogar effizienter) zu einem Ziel des Rechts; die Verwendung falscher Aussagen ist dabei überhaupt nicht negativ, da es darauf nicht ankommt.

769 Walton, *Précis of Mimesis as Make-Believe: On the Foundations of the Representational Arts, Philosophy and Phenomenological Research* 1991, 379 f.

770 Ibid., 380.

771 Ibid.

772 Ibid., 379 f.

773 Zipfel, *Fiktion, Fiktivität, Fiktionalität*, 217.

lität hängt daher von der Rezeption des Lesers ab, welche vom Autoren intendiert wird. Dies mag bei fiktiver Literatur noch zutreffend sein, findet seine Grenzen jedoch bei Texten, welche nur fiktive Elemente enthalten.

Diese Idee der fiktionalen Welten wurde erstmals von Lewis auf die philosophische Aussagenlogik bezogen.⁷⁷⁴ Es geht bei ihm um den Wahrheitsgehalt einer Aussage über eine Fiktion: Ist die Aussage, dass Sherlock Holmes in 221B Baker Street wohnt, falsch? Lewis zeigt, dass man sich vor jede Aussage ein Präfix, eine Paraphrase denken muss, in der angegeben wird, für welche Welt der Satz als wahr behauptet wird.

It is true in the fiction f , ...

Wird die oben angegebene Aussage auf die Welt des Sherlock Holmes bezogen, so ist die Aussage wahr. Wird sie auf die Realität bezogen, ist sie falsch.⁷⁷⁵ Bei Fiktionen des Rechts gilt dies ebenso: Werden sie für das Recht als wahr behauptet, ist dem zuzustimmen in Bezug auf ihre Wertung. Werden sie jedoch für die Realität als wahr behauptet, erweisen sie sich stets als falsch. Warum ist dies so? Bei den Fiktionen in den Annahmen werden ein A und ein B hinsichtlich ihrer Attribute gleichgeordnet:

Das Ungeborene gilt als geboren.

Es gibt eine Zurechnung der rechtlichen Attribute von B zu A, d.h. das Ungeborene erhält gem. § 22 ABGB die Rechte eines Geborenen.⁷⁷⁶ Wenn man den Satz in einen anderen Kontext setzt, werden nicht mehr die rechtlichen Attribute von B mit A verbunden, sondern die Attribute, welche B im neuen Kontext hat. Würde man den Satz im Rahmen eines Alltagssprachlichen Kontextes äußern, so wäre völlig unklar, was mit diesem Satz ausgesagt werden soll; er wäre schlicht falsch. Erst die Paraphrasierung macht ihn sinnvoll. Zum selben Schluss kommt auch Peter Meyer:

„Die Aussage des § 911 BGB⁷⁷⁷ bezieht sich eben nicht auf die tatsächlichen Verhältnisse, sondern auf die rechtlichen. ‚Wahr‘ ist an § 911 BGB, dass das rechtliche Schicksal für die hinübergefallenen und die dort gewachsenen Früchte unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten gleich-

774 Lewis, Truth in Fiction, American Philosophical Quarterly 1978, 37 f.

775 Davon abweichend: Marmor, The Language of Law. Marmor hält diesen Satz für nicht wahrheitsfähig. Wie im Abschnitt zuvor erläutert, ist dies abzulehnen.

776 Siehe Abgrenzung zu Metaphern, 207 ff..

777 § 911 S. 1 BGB „Überfall“: Früchte, die von einem Baume oder einem Strauche auf ein Nachbargrundstück hinüberfallen, gelten als Früchte dieses Grundstücks.

behandelt werden kann, nicht hingegen, dass jene Früchte nicht hinübergefallen sondern dort gewachsen seien.“

Meyers Ansatz, die Sollensformulierung in ein Sein umzudeuten, wird von vielen bei der Rezeption eines Rechtstextes gemacht. Hier gilt es jedoch, der Versuchung zu widerstehen und den Rechtstext stets nur als solchen zu lesen. Das „gilt als“ ist eine normative Formulierung. Allein die Normativität legt bereits offen, dass der Satz nicht für die soziale Realität als wahr behauptet werden kann.⁷⁷⁸ Wenn man diese Perspektive beim Lesen von Fiktionen im Recht beibehält, ist die der Arbeit voranstehende Frage, was so „troubling about fictions“ sei, leicht beantwortet: Nichts. Die Unsicherheiten, Vorwürfe und missgünstigen Beschuldigungen resultieren aus diesem Rezeptionsfehler, die normative Formulierung umzudeuten.⁷⁷⁹

Dass Fiktionen immer falsch seien ist ein immer noch bestehender, klassischer Gemeinplatz der anglo-amerikanischen Rechtsfiktionsforschung.⁷⁸⁰ Dieser Ansatz setzt voraus, dass man das Wahrheitskriterium direkt anwendet und sich Wahrheit daher nur aus der sozialen Realität ergeben kann. Dass die Literaturwissenschaften seit Aristoteles und die Forschungen bezüglich der Anwendbarkeit der Logik auf das Recht seit beinahe 70 Jahren⁷⁸¹ andere Ergebnisse nahelegen, wird dort schlicht ignoriert. Warum es keine Anwendbarkeit durch die Paraphrasierung geben sollen dürfte, wird nicht argumentiert. Douglas Lind bringt es auf den Punkt:

„The fact that a legal proposition, true within law, would be a false proposition if asserted under different techniques of usage in belief system or realm of reality other than law (e.g. everyday reality)⁷⁸² has no bearing on the proposition's truth value within law. Nor does it produce a logical contradiction.“⁷⁸³

778 Diese Umdeutung von normativen Aussagen ist gerade das, was Kelsen ab der 2. Auflage der reinen Rechtslehre angreift: Alles, was es gäbe, wäre ein Substrat, wie beispielsweise „Fenster schließen“ bei dem Imperativ „Du sollst das Fenster schließen“.

779 Dies sei wiederum typisch für die Kritik der modernen Fiktionsforschung nach Lind, *The Pragmatic Value of Legal Fictions*, 88.

780 Dazu mehr bei der Diskussion um die Wahrheitsfähigkeit von Normen.

781 Beginnend mit *von Wright*, *Deontic Logic*, Mind 1951, 1-15.

782 Dies entspricht bei Lind dem, was hier soziale Realität genannt wird. Lind bedient sich nicht der Korrespondenz als Wahrheitskriterium in Kombination mit einem Mehrweltenmodell, sondern einem diskursähnlichen Modell mit verschiedenen „belief systems“.

783 Lind, *The Pragmatic Value of Legal Fictions*, 93.

Die Paraphrasierung führt auch nicht dazu, dass dieselbe Aussage verschiedene Wahrheitswerte annehmen kann. Denn die Aussage ist nicht, dass die übergefallene Frucht als auf dem dortigen Grundstück gewachsen gilt oder erst recht nicht, dass sie dort gewachsen wäre, sondern, dass es zu einem bestimmten Zeitpunkt unter einer bestimmten Rechtsordnung wahr ist, dass die übergefallene Frucht als dort gewachsen gilt. Die Paraphrase ist Teil der Aussage. Wenn es keine Paraphrase gibt, so muss diese aus dem Kontext ermittelt werden. Bei einer Aussage in einem Urteil, dass Menorca in London liege, die Paraphrase zu erstellen: „Es ist wahr in der sozialen Realität, dass Menorca in London liegt“, ist fernliegend und jeglichem Kontext entrissen. Die direkte Anwendbarkeit des Wahrheitskriteriums bei Fiktionen ist daher abzulehnen.⁷⁸⁴

Fiktionen sind also indirekt der Wahrheit zugänglich durch eine Paraphrasierung und der Verbindung mit einem Mehrweltenmodell.

2. Wahrheitsfähigkeit von Normen

Damit Fiktionen im Recht wahr sein können, müssten normative Aussagen wahrheitsfähig sein, d.h. einen Wahrheitswert haben können.

Dass Normen im Sinne von Sollenssätzen *grundsätzlich* der Wahrheit nicht direkt zugänglich sind, kann als Gemeinplatz der Rechtswissenschaft gelten. Das eigentlich umstrittene ist, ob es Auswege aus dieser Feststellung gibt. Dass es keinen Ausweg gäbe, wird vor allem von Kelsen in seinem Spätwerk vertreten.

In seinem Spätwerk geht Kelsen wie bereits angesprochen weiter was die Trennung von Sein und Sollen angeht und hält die Kategorie der Wahrheit für auf keine Weise auf das Recht anwendbar. Diese sei untrennbar mit dem Sein verknüpft. Diese strikte Trennung von Sein und Sollen, von Aussagen und Normen zieht Kelsen ohne Ausnahme durch. Man dürfte bei Normen nicht die „Existenz des Willensaktes und [den] [...] Sinn dieses Aktes [auf] die gleiche Stufe“ stellen, „die gleiche Art der Existenz“ zusprechen. „Das ist der Irrtum. Die beiden müssen deutlich auseinandergehalten werden.“⁷⁸⁵ Was Aussage und Norm gemein sei, sei ein „indifferen-

784 Dies schließt aber nicht aus, dass es im Rahmen des Rechts einzelne Bestandteile (oder auch Verbindungen) gibt, welche auf die soziale Realität referieren.

785 Kelsen zitiert nach *Schmölz*, Diskussion, in: *Das Naturrecht in der politischen Theorie*, 124.

tes Substrat, das weder wahr noch unwahr ist“.⁷⁸⁶ Kelsen nennt als Beispiel dafür „Fenster schließen“, was weder die Aussage, dass das Fenster geschlossen wird noch den Befehl, dass das Fenster geschlossen werden solle, enthalte. Kelsen arbeitet im Spätwerk mit dem Kriterium der Verifizierbarkeit von Aussagen über die Geltung von Normen. Diese wären, wie alle Aussagen, der Wahrheit zugänglich, wenn auch nur indirekt.⁷⁸⁷ Normen wären hingegen, als Ausdruck von Willensakten, nicht der Wahrheit zugänglich. Es wäre auch verfehlt, in ein Wollen ein Gewolltes und damit ein Sein hineinzuzinterpretieren.⁷⁸⁸ Nur Aussagen als Ausdruck von Denkakten wären der Wahrheit zugänglich.⁷⁸⁹ D.h., dass Kelsen im Spätwerk jegliche Anwendbarkeit ablehnt. Ein Sollen könne nicht wahr sein, sondern nur die Feststellung, dass jemand etwas als gesollt erklärt hat. Normen selbst wären der Wahrheit nicht zugänglich.

Josef Esser geht ebenfalls von keiner Wahrheitsfähigkeit von Normen aus. Für Esser kann im Anschluss an Wieacker nicht einmal die Rechtswissenschaft wahre Aussagen hervorbringen, „sondern nur tentative Formeln für optimale“ Modelle.⁷⁹⁰

Diesen Argumentationen ist grundsätzlich zuzustimmen: Ein Sollen selbst kann nicht als wahr oder falsch beurteilt werden ohne vorgegebenes Wertesystem; maximal die Aussage darüber, ob etwas im Rahmen eines bestimmten Systems gesollt ist. Normen sind also grundsätzlich nicht wahrheitsfähig.

Man könnte die Kategorie der Wahrheit aber indirekt auf Normen anwenden. Begründet wurde diese Ansicht von Wright 1951, der die deontische Logik einführte.⁷⁹¹ Kelsen stellte sich teilweise als Begründer dieser Ansicht dar, was man wohlwollend durch „Euphorie“ für das Gebiet der Rechtslogik erklären kann im Anschluss an Stanley Paulson.⁷⁹² Interessant ist Kelsens Entwicklung in diesem Bereich: Er geht zunächst von der Wahrheitsfähigkeit von Normen aus, dann von einer indirekten und im Spätwerk, wie bereits erläutert, von keiner Anwendbarkeit.

Hans Kelsen hat in seiner klassischen Periode die Anwendung von Logik auf das Recht, welche wiederum die Zugänglichkeit der Kategorien

786 Ibid., 126.

787 Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, 144 f.

788 Ibid., 167.

789 Ibid., 158.

790 Esser, *AcP* 1972, 101.

791 von Wright, *Deontic Logic*.

792 Paulson, *Metamorphosis in Hans Kelsen's Legal Philosophy*, *The Modern Law Review* 2017, 872.

wahr/falsch zur Voraussetzung hat, bejaht; in der zweiten Auflage der Reinen Rechtslehre nimmt er nur noch die indirekte Anwendbarkeit an:

„Die Antwort auf diese Frage [wie Normen wahr oder unwahr sein können, Anm. KA] ist: daß logische Prinzipien, wenn nicht direkt, so doch indirekt, auf Rechtsnormen angewendet werden können, sofern sie auf die diese Rechtsnormen beschreibenden Rechtssätze, die wahr oder unwahr sein können, anwendbar sind. [...] Dem steht nicht im Wege, daß diese Sätze Sollsätze sind [...]. [...] Aber das Sollen des Rechtssatzes hat nicht, wie das Sollen der Rechtsnorm, einen vorschreibenden, sondern einen beschreibenden Sinn. Diese Doppeldeutigkeit des Wortes ‚Sollen‘ wird übersehen, wenn man Sollsätze mit Imperativen identifiziert.“⁷⁹³

Voraussetzung für die Anwendbarkeit ist für Kelsen damit insbesondere die Unterscheidung von „Rechtssätzen“ und „Rechtsnormen“. Rechtssätze sind für Kelsen Aussagen im Rahmen der Rechtswissenschaft über den Inhalt, die Geltung etc. von Normen, die aber selbst keine Normen sind. Die Anwendbarkeit des Wahrheitskriteriums bestehe nur bei Rechtssätzen.

Simon Stern argumentiert, dass es gleich eines ästhetischen „true in fiction“ auch ein „true in law“ geben müsse. Ob eine Fiktion überhaupt falsch sein könne, hänge davon ab „on whether the doctrine is seen as making a claim about natural (nonlegal) persons or whether the doctrine simply is the legal conclusion (‘corporations have standing’ [...]).“⁷⁹⁴ Wahrheit ergibt sich für Stern, wie auch für seine anglo-amerikanischen Vorgänger und Zeitgenossen Bentham und Fuller, nur aus der sozialen Wirklichkeit. Für Stern gibt es aber eine „analoge Wahrheit“ für den normativen Bereich – und dies ist der Punkt, an dem sich seine Theorie von den klassischen anglo-amerikanischen Theorien unterscheidet. Die „eigentliche“ Wahrheit gäbe es aber nur, wenn die Fiktionen sich auf etwas Außerrechtliches bezögen. Für Stern kommt es also nicht wie für Kelsen darauf an, ob es eine Norm ist oder nicht, sondern ob sich das dem Sollen zugrunde liegende Sein auf eine rechtliche oder außerrechtliche Tatsache bezieht. In jedem Fall sei eine Aussage aber mindestens indirekt wahrheitsfähig.

Ulfrid Neumann bestätigt diese „Systemgebundenheit rechtlicher Aussagen“⁷⁹⁵ und fügt hinzu, dass Aussagen nicht nur systemgebunden, sondern gleichzeitig auch zeitabhängig seien. Dies ist weiterzuführen: Denn es

793 Kelsen, Reine Rechtslehre², § 16, 147 f.

794 Stern, Legal and Literary Fictions, 316.

795 Neumann, Wahrheit im Recht, 18.

gibt nicht nur eine Systemgebundenheit an die Rechtswelt und eine bestimmte Zeit, sondern auch an eine konkrete Rechtsordnung⁷⁹⁶. David Lewis Ansatz der Darstellung dieser Abhängigkeiten im Fiktionsbereich mit der Paraphrase „In der Fiktion $f \dots$ “, muss also für das Recht ersetzt werden durch: „In der Rechtsordnung r zum Zeitpunkt $t \dots$ “.

Somit sind auch Normen indirekt der Wahrheit zugänglich durch eine Paraphrasierung und der Verbindung mit einem Mehrweltenmodell.

3. Wahrheitsfähigkeit und Wahrheit von Fiktionen im Recht

Die Kategorie der Wahrheit kann also sowohl indirekt auf Normen und als auch indirekt auf fiktive Sätze angewendet werden. Das führt dazu, dass normative fiktive Sätze nur unter (doppelt) indirekt als wahr oder falsch kategorisierbar sind.

Das ist das eigentliche Problem, das unter anderem Fuller und Bentham mit Fiktionen haben: Die (doppelte) Indirektheit führt zu einer derartigen Entfremdung von normativen fiktiven Sätzen von der Kategorie der Wahrheit, dass sie schlicht als falsch verworfen werden. Die Autoren bewerten Sätze wie „Menorca liegt in London“ dann nicht im Sinne der notwendigen doppelten Indirektheit zunächst als „true in fiction“ und dann noch einmal als „true in law“, sondern messen den Satz direkt mit den Maßstäben des Wahrheitskriteriums der Korrespondenz am Sachverhalt der sozialen Realität. Wenden sie intuitiv bei rein normativen Sätzen oder rein fiktionalen Sätzen die Wahrheitskategorie meist noch intuitiv indirekt an, versagt die Intuition bei Bentham und Fuller bei dieser notwendigen doppelt indirekten Anwendung der Wahrheitskategorie. Die intuitive Beurteilung von fiktiven Sätzen wie „Sherlock Holmes wohnt in 221 B Baker Street“ oder normativen Sätzen wie „Du sollst niemanden töten“ als wahr oder falsch ist noch gut möglich. Bei der Kombination der beiden Faktoren in Sätzen wie „Te Awa Tupua [ein Fluss in Neuseeland, Anm. KA] is a legal person and has all the rights, powers, duties, and liabilities of a legal person“ oder Feststellungen, dass Menorca in London läge, ist dies aber nur noch schwer möglich. Bei den rechtsfortbildenden Fiktionen durch den Richter wirken die normativen Aussagen auch oft nur für einen kon-

796 Man müsste hier sogar so weit gehen, es von einer bestimmten Norm abhängig zu machen, da es auch Normkonflikte geben kann. Unter dem Gebot der „Einheit der Rechtsordnung“ soll dies hier jedoch nicht weiter eingeschränkt werden.

kreten Fall, d.h. die Wahrheitsfähigkeit ist noch mehr eingeschränkt. Das Ergebnis ist also, dass normative fiktive Sätze doppelt indirekt wahrheitsfähig sind.

Aufgrund des hohen Abstraktionsgrades ist es aber fraglich, ob die Kategorie der Wahrheit überhaupt als Kriterium für Fiktionalität im normativen Kontext herangezogen werden sollte. Wie im vorhergehenden Kapitel entwickelt kann sich die Fiktivität bei Sätzen, welche auf außerrechtliche Objekte referieren, aus einem Bruch mit Fakten der sozialen Realität ergeben oder, wenn sie dies nicht machen, aus einem Bruch mit Rechtsfakten⁷⁹⁷. Dies hat dann aber keinen Einfluss auf die Wahrheit einer paraphrasierten Aussage. Fraglich ist, ob man die Umschreibung auch umgehen könnte. Ist Fiktivität nur eine Sprachform z.B. im Sinne eines illokutionären Aktes, dann müsste sich die Diskussion auf den fiktionalen Charakter normativer Rede konzentrieren. Bertrand Russell zeigt einen Weg auf, wie man scheinbar auch ohne ontologische Implikationen Fiktionen sprachphilosophisch erfassen kann; dies läuft darauf hinaus, dass man die Fiktionalität von Meta-Aussagen über das Recht untersucht: „Im Recht gibt es Personen, welche auch den Zusammenschluss von Menschen umfassen.“ Oder kürzer: „Im Recht gibt es juristische Personen.“ In diesem Fall wäre nicht die juristische Person selbst fiktiv, sondern lediglich Aussagen über juristische Personen könnten fiktional sein. Mit diesem linguistischen Reduktionismus ließe sich die Fiktivität von Objekten nicht sinnvoller beschreiben, da das Fiktive in den Sprachmodus einer (fiktionalen) Aussage wandert. Dies widerspräche aber beispielsweise der langen Geschichte der Literaturwissenschaften, in der stets von fiktiven Charakteren die Rede war. Daher wird das Kriterium der Wahrheit für Fiktionen eher abzulehnen sein.⁷⁹⁸

III. Ergebnis

Fiktionen im Recht sind doppelt indirekt wahrheitsfähig. Ob es ein taugliches Kriterium zur Bestimmung von Fiktionen im Recht ist, ist aber aufgrund der Komplexität fraglich.⁷⁹⁹

797 „Rechtsfakten“ meint die Kategorie der Faktualität sinngemäß auf das Recht angewendet im Sinne *Ota Weinbergers* institutioneller Fakten.

798 Weitere Argumente und eine abschließende Diskussion finden sich im Kapitel der Definition, 212 ff.

799 Die weitere Diskussion und endgültige Antwort finden sich ab Seite 237.

C. Lüge

Fiktionen werden oft als „unehrliche“ Methode oder gar „Lüge“ bezeichnet.⁸⁰⁰ Seinen Ursprung hat dieser Vorwurf bei Platon, der Dichter der Lüge bezichtigt. Sie würden hauptsächlich nachahmen, was dem Zweck der Kunst, der Erkenntniserweiterung, nicht dienlich wäre. Der Geschichtsschreiber, der das analysiert, *was war*, sei aus philosophischer Perspektive auch weniger wichtig als der Dichter, welcher das betrachte, *was sein könnte*, erläuterte Platon. Platon hält die Fiktion nur so lange für gerechtfertigt, als sie ihr Ziel erreiche. Dieses Ziel – und nun sei über Platon hinausgedacht – hängt natürlich davon ab, was das Ziel der jeweiligen normativen Welt ist.

Der deutsche Gesetzgeber betont in den Materialien zur Schuldrechtsreform von 2002, dass bei der „Rentabilitätsvermutung“ die „Gefahr“ bestünde, „zu methodenunehrlichen Fiktionen Zuflucht nehmen zu müssen“.⁸⁰¹ Haferkamp sieht 2006 in der Fiktion eine „unehrliche juristische Methode“, die die Funktion hätte, „einen gesetzlichen Tatbestand auf einen nicht geregelten Fall“ anzuwenden, „indem man [...] den zugrunde liegenden Lebenssachverhalt“ ausweitet.⁸⁰² Der Vorwurf der Lüge, der Krücke, des Notbehelfs, wird immer wieder prominent vorgebracht um Fiktionen grundsätzlich abzulehnen. Jhering argumentiert beispielsweise, dass es sich bei einer Rechtsfiktion um eine „technische Nothlüge“ handeln würde. Er versteht „Lüge“ hierbei vermutlich nicht in einem alltagssprachlichen Sinn, da er sie sonst negativ konnotieren würde. Es ist also von einem „technische[n], juristisch-begriffliche[m]“⁸⁰³ Verständnis auszugehen in diesem Kontext. Ebenso wenig negativ konnotiert und dennoch von einer Lüge sprechend argumentiert Hans Hattenhauer:

„Keine Verfassung der Welt kommt ohne Fiktionen, juristische Nothlügen, aus, die man um der Geschlossenheit der Theorie willen aufstellen muss. Zumeist werden sie schon in das Fundament der Staaten, etwa durch Vorgabe eines bestimmten Menschenbildes, eingebaut.“⁸⁰⁴

800 Fuller, Legal Fictions vernachlässigt beispielsweise die Abgrenzung von Wahrheit, Lüge und Fehler, sodass terminologische Unsicherheiten entstehen.

801 BT-Drs. 14/6040, 143 (2. Spalte, Ende des zweiten Absatzes).

802 Haferkamp, „Methodenehrlichkeit“? – Die juristische Fiktion im Wandel der Zeiten, 1078.

803 Bülow, Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten, AcP 1879, 8.

804 Hattenhauer, Europäische Rechtsgeschichte, § 1288.

Ebenso verhält es sich bei Bentham, welcher wie kein zweiter in der Geschichte der Rechtsfiktionsforschung selbige kritisiert hat. Wie jedoch beschrieben,⁸⁰⁵ geht es bei ihm eigentlich mehr um den Zweck von Fiktionen als um deren Täuschungspotential.

Oskar Bülow bezieht sich in seiner Analyse auf Jhering und kommt zu dem Schluss, dass es der Fiktion durch den Gesetzgeber gegenüber der „mit Täuschungsabsicht vorgebrachte[n] thatsächliche[n] Unwahrheit“ an der „Absicht der Täuschung über die Wahrheit von Thatsachen“⁸⁰⁶ mangeln würde. Er schließt:

„Mir scheint daher die Fiktion eher mit den conventionellen scheinbaren Unwahrheiten vergleichbar, deren man sich zur Vereinfachung des Geschäftsverkehrs und der Umgangsformen zu bedienen pflegt, ohne Jemandem (sich) den Glauben an ihre Wahrhaftigkeit zuzumuthen.“⁸⁰⁷

Ehrlichkeit würde dann nicht bestehen, wenn die Fiktion über etwas täuschen würde. Verschleiert werden könnte, dass etwa bei den rechtsfolgenverweisenden Fiktionen eine Ausnahme geschaffen wird oder bei den rechtfortbildenden Fiktionen, dass eine ältere Regel durchbrochen wird. Allerdings handelt es sich bei juristischen Texten in der Regel um Fachtexte, welche nur von Juristen rezipiert werden. Solange die Fiktionen als solche erkennbar sind und der Gesetzgeber bzw. der Richter im *Common Law* durch ihre Anwendung keine Kompetenzen überschreitet, sind sie ein zulässiges Mittel in der Rechtstheorie. Die Rezipienten werden durch ihre Verwendung über nichts getäuscht. Was verwundert ist aber, warum man zum Beispiel im Rahmen der Gesetzgebung nicht einfach Ausnahmeregelungen einführt. Ziel des Gesetzgebers könnte es hier sein, den durchbrochenen Grundsatz in seiner Wichtigkeit zu betonen. Denn je weniger Ausnahmen einem Grundsatz anhaften, desto wichtiger ist die Stellung des Grundsatzes. Im *Common Law* ist der Grund für die rechtfortbildenden Fiktionen offensichtlicher: Hier ist die Fiktion zunächst nur für den Einzelfall da. Später kann diese Fiktion dann zu einer Neuformulierung eines Grundsatzes genutzt oder in der Fiktionsform institutionalisiert werden. Fiktionen sind also in keinem Fall Lügen, da es stets am beabsichtigten Täuschungsmoment fehlt.

805 Siehe im 2. Teil im Kapitel zu Bentham, 107 ff.

806 Bülow, Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten, AcP 1879, 8.

807 Ibid.

D. Imaginäres

Ist eine in der Realität unmögliche Konstruktion, wie z.B. ein fliegender Superheld, auch eine Fiktion? Was unterscheidet diese Konstruktion von Konstruktionen, welche in der Realität möglich sind? Darf das Recht solche Entitäten enthalten, welche in der Realität unmöglich sind? Dürfte man beispielsweise die Willensfreiheit fingieren, wenn sie widerlegt wäre?

Als Gegengewicht zur Realität sehen Dieter Henrich und Wolfgang Iser das Imaginäre. Und dazwischen könne man – gleichsam schwebend – die Fiktionen einordnen. „[D]as Fiktive“ würde sich „im Blick auf das Imaginäre als ein in hohem Maße ‚Fixiertes‘ erweis[en]“. ⁸⁰⁸ Im Vergleich zum Imaginären sei das Fiktive „wohlbestimmt, wenngleich seine Bestimmtheit nicht die sein“ könne, „durch die Reales ein Bestimmtes“ ⁸⁰⁹ sei.

„Das Fiktive bezieht sich durch seinen Gebrauch auf Reales, überschießt dieses, ohne jedoch zu einem Imaginären zu werden, da es, obgleich ein Nichtreales, im Gegensatz zum Imaginären auch ein Wohlbestimmtes ist.“ ⁸¹⁰

Iser will deswegen die Dyade von Fiktivem und Realem mit einer Triade von Realem, Fiktivem und Imaginären ablösen. ⁸¹¹ Als Ausgangspunkt für seine Erläuterungen nimmt er einen literarischen Text: Dieser enthalte in der Regel sowohl Teile des Realen als auch des Fiktiven. ⁸¹² Das Reale würde durch den Übergang in den fiktiven Kontext allerdings nicht fiktiv; nur wenn sie zum Zeichen würde, dann würde ihr eine Bestimmtheit hinzuge-dacht, welche ihr eigentlich nicht innewohne. Die Bestimmtheit, die dem vormals Realen hinzuge-dacht wird, ist eine Grenzüberschreitung. Dieser Akt der Grenzüberschreitung konstituiert das Fiktive. ⁸¹³ Das Imaginäre drückt sich für Iser in „Phantasmen, Projektionen, Tagträumen und ziello-sen Ideationen“, also einem hohen Maß an Beliebigkeit und ungerichteter Phantasie aus. ⁸¹⁴ Das Fiktive sei hingegen mit Zwecken besetzt, welche die Schaffensbedingungen für Fiktionen darstellten. Durch das Fingieren wür-de das „Diffuse[]“ zum „Bestimmten geführt.“ ⁸¹⁵

808 Henrich/Iser, Entfaltung der Problemlage, in: Funktionen des Fiktiven, 9.

809 Ibid., 9.

810 Ibid.

811 Iser, Akte des Fingierens, in: Funktionen des Fiktiven, 122.

812 Ibid., 121.

813 Ibid., 123.

814 Ibid.

815 Ibid., 124.

„Sie [die Textintentionalität, Anm. KA] erscheint als ‚Übergangsge-
stalt‘ zwischen dem Realen und dem Imaginären, die den Status der
Aktualität besitzt. [...] Aktualität bezeichnet dann das Wirksamwer-
den des Imaginären im Bereich des Realen.“⁸¹⁶

Aus dieser Warte, einem sehr speziellen Fiktionsbegriff, wäre das Recht als fiktiv zu verstehen. Ein Anknüpfungspunkt ergibt sich etwa bei der Verarbeitung des ursprünglichen modallogischen Konzepts möglicher Welten für die Literaturwissenschaft. Hier knüpft die Frage an, was man dadurch über das Recht lernen kann. Ist eine fiktionale Welt immer zugleich eine mögliche Welt? Die Möglichkeit einer Welt bezieht sich auf ihre Potenz Realität sein zu können.⁸¹⁷ Das bedeutet, dass sich eine mögliche Welt (*possible world*) im Rahmen der geltenden Denk- und Naturgesetze bewegen muss. Dies würde an die Forderung Essers anknüpfen, dass das Recht auf die „soziale Wirklichkeit“ aufbauen müsse.

Dagegen spricht, dass eine fiktionale Welt, wie z.B. das Wunderland von Alice, Elemente enthalten kann, die in der Realität nicht existieren könnten, wie z.B. sprechende Hasen. Sogar logische Widersprüche, d.h. ein Verstoß gegen das Nichtwiderspruchsprinzip, sind in fiktionalen Welten möglich.⁸¹⁸

„Possible worlds are possible, whereas fictional worlds might be impossible.“⁸¹⁹

Man könnte annehmen, dass auch solch imaginären Objekte Teil einer möglichen Welt (*possible world*) sein können. Alices Wunderland hat jedoch keine Potenz real zu sein. Sie begnügt sich vielmehr damit, Scheinwirklichkeit zu sein.⁸²⁰ Daran zeigt sich, dass eine fiktionale Welt nicht zugleich eine mögliche Welt sein muss. Das bedeutet, dass die potentielle Menge der denkbaren fiktionalen Welten größer ist als die der möglichen Welten, da letztere auf die Denk- und Naturgesetze beschränkt sind. Die Welt des Rechts hat den Zweck der Ordnung der Realität in Bezug auf Frieden und Gerechtigkeit. Dies impliziert, dass die Welt des Rechts auf die Realität anwendbar sein muss. Sie muss sich folglich an die Denk- und Naturgesetze halten. Daher muss die fiktionale Welt des Rechts zugleich eine mögliche Welt sein. Josef Essers Bedenken sind berechtigt, jedoch

816 Ibid., 128.

817 Zipfel, Fiktion, Fiktivität, Fiktionalität, 84.

818 Ibid.

819 Ronen, Are Fictional Worlds Possible?, 24.

820 Hamburger, Die Logik der Dichtung, 55.

wird diesen mit den Anforderungen an die Rechtswelt, stets eine mögliche Welt zu sein, genüge getan.

Könnte uns Sherlock Holmes oder ein Einhorn im Recht begegnen? Diese Frage ist eng mit der oben diskutierten Frage danach, ob die Rechtswelt zugleich eine mögliche Welt sein muss, verknüpft. In einer möglichen Welt können uns *per definitionem* keine unmöglichen fiktionalen Objekte begegnen, also im übertragenen Sinne keine Einhörner. John Gardner beantwortete diese Frage damit, dass uns im Recht prinzipiell alles begegnen könne. Auch Unmögliches. Es wäre unter Umständen dann aber kein sinnvolles Recht mehr.⁸²¹ So erklärt auch Zippelius, dass das Recht „sich über reale Sachverhalte nicht hinwegsetzen“ kann, sondern sie hinnehmen müsse. Man könne sie dann „für rechtserheblich [...] erklären oder nicht, aber (man habe) nicht die Freiheit, sie unvermittelt aus der Welt zu schaffen.“⁸²² Ebenfalls eine Grenze stellen die naturwissenschaftlichen Gegebenheiten auf.⁸²³ Fraglich ist, ob in diese Kategorie auch die Annahmen fallen, z.B. dass Menorca in London liege bzw. noch offensichtlicher: dass das ungeborene Kind geboren sei. Hier ist jedoch zu beachten, dass von den Gerichten nie tatsächlich angenommen wird, dass Menorca in London liege oder das Ungeborene geboren sei. In beiden Fällen gilt das eine als das andere.

„Also müssen wir zugeben, daß wir selbst bei der unmöglichsten aller Welten, um von ihr beeindruckt, verwirrt, verstört oder berührt zu sein, auf unsere Kenntnis der wirklichen Welt bauen müssen. Mit anderen Worten, auch die unmöglichste Welt muß, um eine solche zu sein, als Hintergrund immer das haben, was in der wirklichen Welt möglich ist.“⁸²⁴

Wendet man diesen Gedanken Umberto Ecos gleichsam auf das Recht an, so ist es vor allem die Anerkennung, an welcher das Recht einbüßen könnte. Dies beeinträchtigt zwar nicht seine Geltung und auch nicht die Wirksamkeit, ist aber aus rechtstheoretischer und rechtspraktischer Sicht nicht wünschenswert: Erstens, weil solche Regelungen überflüssig sind. Dem liegt die Wertung zugrunde, dass ein knapper formuliertes Recht grundsätzlich besser ist, wenn es gleicherweise präzise und für den Adressaten

821 So John Gardner im Gespräch in Oxford, März 2016.

822 Zippelius, Rechtsphilosophie, 54 ff.

823 Böckenförde, Menschenwürde als normatives Prinzip, JZ 2003, 810; vgl. dazu auch Rath, Das Verhältnis des Wertes und des Sollens zum Sein, 72 ff.

824 Eco, Im Wald der Fiktionen, 112.

verständlich ist. Dies ist mit dem Gedanken vergleichbar, welcher unter dem Stichwort „Ockhams Rasiermesser“ in der Philosophie ein Argument dafür ist, dass Argumente mit weniger Prämissen vorzuziehen sind. Zweitens, weil ein totaler Anerkennungsverlust am Ende in eine Abschaffung des Rechts mündet. Das bedeutet letztendlich, dass gewissermaßen Unmögliches im Recht möglich ist; auch, wenn es nicht sinnvoll ist.⁸²⁵

E. Metapher

Eine oft diskutierte Abgrenzung ist jene von Metaphern und Fiktionen. Beide scheinen auf den ersten Blick strukturähnlich:

Metapher: Julia ist die Sonne.⁸²⁶
Rechtsfiktion: Das Ungeborene gilt als geboren.

Zu beachten ist bei der Diskussion, dass z.B. die juristische Person von der sprachlichen Struktur her nicht dieser Form entspricht, da der Vergleich bzw. die Gleichsetzung fehlt. Es geht in diesem Kapitel also nur um fiktive Annahmen im Recht.

Die beiden genannten Beispielssätze haben gemeinsam, dass ein A einem B gleichgesetzt wird.

Metapher: A ist B.
Rechtsfiktion: A gilt als B.

In beiden Fällen werden zwei Dinge verbunden, die offensichtlich nicht gleich sind. Auf den ersten Blick irritiert eine solche Darstellung, wenn die Intuition eine Identitätsbehauptung von A und B annimmt. Durch diese Irritation wird vermittelt, dass der Sinn des Satzes jeweils auf einer höheren Interpretationsebene liegt.

Bei der Metapher muss ermittelt werden, für was B steht bzw. welche Rolle B für den Autoren des Textes hat. Dies ist dann mit A zu verbinden. Bei der Rechtsfiktion wird A mit einem der Rechte/Rechtsfolgen von B verknüpft, welche der Rolle von B im Recht entspricht. Bei dem Beispiel, dass das Ungeborene als geboren gelten solle, bezieht sich nur das Ungebo-

825 Zur Entscheidung über das Merkmal der Möglichkeit der Fiktion, S. 250.

826 „What light through yonder window breaks? It is the east, and Juliet is the sun.“
Shakespeare, Romeo and Juliet, Akt 2 Szene 2.

rene auf das das tatsächlich vorliegende ungeborene Kind. Das „Geborene“ im Rechtssinne meint gar kein (Neu-)Geborenes, sondern nur dessen rechtliche Attribute. Was verknüpft wird sind die Attribute des A aus der sozialen Wirklichkeit mit den rechtlichen Attributen von B. Was gleichgesetzt wird, sind eigentlich gar nicht die vordergründig genannten Objekte, sondern das A der sozialen Welt mit den rechtlichen Attributen des B. Gleiches gilt auch für das Beispiel, dass Menorca in London liege: Was verknüpft wird, ist Menorca mit den Attributen von London, in diesem Fall die Gerichtszuständigkeit des Court of King's Bench. Dass die rechtlichen Attribute zugerechnet werden, bedeutet also nicht, dass eine Identität behauptet würde.

Es ist weder bei Metaphern noch bei Rechtsfiktionen offensichtlich, womit A genau verknüpft werden soll – dazu ist eine Interpretationsleistung notwendig, die zumindest in den Literaturwissenschaften teilweise sehr umfangreiche Kenntnisse voraussetzt. Dabei ist die Metapher in der Wahl, was das Vergleichsobjekt überhaupt sein könnte, sehr viel freier. Im Recht ist man stets auf den Rechtskontext beschränkt. Die Irritation bedeutet dem Leser auch, dass er sein Rezeptionsverhalten ändern muss, hin zu einer Verknüpfung des Ersten mit der Bedeutung des Zweiten im jeweiligen Kontext.

Formal sind sich Metapher und Rechtsfiktion also sehr ähnlich. Der entscheidende Unterschied liegt darin, dass eine Metapher deskriptiv formuliert ist (*A ist B*) und die Rechtsfiktion (*A gilt als B*) präskriptiv.

„A metaphor does not contain the *see as*-construction [...] *explicitly*, but it does this construction *implicitly*.“⁸²⁷

Ein weiterer Unterschied liegt darin, dass bei diesem Fiktionstypus die Metaphorik des Vergleichs explizit gemacht wird durch ein Signalwort. Bei Metaphern fällt dies dem Leser erst unter Zuhilfenahme seines Erfahrungswissens auf. Hier liegt auch die Verbindung zu außerrechtlichen Fiktionen, welche ebenfalls deskriptiv formuliert werden:

Metapher:	A ist B.
Rechtsfiktion:	A gilt als B.
Fiktion:	A wird behandelt als ob es B wäre.

„Als ob“ auf der Ebene des Seins und „gilt als“ auf der Ebene des Sollens sind strukturell identisch. Es wird eine, wenn auch nur in einem Punkt,

827 Olivier, *Legal Fictions in Practice and Legal Science*, 66.

tatsächliche Verbindung von A und B hergestellt. Dies unterscheidet sie von den Metaphern, bei welchen A bloß näher beschrieben wird.

„The fiction therefore can not and does not say: *is*, but must and does say: *is not, but accept as if*.“

Strukturell sind Metaphern und Rechtsfiktionen in manchen Punkten also gleich, in vielen jedoch unterschiedlich. Fiktionen, insbesondere Rechtsfiktionen, sind daher keine Metaphern. Es liegt jedoch sehr nahe, sie als strukturanaloge, gewissermaßen „normative Metaphern“ zu umschreiben.

F. Erkenntnis

Die Arbeit zum Fiktionsbegriff von Hans Vaihinger geht von einem erkenntnistheoretischen Fiktionsbegriff aus. D.h. Definitionsmerkmal einer Fiktion sei, dass sie zu einer Erkenntnis führe. Ist dies passend zum Ziel des Rechts, die Realität zu regeln?⁸²⁸

Zweck der Fiktionen in der Mathematik sind Erkenntniserweiterungen. Vaihinger sah in diesem Fiktionstyp neben den juristischen Fiktionen eines der Paradebeispiele. Sie schienen eine Antwort auf die Ausgangsfrage seines tausendseitigen Werkes zu geben: „Wie kommt es, dass wir mit bewußtfalschen Vorstellungen doch Richtiges erreichen?“⁸²⁹ Mithilfe einer falschen Annahme, dass ein Vieleck mit unendlich vielen Ecken sei, kann das wahre Ergebnis der Fläche eines Kreises ermittelt werden. Vaihinger meinte in der Mathematik zu finden, was er in so vielen anderen Wissenschaften vergeblich gesucht hatte und entwickelte an diesem Beispiel seinen sog. erkenntnistheoretischen Fiktionsbegriff. Eine Fiktion sei demnach eine willkürliche und bewusst falsche Vorstellung von der Wirklichkeit.⁸³⁰ Die Falschheit der mathematischen Fiktionen ist in der Tat bemerkenswert: Man ist sich der Falschheit der Annahme sicher, da sich die Falschheit aus den Regeln der Mathematik selbst ergibt. Ein Kreis ist *per definitionem* kein Polygon. Dies ist bei anderen Fiktionstypen oft nicht der Fall. Diese Fiktionen sind meist „nur“ falsch, wenn sie für die Realität als wahr behauptet werden.

828 Diese Frage führt zu einem pragmatischen Standpunkt, welcher beide Welten komplett voneinander getrennt betrachtet. Vgl. *Del Mar*, Introduction, in: Twining/Del Mar (Hrsg.), *Legal Fictions in Theory and Practice*, ix.

829 *Vaihinger*, *Die Philosophie des Als Ob*, VII.

830 *Ibid.*, 175 ff.

In der Mathematik findet man Fiktionen mit wieder anderem Charakter: So ermöglicht beispielsweise die Annahme, dass ein Vieleck mit unendlich vielen Ecken ein Kreis sei, die Flächenberechnung eines Kreises. Kurz gesagt: „Der Kreis ist ein Polygon.“⁸³¹ Dass diese falsche Annahme überhaupt gemacht wird, setzt voraus, dass sie zweckmäßig ist.

Doch auch hier stellt sich wiederum die Frage, ob es einen solchen Fiktionsstyp im Recht überhaupt geben kann. Ziel der mathematischen Fiktionen sind Erkenntniserweiterungen. Das Recht hat jedoch nicht den Zweck Erkenntnisse über die Realität (oder sich selbst) zu gewinnen. Das Recht wird geschaffen um die Realität zu gestalten; die Mathematik braucht die Realität nicht notwendigerweise. Mit den Worten Josef Essers ausgedrückt:

„Denn da Gesetze Gebote sind, und keine Erkenntnismittel, können sie auch keine Fiktionen in erkenntnistheoretischem Sinne enthalten.“⁸³²

Er spricht Sollens-Normen mithin einen erkenntnisgewinnenden Gehalt *per se* ab. Hans Kelsen wendet ein, dass Ziel der Jurisprudenz nicht die Erkenntnis der Wirklichkeit sei. Vaihingers Fiktionsbegriff sei zu eng, da er sich auf die „Sinnenwirklichkeit“ beziehe.⁸³³ Die Erkenntnis der Sinnenwelt, respektive der hier sog. sozialen Wirklichkeit, welche etwas weiter ist, ist Ziel der Naturwissenschaften sowie einzelner Geisteswissenschaften, wie zum Beispiel der Soziologie oder der Geschichte. Sie ist aber nicht Ziel des Rechts.⁸³⁴ Daher ist die Erkenntniserweiterung als Zweck einer Fiktion im Recht abzulehnen.⁸³⁵

831 Ibid., 601.

832 Esser, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen², 17.

833 Kelsen, Zur Theorie juristischer Fiktionen, Annalen der Philosophie 1919, 632.

834 Dies verkennend, ist Vaihingers Kapitel über die juristischen Fiktionen komplett hinfällig.

835 In Betracht kommt aber eine Anwendbarkeit in Bezug auf die Rechtstheorie. Hierbei muss jedoch beachtet werden, dass die Rechtstheorie als Erkenntnisziel das Recht hat und nicht die soziale Realität. Mehr dazu bei Kelsen in seinem Aufsatz von 1919. Teilweise wird der Fiktion auch in Bezug auf die Mathematik ein Erkenntnisgewinn abgesprochen, da sie bloße Erläuterung sei und ihr entgegengesetzter Fehler voraussetze, dass man das richtige Ergebnis bereits kenne. Boerma, Zur logischen Theorie der Fiktionen, Annalen der Philosophie 1923, 214.

G. Hypothese

Ist eine Hypothese, d.h. eine Behauptung, deren Beweis aussteht, eine Fiktion? Newton würde dies bejahen, wenn die Hypothese keinerlei Grundlage in der Natur findet. Mit seinem berühmten Ausspruch aus der zweiten Auflage der *Principia* „*hypotheses non fingo*“⁸³⁶ meint er, dass eine Hypothese nicht einfach fingiert, im Sinne von frei erfunden werden dürfe. Damit sagt er über die Fiktion aber weniger aus als über die Eigenschaften einer Hypothese. Diese ist eine vorläufige Aussage *quod esset demonstrandum*, deren Richtigkeit nicht als unwiderlegbar wahr etc. angenommen wird.

Was Hypothese und Fiktion gemein ist, ist ein artifiziell Gesetztes.⁸³⁷ Die juristischen Fiktionen dienen jedoch nicht dazu, die soziale Realität besser zu verstehen, wie das bereits von Vaihinger und Hans Kelsen festgestellt wurde. Des Weiteren wird eine Hypothese stets auf ihre Wahrheit geprüft, wohingegen für Fiktionen der Realitäts- und Wahrheitsbezug nur indirekt gegeben ist.⁸³⁸ Vaihinger führt dazu aus:

„Der Verifizierung der Hypothese entspricht die Justifizierung der Fiktion. Muss jene durch die Erfahrung bestätigt werden, so muss diese gerechtfertigt werden durch die Dienste, welche sie der Erfahrungswissenschaft schliesslich leistet. [...] Fiktionen, welche sich nicht justifizieren, d.h. als nützlich und notwendig rechtfertigen lassen, sind ebenso zu eliminieren, wie Hypothesen, denen die Verifikation ermangelt.“⁸³⁹

Fraglich ist, ob rechtswissenschaftliche Fiktionen der Hypothese ähnlicher sind.

„Es ist natürlich, dass die Fiktion eine ganz andere Methodologie haben muss als die Hypothese. Die Methodologie dieser besteht wesentlich darin, dass die Annahme nicht bloß denkmöglich, sondern auch faktisch möglich sei [...]. Das Prinzip der methodischen Regeln der Hypothese ist die Wahrscheinlichkeit, die der Fiktionsregeln der Zweckmässigkeit der Begriffsgebilde.“⁸⁴⁰

836 Newton, *Philos. Nat. pr. Math.* 2/2, 202.

837 Bangemann, *Bilder und Fiktionen in Recht und Rechtswissenschaft*, 50.

838 Siehe Seiten 147 ff. und 189 ff.

839 Vaihinger, *Die Philosophie des Als Ob*, 150.

840 Ibid., 152.

Vaihinger betont, dass man, nachdem eine Fiktion angenommen habe, aus ihr keinesfalls eine Hypothese machen dürfe. Daraus würden regelmäßig „Welträtsel“ entstehen, welche für Verwirrung sorgten.⁸⁴¹ Wird eine Hypothese trotz ihrer Widerlegung weiter und nun bewusst und erkennbar als wahr behauptet, so wird sie zur Fiktion.⁸⁴² So auch Alexander Somek:

„Von der Hypothese unterscheidet die Fiktion, daß sie mit dem Bewußtsein verwendet wird, es werde das Realitätsprinzip verletzt.“⁸⁴³

Dadurch unterscheiden sich Hypothesen und juristische Fiktionen stark.

H. Definition

Ist jede rechtliche Fiktion nichts anderes als eine Neudefinition eines rechtlichen Begriffs? Dies liegt scheinbar insbesondere nah, wenn eine Definition durch die sprachliche Kennzeichnung „gilt als“ vorzufinden ist:

§ 3 UGB: Personen, die zu Unrecht ins Firmenbuch eingetragen sind und unter ihrer Firma handeln, gelten als Unternehmer kraft Eintragung.

Der im Unternehmensgesetzbuch definierte „Unternehmer kraft Eintragung“ ist gemäß dem Gesetz Unternehmer. Die Wirkung ist bei den Fiktionen die Rechtsfolgenverweisung (über eine Zuordnung zu einem anderen Institut) und bei den Definitionen eine Zuordnung zu einem rechtlichen Institut. In beiden Fällen werden also letztendlich im weiteren Sinne bestimmte Rechtsfolgen zugeordnet. Bei den fiktiven Instituten gibt es sogar eine Definition mit „ist“-Formulierung. Grundsätzlich können also in Definitionen Fiktionen verwendet werden; in der Regel ergänzen Fiktionen Definitionen um Ausnahmen.

Die sprachliche Formulierung des „gilt als“ im Beispiel legt nahe, dass dieser Unternehmer kraft Eintragung es im rechtlichen Sinne *eigentlich* kein Unternehmer sei. Der Gesetzgeber macht hier durch eine sprachliche

841 Ibid.

842 In Unterscheidung zur Vaihinger welcher davon ausgeht (Ibid., 151), dass die Hypothese zur Fiktion wird. Die Hypothese wird weiter als wahr behauptet, was sie nicht mehr sinnvoll macht – aber deswegen wird sie nicht zur Fiktion.

843 Somek, Der Gegenstand der Rechtserkenntnis, 18. Davon abweichend wird hier angenommen, dass Fiktionen Regeln des Rechts verletzen. Das von Somek sog. Realitätsprinzip wird dadurch erfasst, dass das Recht als Regel hat, grundlegende Zusammenhänge der sozialen Realität nicht zu verletzen.

Formulierung klar, dass der „Unternehmer kraft Eintragung“ aus anderen Erwägungen als der eigentlichen Idee des Unternehmers im Sinne des Unternehmensgesetzes unter die Gruppe der Unternehmer gefasst wurde.

Der Unterschied von Definitionen und Fiktionen liegt darin, dass Fiktionen beschränkt sind in ihrer Wirkung durch den Zweck, für den sie geschaffen wurden. Fiktionen sind so sehr an ihren speziellen Zweck gebunden, dass sie aus teleologischen Gründen oft eingeschränkt werden in ihrer Wirkung. Oftmals werden sie bereits im Gesetz selbst eingeschränkt, wie es bei § 22 ABGB oder etwa § 911 BGB der Fall ist. Dies ist bei Normen, die Definitionen enthalten, ebenfalls möglich, jedoch unter höheren Voraussetzungen. Eine teleologische Reduktion ist bei Fiktionen einfacher zu rechtfertigen als bei Definitionen, da Fiktionen nur über ihren Zweck gerechtfertigt sind. Eine Einschränkung ist im Wege der Interpretation also einfacher möglich.

Ein ähnliches Phänomen wie die scheinbar distanzierte „gilt als“-Formulierung findet sich in der Literatur: Hier wird teilweise im literarischen Werk selbst diskutiert, was zum Beispiel die Bedeutung des Werkes sein könnte. In Thomas Bernhards „Die Ursache“, einer autobiographischen Erzählung, finden wir beispielsweise den Satz:

„Manchmal geht es mir durch den Kopf, die Geschichte meines Lebens nicht preiszugeben. Diese öffentliche Erklärung aber verpflichtet mich, auf dem einmal beschrittenen Wege weiterzugehen, so Montaigne.“⁸⁴⁴

Hier kommentiert der Autor⁸⁴⁵, wie er seine Biographie wohl schreiben solle.⁸⁴⁶ Diese Art der Rede ist eine ganz andere als die in fiktionalen Texten sonst: Der Zweck oder einzelne Figuren oder Eigenschaften des Textes werden zum Objekt von den Text übersteigenden Überlegungen im Text selbst gemacht. Gemäß diesem literaturwissenschaftlichen Verständnis gibt es metafiktionale Aussagen nur fiktionsintern, d.h. im fiktionalen Text. Mit einer anderen, philosophischen Definition von Metafikcionalität könnte man auch die Unterscheidungen von metafikcional/fiktional und fikti-

844 *Bernhard*, *Die Ursache*, 122.

845 Im Fall der Autobiographie ist der Erzähler ausnahmsweise identisch mit dem Autoren, weshalb hier nur direkt von Thomas Bernhard, respektive dem Autoren, gesprochen werden.

846 Der Präzision wegen sei beigelegt, dass wenn man Biographien als faktuale und nicht als fiktionale Werke versteht, es sich bei diesem Beispiel um eine *metafaktuale* Aussage handelt. Das Phänomen des „den Text selbst als Objekt des Textes im Text machen“ bleibt jedoch das gleiche.

onsintern/fiktionsextern aufheben. Demnach wären metafiktionale Aussagen solche, „die in der Äußerungswelt die Funktion haben, Auskunft über die Eigenschaften eines fiktionalen Werks oder der Objekte, die ihnen entstammen, zu erteilen“.⁸⁴⁷ Aussagen in der Forschung, dass Sherlock Holmes in 221 B Baker Street wohne, wären dann fiktionsextern metafikcional.⁸⁴⁸ Mit der literaturwissenschaftlichen Definition könnte man diese Aussagen nicht als metafikcional beschreiben.⁸⁴⁹ Äquivalent zur metafikcionalen Rede kann man für Aussagen über das Recht auch von meta-rechtlicher Rede sprechen. Aussagen dieser Art fallen sprachlich und/oder inhaltlich auf, weil sie das Recht und seine Regelung problematisieren. In einem weiteren Sinne findet man dies im Wort „gilt als“; wäre es eine rein rechtliche Aussage, würde man § 3 UGB mit einem „ist“ formulieren und nicht mit einem „gilt als“. Da beides funktional äquivalent ist im Recht, d.h. zu genau den gleichen Ergebnissen führt, hat der Gesetzgeber einen Spielraum, was die sprachliche Formulierung angeht. Da die „normale“ Formulierung im Recht bei Definitionen ein „ist“ beinhaltet, handelt es sich bei „gilt als“ um ein Stilmittel. Hier kann der Gesetzgeber neben der eigentlichen Definition noch eine weitere Botschaft übermitteln. Was ist Kern dieser Botschaft? Was unterscheidet das „gilt als“ etwa bei § 22 ABGB von der Verwendung des „gilt als“ in § 3 UGB? Wird nicht bei § 3 UGB ebenfalls eine Gleichsetzung getroffen von Fällen, die der Gesetzgeber für nicht gleich erachtet? Der Unterschied bei den beiden Beispielen liegt im Detail: In beiden Fällen verwendet der Gesetzgeber ein Stilmittel, welches neben der eigentlichen Wirkung auch zum Ausdruck bringt, dass das, was er gleichsetzt bzw. er definiert er eigentlich als nicht gleich erachtet. Bei § 22 ABGB ist dies notwendig, da eine tatsächliche „ist“-Formulierung „das Ungeborne ist ... geboren“ schlicht in sich widersprüchlich wäre. Der normativen Formulierung durch das „gilt als“ wohnt das Artifizielle, Meta-phorische inne. Bei § 3 UGB würde eine „ist“-Formulierung „Personen, die zu Unrecht ins Firmenbuch eingetragen sind und unter ihrer Firma han-

847 Werner, Fiktion, Wahrheit, Referenz, in: Klauk/Köppe (Hrsg.), Fiktionalität: Ein interdisziplinäres Handbuch, 130; Werner entwickelt auch eine weitere Definition von Metafikcionalität, siehe dazu 129.

848 Wobei es bei dieser Definition fiktionsextern nur metafiktionale Aussagen geben kann. Dies schwächt die Definition jedoch nicht.

849 Diese Definition passt aber besser zu den ontologischen Debatten um den Status von fiktiven Entitäten; hierbei werden ebenfalls oft Paraphrasierungen eingesetzt für Aussagen, welche über das Werk getroffen werden. Insofern sind sich die Ansätze der Paraphrasierung und der Metafikcionalität sehr ähnlich. *Bruhns*, Zur Ontologie fiktiver Entitäten, 147 f.

deln, sind Unternehmer kraft Eintragung“ zu keiner Irritation führen, da eine solche Definition, wäre sie neu, immer noch in der Grundidee Unternehmers i.S.d. UGB läge. Diesem „gilt als“ fehlt es an der der Fiktion innewohnenden Artifizialität. Daher ist das „gilt als“ in § 22 ABGB Zeichen einer Fiktion, das „gilt als“ in § 3 UGB ein durch den Gesetzgeber verwendetes Stilmittel, nämlich das der Metanormativität, im Rahmen einer Definition.⁸⁵⁰ „Gilt als“ ist daher auch kein hinreichendes Merkmal für Fiktionalität. Fiktionen ergänzen Definitionen und können daher im weiteren Sinne als Teil davon betrachtet werden oder können Teil von Definitionen sein.

I. Juristische Vermutung

In der juristischen Dogmatik treten Fiktionen in der Regel in der Abgrenzung zu juristischen Vermutungen auf. Hier soll zunächst gezeigt werden, welche Positionen vertreten werden. Danach werden die Positionen anhand der Argumente der sie vertretenden Autoren diskutiert. Zum Verhältnis von juristischer Vermutung und Fiktion werden drei Positionen vertreten:

1. Nur eine unwiderlegbare Vermutung ist eine Fiktion.
2. Jede Vermutung, d.h. einfache, widerlegbare und unwiderlegbare, ist eine Fiktion.
3. Keine Vermutung ist eine Fiktion.

Die erste Position wird dabei z.B. von Fuller vertreten, die zweite von Tourtoulon und die dritte stellt die herrschende Ansicht in den Rechtswissenschaften da und wird z.B. von Zippelius⁸⁵¹, Larenz, Stern und Jhering vertreten. In der Diskussion geht vornehmlich um folgenden Rechtssatz:

Aus Fakt A ist zu folgern, dass Fakt B vorliegt.

⁸⁵⁰ Es sei ergänzt, dass es solch eine artifizielle Abweichung auch bei rechtsinternen Begriffen geben kann. Dies ist durch Auslegung des Rechts festzustellen. Das Recht muss nicht zwingend von den Regeln der sozialen Realität abweichen; es kann auch von seinen eigenen Regeln (ieS) abweichen. Häufiger wird man jedoch auf Fälle treffen, bei denen das Recht offensichtlich von den Regeln der sozialen Realität abweicht.

⁸⁵¹ Wobei dieser dies nur vertritt, insofern es sich um Fiktionen „im engeren Sinn“ handelt. Zippelius, *Juristische Methodenlehre*⁷, 36.

Wie dies zu folgern ist, kann auf drei Arten geschehen: Durch eine Vermutung, widerlegbar oder unwiderlegbar, oder eine Fiktion. Dementsprechend umformuliert sehen die Sätze wie folgt aus:

1. Es wird vermutet, dass wenn Fakt A gegeben ist, Fakt B vorliegt.
 - a. Es wird *unwiderlegbar vermutet*, dass wenn Fakt A gegeben ist, Fakt B vorliegt.
 - b. Es wird (widerlegbar) *vermutet*, dass wenn Fakt A gegeben ist, Fakt B vorliegt.
 - c. Es wird (einfach) *vermutet*, dass wenn Fakt A gegeben ist, Fakt B vorliegt.
2. Wenn Fakt A gegeben ist, *gilt* Fakt B als vorliegend.

A stellt dabei die Vermutungs- bzw. Fiktionsbasis da, welche bewiesen bzw. gegeben sein muss. Die einfache Vermutung unterscheidet sich von der widerlegbaren Vermutung darin, dass die einfache Vermutung ein bloßer Erfahrungsschluss ist von dem Gewicht eines Indizienbeweises.⁸⁵² Eine widerlegbare Vermutung hingegen hat das Gewicht eines vollen Beweises und bewirkt dadurch eine Umkehr der Beweislast.⁸⁵³ Unwiderlegbare Vermutungen (*praesumptio iuris ac de iure*) wirken ebenfalls wie ein voller Beweis, der hier zusätzlich den Richter als auch die Beweisgegner bindet.⁸⁵⁴

Wie die Sätze nun im Recht genau formuliert werden, ist allerdings nicht immer so eindeutig, wie es hier idealtypisch gezeigt wird. Was mit den im Gesetz stehenden Formulierungen gemeint ist, ist oftmals schwierig zu beurteilen, wie Fuller bereits betonte. Gerade die Formulierungen „gilt als“ und „wird angesehen als“ wären oft nicht klar zuordenbar.⁸⁵⁵ Dem ist zuzustimmen: oft werden sprachliche Indizien zu hoch geschätzt. Daher soll und darf nicht von der Verwendung von Worten auf die Einordnung als Vermutung oder Fiktion geschlossen werden.

I. Position: Alle Vermutungen sind Fiktionen

Zu dieser Position kommt man zum einen, wenn man einen erkenntnistheoretischen Fiktionsbegriff vertritt: Dann ist aber auch alles neben den

852 Dolinar/Roth, Zivilprozessrecht, 64.

853 Ibid.

854 Ibid., 65.

855 Fuller, Legal Fictions, 47.

Vermutungen im Gesetz oder im Urteil fiktiv. Dies ist keine Position, wie bereits mehrfach erwähnt, die für die Rechtswissenschaft erkenntnisbringend fruchtbar gemacht werden kann.⁸⁵⁶

Tourtoulon sieht in jeder Übersteigerung einer Wahrscheinlichkeit, dass aus Fakt A geschlossen werden könne, dass Fakt B vorläge, eine Fiktion. Daher sieht er auch in jeder juristischen Vermutung, egal ob widerlegbar oder unwiderlegbar, eine Fiktion.⁸⁵⁷ Dem könnte entgegnet werden, dass eine widerlegbare Vermutung kein Ausdruck einer Wahrscheinlichkeit sei. Für den Fall, dass der Sachverhalt unklar bleibt, trifft sie jedoch eine Entscheidung. Damit drückt sie in der Gesamtbetrachtung der Anwendungsfälle der Norm eine Wahrscheinlichkeit/Tendenz für einen Fakt B aus. Da eine widerlegbare Vermutungsnorm nur sinnvoll ist, wenn die Wahrscheinlichkeit für Fakt B bei Vorliegen von Fakt A <100% ist, wird bei unklarer Sachlage und damit auch in der Gesamtbetrachtung aller Anwendungsfälle der Norm die Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen von Fakt B übersteigert. In dieser „unnatürlichen“ Übersteigerung sieht Tourtoulon die Fiktionalität von juristischen Vermutungen.

II. Position: Keine Vermutung ist eine Fiktion

Dass Fiktion und Vermutung streng zu trennen sind, ist die am weitesten verbreitete Lehre. Dahinter steht die Vorstellung, dass es eine Fiktion nur geben könne, wenn sicher sei, dass Fakt A nicht vorliege und im Recht dennoch absichtlich das Vorliegen von Fakt B angenommen wird. Diese Vorstellung kann man auf die Ursprünge der Fiktion im römischen Recht zurückführen, bei welcher Fiktionen zur Rechtsfortbildung dann eingesetzt wurden, wenn ein nicht vorhandener Klagebestandteil als gegeben fingiert wurde. Diese Fiktion wurde nur benötigt, wenn festgestellt wurde, dass Fakt A nicht vorliegt. Eine Fiktion greift nach dieser Ansicht nur in den bereits festgestellten Sachverhalt ein, Vermutungen hingegen in den Prozess der Erstellung des Sachverhalts. So kann man beispielsweise bei Baldus nachlesen:

856 Es sei klargestellt, dass dies nicht Vaihingers Position ist, obwohl sie aus seiner Grundannahme hätte entwickelt werden können.

857 *Tourtoulon*, *Philosophy in the Development of Law*, 398. – zitiert nach *Fuller*, *Legal Fictions*, 42.

„Praesumptio iuris et de iure est declaratoria rei dubiae, quia presumptio est verorum; fictio est falsorum.“⁸⁵⁸

Demnach wird die Fiktion mit Falschheit im Sinne von Widerspruch zur tatsächlichen Faktenlage, assoziiert. Zippelius argumentiert, dass es von den tatsächlichen Umständen des Sachverhalts abhängt, ob eine unwiderlegbare Vermutung als Fiktion im engeren Sinne wirke: Nur dann, wenn der vermutete Sachverhalt tatsächlich nicht vorliege, „wirke“ die unwiderlegbare Vermutung als Fiktion im „eigentlichen“ Sinn. Um eine Fiktion im engeren Sinn handle es sich, „wenn der fingierte Tatbestand mit Sicherheit nicht vorliegt.“⁸⁵⁹ So könne beispielsweise ein Mann niemals eine Frau sein. Für eine unwiderlegbare Vermutung sei dann zu sprechen, „wenn der ‚fingierte‘ Tatbestand möglicherweise auch tatsächlich gegeben ist.“⁸⁶⁰ Hier hänge die Einordnung als Fiktion oder Vermutung also davon ab, wie der Sachverhalt „tatsächlich“ sei. Dies ist auf theoretischer Ebene ein unbefriedigendes Ergebnis.

Simon Stern vertritt, dass Vermutungen Fakten im Sachverhalt schaffen würden, die, einmal etabliert, in allen Aspekten rechtlich betrachtet würden. Fiktionen würden auch Fakten schaffen, die aber nur in eine Richtung – bezüglich des Zwecks, zu dem sie geschaffen wurden –, wirken würden.⁸⁶¹

Jhering hält, wie oben besprochen, nur die rechtsfortbildenden Fiktionen für Fiktionen im eigentlichen Sinn. Fiktionen im Gesetz erkennt er eigentlich nicht als Fiktionen an. Daher kann es für ihn – auf einer ganz anderen Ebene als für Zippelius und Stern – natürlich auch keine Überlappung von Fiktion und Vermutung geben.

Dolinar und Roth sehen die Stärke des Beweises und seine Unumkehrbarkeit bei der unwiderlegbaren Vermutung als genauso gewichtig wie bei der Fiktion an. Der Unterschied läge darin, dass die unwiderlegbare Vermutung „gewöhnlich mit der Wirklichkeit übereinstimm[e].“⁸⁶²

858 *Todescan*, *Diritto e Realtà*, 172.

859 *Zippelius*, *Juristische Methodenlehre*, 36.

860 Wobei dieser dies nur vertritt, insofern es sich um Fiktionen „im engeren Sinn“ handelt. Mehr dazu gleich. *Zippelius*, *Juristische Methodenlehre*⁷, 36.

861 *Stern*, *Legal and Literary Fictions*, 321.

862 *Dolinar/Roth*, *Zivilprozessrecht*, 65.

III. Position: Manche Vermutungen sind Fiktionen

Innerhalb dieser Position werden klassischerweise die unwiderlegbaren Vermutungen als Fiktionen angesehen. Zum anderen kann man aber auch zu dieser Position gelangen, wenn man jede Übersteigerung einer Wahrscheinlichkeit als Fiktion ansieht, wie Tourtoulon dies vertritt. Problematisch an der Ansicht ist, dass man bei jeder Vermutung prüfen müsste, inwiefern das Vermutete tatsächlich wahrscheinlicher ist als andere Abläufe. Ist es tatsächlich wahrscheinlicher, ist die Vermutung gemäß Tourtoulon nicht fiktiv. Ist sie jedoch weniger wahrscheinlich als eine andere Alternative, so sind Vermutungen gemäß Tourtoulon fiktiv.

IV. Diskussion

Zunächst ist hier nochmals festzustellen, dass zur Identifikation einer Fiktion als solcher nicht am Wortlaut des Gesetzes gehaftet werden kann. Nur, weil das Wort „Vermutung“ oder „gilt als“ auftritt, darf es keinen Schluss in die eine oder andere Richtung geben. Bezüglich der „gilt als“-Formulierungen, die im *Common Law* als *deeming provisions* behandelt werden, vertritt Simon Stern, dass sie den Vermutungen ähnlicher seien als den Fiktionen, da auch sie in alle Richtungen wirken würden. Hierbei muss jedoch beachtet werden, dass sehr viele Rechtssätze, die eine „gilt als“-Formulierung enthalten, im *Civil Law* in ihrer Wirkrichtung von vornherein durch das Gesetz beschränkt sind oder nachgehend in der richterlichen Anwendung beschränkt werden;⁸⁶³ Im *Common Law* sind Fiktionen in der Rechtsprechung sowieso von vornerein zunächst auf den Einzelfall beschränkt und inhaltlich auf den *Equity*-Gedanken beschränkt. Lon Fuller vertritt, dass die *deeming provisions* daraus resultierten, dass der Autor des Textes nicht weiter darüber nachdachte, ob er eine Fiktion oder eine Vermutung schaffen wolle.⁸⁶⁴ Er wäre sich der Unterscheidung von Fiktion und Vermutung schlicht nicht bewusst genug, um eine eindeutige Formulierung zu finden. Es würde eine „primitive undifferentiated form of thought“ gegeben, welche zu wenig bestimmt sei, um eingeordnet werden zu können.⁸⁶⁵ Was aus der im zweiten Teil noch weiter ausgeführten Abgrenzung für die hiesige Abgrenzung mitgenommen werden kann ist,

863 Stern, Legal and Literary Fictions, 321.

864 Vergleiche zu dieser Unterscheidung später, 123 f.

865 Fuller, Legal Fictions, 48.

dass es im *Common Law* nicht nur die im *Civil Law* übliche Dyade von Vermutung und Fiktion gibt, sondern auch eine Zwischenform anerkannt ist.⁸⁶⁶ Dies verdeutlicht noch einmal, dass eine strikte Trennung von Vermutung und Fiktion zwar möglich, aber vielleicht auch sehr künstlich ist.

Wie die Geschichte (2. Teil) gezeigt hat, ist eine Fiktion im Gegensatz zur Vermutung nicht widerlegbar, sondern nur gemäß ihrem Telos in der Wirkung einschränkbar. Daher können widerlegbare Vermutungen keine Fiktionen sein.

Dass jede Erhöhung der Wahrscheinlichkeit mit Tourtoulon als Kriterium genommen wird, verwischt die Grenzen von Vermutung und Fiktion: Nicht jede Erhöhung der Wahrscheinlichkeit ist gleich artifiziell, wie es für die Fiktion erforderlich ist. Daher ist auch die Position, dass alle Vermutungen Fiktionen seien, abzulehnen. Es bleibt die Position der strikten Trennung von Vermutungen und Fiktionen: Der schwierigste Fall für die bei dieser Position vertretenen Abgrenzungskriterien in der dargestellten *Civil Law* Diskussion ist ein sog. *Non-Liquet*-Fall. Bei einem *Non-Liquet*-Fall kann „weder das Vorliegen noch das Nichtvorliegen von Tatsachen bewiesen werden“⁸⁶⁷. Man stelle sich vor, dass diese Tatsachen die Vermutungs- bzw. Fiktionsbasis betreffen. Nun greifen die allgemeinen Beweisregeln. Wenn diese die Vermutungs-/Fiktionsbasis schaffen, wird es problematisch: für Vertreter des Arguments, dass die Abgrenzung auf dem tatsächlichen „Bruch mit der Realität“ beruhe, ist nun nicht entscheidbar, ob eine Fiktion oder eine Vermutung vorliegt.

Diese offensichtliche Schwäche könnte dadurch kompensiert werden, dass als Hilfskriterium das *ignorantia facti* den Fiktionen⁸⁶⁸ oder den unwiderlegbaren Vermutungen⁸⁶⁹ zugeschlagen wird. Für ersteres spricht beispielsweise, dass die Gegebenheiten der sozialen Realität faktisch ignoriert werden, weil es in diesem Fall im Ergebnis auf ihr Vorliegen nicht ankommt. Dagegen könnte man argumentieren, dass eine Fiktion nur dann vorliegt, wenn bewiesen ist, dass ein Fakt A vorliegt und deswegen der induzierte Fakt B sicher im Gegensatz dazu steht. Solange es weder bewiesen noch nicht bewiesen ist, könne man nicht von einer Fiktion sprechen.

866 Auch wenn die Zwischenform nicht als solche gesehen wird.

867 Hier greifen dann die allgemeinen Beweislastregeln, sofern es keine spezielleren Regelungen gibt. *Ballon*, Zivilprozessrecht, Rn. 233; *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht, Rn. 770.

868 So zum Beispiel *Del Mar*, Legal Fictions and Legal Change in the Common Law Tradition, in: *Del Mar/Twining* (Hrsg.), *Legal Fictions in Theory and Practice*, 225–274.

869 *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 36.

Hiergegen ist wiederum einzuwenden, dass es äquivalent zu literarischen Fiktionen zu einer zufälligen Übereinstimmung von fingiertem und tatsächlichem Sachverhalt kommen kann. Es könnte sein, dass tatsächlich ein Sherlock Holmes in 221B Baker Street gewohnt hat. Dennoch schadet dies nicht der Fiktivität der Figur des Sherlock Holmes. Und auch im Recht genügt das bloße *ignorantia facti*. Unbefriedigend ist bei beiden Ansichten, dass diese Ansicht mit einem Hilfskriterium auskommen muss und die theoretische Einordnung von den tatsächlichen Gegebenheiten abhängt. Da die Fiktion aber durch ihre artifizielle Abweichung von Gegebenheiten, auf welche sie sich bezieht, wesentlich gekennzeichnet ist, kann dies kein Argument gegen das (Hilfs-) Einordnungskriterium darstellen. Zu modifizieren ist diese Ansicht jedoch dahingehend, dass es bei der Abgrenzung nicht allein auf den „Bruch mit der Realität“ ankommt, wie bereits gezeigt wurde: Wissenschaftliche Fiktionen entstehen durch einen Bruch mit Regeln ihres Kontextes der selbstverständlich auch die Regeln der sozialen Realität mit einschließen kann. Im Recht kann dieser Kontext das Recht oder da in seinen Folgen Bezug nehmend die soziale Realität sein.

Daher ist zunächst das Hauptkriterium zu modifizieren: Es kommt auf einen Bruch mit dem Recht an, welcher einen Bruch mit der sozialen Realität einschließt. Um die Abhängigkeit vom konkreten Einzelfall zu lösen, kann man anstatt des Bruchs mit dem Recht/der sozialen Realität im konkreten Einzelfall auf den regelmäßigen Bruch mit den Gegebenheiten bei dieser Art von Fällen abstellen. Dabei genügt nicht, wie bereits festgestellt, eine geringfügige Abweichung. Die Abweichung muss artifizieller Natur sein, d.h. von den durchschnittlichen Vorstellungen vom Lauf der Dinge abweichen. Die *ignorantia facti* ist als Hilfskriterium aus oben erläuterten Gründen den Fiktionen zuzuschlagen.

Vermutungen sind von Fiktionen zu unterscheiden. Eine Fiktion liegt dann vor, wenn es einen artifiziellen Bruch mit den Regeln des Rechts oder der sozialen Realität gibt. Wenn nicht festgestellt werden kann, ob es einen tatsächlichen Bruch gibt, kommt es hilfsweise auf die Regelmäßigkeit des Bruchs gemäß den durchschnittlichen Vorstellungen von den Vorgängen in der sozialen Realität an.⁸⁷⁰

870 Das Hilfskriterium ist beim Bruch mit den Regeln des Rechts natürlich nicht notwendig.

J. Juristische Analogie

Bei einer juristischen Analogie werden zwei Sachverhalte verglichen, welche sich zugleich ähnlich als auch unähnlich sind. Trotz der auch vorhandenen Unähnlichkeit wird die Wertung von dem einen auf den anderen Sachverhalt übertragen. Auch bei Rechtsfiktionen im kontinentaleuropäischen Bereich wird etwas gleichgesetzt, nämlich die rechtliche Bewertung. Wird bei der Analogiebildung etwas fingiert? Oder wird eine Fiktion über eine Analogie entwickelt?

Vaihinger hält „die juristischen Fiktionen“, worunter er die hier sog. dogmatischen Fiktionen versteht, für eine „speziellere Abart der“⁸⁷¹ analogen Fiktionen. Beide seien durch die gleiche Methode verbunden. Diese Methode sei „etwas Nicht-Geschehendes als geschehen oder umgekehrt“ zu betrachten oder „ein Fall unter ein analoges Verhältnis“ zu bringen „in einer Weise, die der Wirklichkeit schroff widerspricht“⁸⁷², wie es bereits angesprochen wurde. Die juristische Fiktion sei auch nur die Anwendung einer analogen in einem „speziellen Gebiet“⁸⁷³. Dabei ist jedoch zu beachten, dass Vaihinger die Analogie philosophisch, nicht juristisch versteht.

Simon Stern diskutiert für den Bereich des *Common Law*, wie Analogien und Fiktionen zusammenhängen könnten.

„[T]he common-law method of problem-solving depends fundamentally on the suggestive powers of [...] analogies.“⁸⁷⁴

Dafür, dass es keinen Zusammenhang gebe, spräche, dass Fiktionen immer mit einem Akt der Vorstellungskraft verbunden seien.⁸⁷⁵ Eine Analogie einzusetzen, d.h. den Bezug einer rechtlichen Regelung neu zu setzen, sei aber im Angesicht von ganzen Inseln, die bei Fiktionen durch die Welt versetzt werden oder neu geschaffenen Persönlichkeiten wie der Rechtsperson, nicht mit der Vorstellungskraft bei Fiktionen vergleichbar. Das Mehr an eingesetzter Vorstellungskraft ergäbe sich vor allem daraus, dass bei Rechtsfiktionen Bezug genommen werde auf Entitäten außerhalb des

871 Vaihinger, *Die Philosophie des Als Ob*, 46.

872 Ibid., 48.

873 Ibid., 50.

874 Stern, *Legal and Literary Fictions*, 318.

875 Ibid.

Rechts, wohingegen bei Analogien nur auf Entitäten innerhalb des Rechts Bezug genommen werde.⁸⁷⁶

Die Bezugnahme auf Außerrechtliches wäre jedoch andererseits kein ausreichender Faktor um von einer Fiktion zu sprechen: Stern bringt an dieser Stelle das Beispiel, in dem ein Gericht in New York 1896 diskutierte, wer für Diebstähle auf Dampfschiffen verantwortlich sei. Es wurde im Ergebnis eine Analogie mit Wirtshäusern gezogen. Dabei, argumentiert Stern, wird aber an keine Stelle behauptet, dass Dampfschiffe Wirtshäuser seien. Sondern es gibt nur eine Gleichsetzung in Bezug auf Versicherungsangelegenheiten (*policy concerns*) in diesem speziellen Fall. Und bei diesem Klassiker der *legal-reasoning*-Debatten hätte noch niemand davon gesprochen, dass eine Fiktion vorläge.⁸⁷⁷

Gerade bei den mit „gilt als“ gekennzeichneten Gleichsetzungen ist es problematisch: Handelt es sich hierbei um eine gesetzlich angeordnete Analogie oder um eine Fiktion?

Im Gegensatz zu literarischen Fiktionen sind die Gleichsetzungen im Recht immer nur auf einen bestimmten Fall zugeschnitten. Sie haben auch weiter keine Wirkung auf den Fall, als den bestimmten Zweck, für den sie geschaffen wurden. Bei § 22 ABGB wird dieser beispielsweise direkt angegeben:

„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 [...]“⁸⁷⁸

Bei rechtsfolgenverweisenden und rechtsfortbildenden Fiktionen wird stets angeordnet, dass ein Fakt, der einem Gericht bekannt ist, ignoriert werden soll.⁸⁷⁹ Geht es bei § 22 ABGB also beispielsweise um Pflichten und nicht um Rechte des Kindes, wird es nicht als geboren angesehen. Trotz der narrativen Struktur der Fiktion ist es also nicht der Fall, dass, wie bei literarischen Fiktionen, die Fiktion sich auf die ganze Geschichte, bzw. im Recht auf den ganzen Sachverhalt, auswirkt.⁸⁸⁰

Eine Analogie setzt auf eine strukturelle und wertungsmäßige Vergleichbarkeit zweier Fälle, die nicht identisch sind. Diese Struktur findet sich

876 Ibid., 319.

877 Ibid.

878 Hervorhebungen durch K.A.

879 Stern, Legal and Literary Fictions, 320.

880 A.a.: Ibid.

nur bei den Annahmen: Hier werden zwei Fälle über eine Brücke miteinander verbunden, die durch ein „gilt als“ gleichgesetzt werden für einen bestimmten Fall. Der Unterschied zwischen einer Analogie und einer Fiktion ist, dass bei der Fiktion so getan wird, als ob die Fälle im Recht identisch wären. Bei einer Analogie bleiben die Fälle strikt getrennt. So argumentiert auch Barnert:

„Fiktion [...] meint nicht Gleichbehandlung bei Anerkennung oder Bestätigung der Verschiedenartigkeit – dies würde auf einen Analogieschluss hindeuten, der auch relational, aber paradoxiefrei(er) ist [...].“⁸⁸¹

Dieser Unterschied ist zugegeben nur sein fein, aber offenbart gerade das, was die Fiktion ausmacht: Bei ihr werden Sachverhalte/rechtliche Fakten in einem bewussten Spiel als gegeben angenommen.

⁸⁸¹ Barnert, *Der eingebildete Dritte*, 9.

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 Rechtstheorie, verstehen sollte.

Der jahrhundertealte 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. [...]“⁸⁸²

Ist die sprachliche Kennzeichnung „als ob“ ausreichend, um das Phänomen zumindest seiner Form nach zu erfassen?⁸⁸³ 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?⁸⁸⁴ 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 Ob¹.

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.⁸⁸⁵ 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.⁸⁸⁶ Man geht also vom Zweck aus.

Franz Bydlinski sieht die „unselbständigen oder unvollständigen Rechtsregeln“ als Oberkategorie.⁸⁸⁷ Diese unterteilt er in Anschluss an Karl Larenz⁸⁸⁸ noch einmal in „erläuternde, einschränkende und verweisende Rechtssätze“, wobei letztere die „Rechtsfolgenverweisungen sowie die (gleichbedeutenden) gesetzlichen Fiktionen“⁸⁸⁹ beinhalten.⁸⁹⁰ 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.⁸⁹¹

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.⁸⁹² 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“⁸⁹³ 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 [...].“⁸⁹⁴

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.“⁸⁹⁵

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 Richter⁸⁹⁶ 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 Rechtsfiktionen², 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.⁸⁹⁷ 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.⁸⁹⁸ 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.⁸⁹⁹

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.“⁹⁰⁰

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 [...].⁹⁰¹

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.⁹⁰² 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.“⁹⁰³

„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 [...]“. ⁹⁰⁴

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-

derung 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.*“⁹⁰⁵

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“.⁹⁰⁶ 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“.⁹⁰⁷

905 Chassagnard-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.⁹⁰⁸ Die Rechtswissenschaft sah sich erstmals in ihrer Geschichte, in der sie mit der *fictio 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.⁹⁰⁹ 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“. ⁹¹⁰ Mithin stimmt Kelsens Behauptung, dass Vaihinger sich auf die Sinnenwirklichkeit beschränke. Trotz dieser Kritik sieht Kelsen noch Raum für erkenntnistheoretische Fiktionen in der Jurisprudenz.⁹¹¹ 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.“⁹¹²

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 Rechtsfiktionen², 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.⁹¹³ Das Fiktive lässt sich von einem bloß Imaginären abgrenzen durch seine Zweckbestimmung; dem Fiktiven wohnt „ein im hohen Maße ‚Fiktives‘“⁹¹⁴ 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.“⁹¹⁵

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,⁹¹⁶ 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.“⁹¹⁷ Ein Ausfluss dessen sei wiederum das Prinzip der Verweisung „einschließlich der in Fiktionsform“⁹¹⁸.
- 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.⁹¹⁹ 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 Rechts⁹²⁰ geben. Die soziale Realität ist für das Sys-

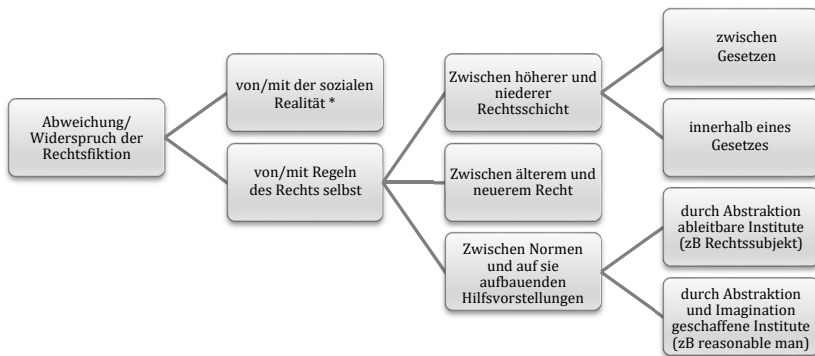
919 Siehe oben, 192 ff.

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.⁹²¹

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“⁹²² 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 habe⁹²³.

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“)⁹²⁴ 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 Konkretetheit 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.⁹²⁵

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.⁹²⁶ 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,⁹²⁷

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“⁹²⁸ – 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.“⁹²⁹

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.⁹³⁰ 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.⁹³¹ 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 Vorschreibungen 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 [...].“⁹³²

Wolfgang Iser geht davon aus, dass Fiktionssignale eine Begleiterscheinung der Literarizität⁹³³ 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 its he one that conceals its imaginative origins.“⁹³⁴

Stern argumentiert, dass sie durch die sprachliche Kennzeichnung des artistischen 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.⁹³⁵

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 Verdeckung⁹³⁶ 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 [...]“⁹³⁷

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“⁹³⁸ 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,⁹³⁹ welche aber nicht bewusst eingesetzt würden.⁹⁴⁰ Einhergehend mit der Verfolgung eines bestimmten Zwecks bei der Schaffung einer Fiktion im Recht erfolgt die Schaffung zumindest im weitesten Sinne bewusst.⁹⁴¹ 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 Begleiterscheinung 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-Struktur⁹⁴² 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,⁹⁴³ 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.“⁹⁴⁴

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.⁹⁴⁵ 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.⁹⁴⁶

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.“⁹⁴⁷

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.⁹⁴⁸ Die Scheinwelt tue nicht so, als ob sie Wirklichkeit wäre, vielmehr beschränke sie sich auf ihr Schein-Dasein, auf das „als“.⁹⁴⁹ Dieser Schein werde durch „den Schein des Lebens erzeugt.“⁹⁵⁰ 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.“⁹⁵¹ 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“.⁹⁵² 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.“⁹⁵³

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.⁹⁵⁴

VII. Verdeckung

„Tout ainsi que les femmes emploient des dents d'ivoire où les leurs naturelles leur manquent [...] ainsi fait la science [avec les, Anm. KA] fictions [...]“⁹⁵⁵

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.“⁹⁵⁶ Die Fiktion würde die Weiterentwicklung verdecken.⁹⁵⁷ 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.“⁹⁵⁸

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.⁹⁵⁹ 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.⁹⁶⁰ 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.⁹⁶¹ Wolfgang Iser schlägt vor, statt auf der Dyade Wirklichkeit/Fiktion zu bestehen, mit einer ontologischen Triade von Wirklichkeit, Fiktion und Imagination zu arbeiten.⁹⁶² 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.“⁹⁶³

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.

Fünfter Teil: Klassifikation

Im vierten Teil wurden über eine Betrachtung der Merkmale von Fiktionen vier Typen von Fiktionen im Recht herausgearbeitet. Ziel dieses fünften Teils ist, diese Typen einzeln zu betrachten und ihr Verhältnis untereinander zu bestimmen.

Klassifikationen gehören zu den anspruchsvollsten Projekten, wenn man sie in Idealform durchführen möchte. Jansen nennt als Merkmale für eine solche Klassifikation:

„According to this ideal, a classification consists of classes that are jointly exhaustive and pairwise disjoint (JEPD) and constructed out of ontologically well-founded distinguishing characteristics.“⁹⁶⁴

Eine ideale Klassifikation kann demgemäß jede Entität eindeutig einer Kategorie zuordnen. D.h. es werden alle zu klassifizierenden Entitäten erfasst und jede Entität nur von einer Kategorie. Mit „jointly exhaustive“ meint Jansen, dass jede Entität von *mindestens einer* Kategorie erfasst wird. „pairwise disjoint“ bedeutet, dass jede Entität dabei *höchstens einer* Kategorie zugeordnet werden kann. Das Merkmal des „constructed out of ontologically well-founded distinguishing characteristics“ soll sicherstellen, dass die Unterteilung nur anhand von Attributen einer Entität vorgenommen werden sollen, welche ihr unabhängig von externen Faktoren zukommen.⁹⁶⁵

Wie bereits festgestellt, ist Fiktion ein Begriff, der mit unterschiedlichen Zwecken aus verschiedenen Perspektiven eingesetzt wird, um bestimmte Phänomene herauszugreifen. Dies führt dazu, dass es ein beinahe wildes Potpourri an Fiktionen gibt. Es gibt mehrere Ansätze zur Klassifizierung juristischer Fiktionen in der Rechtswissenschaft. Bisher getroffene Unterscheidungen sind beispielsweise:

- Josef Esser untergliedert „Rechtsfiktionen“ nach ihren „Beweggründen und Zweckbestimmungen.“⁹⁶⁶
- Karl Larenz unterscheidet Fiktionen nach ihrem Anwendungsbereich und Zweck „als Mittel der Gesetzestechnik, als Mittel der Urteilsbe-

964 Jansen, Classifications, in: Munn/Smith (Hrsg.), Applied Ontology: An Introduction, 168 f.

965 Ibid., 160.

966 Esser, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen², 199; 37–127.

gründung, und ihre Verwendung in der Wissenschaft.“⁹⁶⁷ Dabei ähnelt sein Typ der „Mittel der Urteilsbegründung“ dem der Fiktionen zur Rechtsfortbildung.

- Pierre J.J. Olivier unterteilt die Fiktionen auf primärer Ebene nach ihrem Anwendungsbereich, d.i. Praxis oder Theorie⁹⁶⁸, und auf sekundärer Ebene nach ihrer Funktion, z.B. „fictions of identity“ oder „fictions of quality“⁹⁶⁹. Auf der Primärebene gliedert er die Fiktionen wiederum in „legislative fictions“ und „judicial fictions“.⁹⁷⁰ Damit ist er sehr nah – wohl ohne sich dessen bewusst zu sein – an Larenz’ Unterteilung.

Hier wird von dem in dieser Arbeit entwickelten Fiktionsbegriff ausgegangen, welcher sowohl den artifiziellen Widerspruch zur Bezugswelt als auch den Zweck der Fiktion in den Mittelpunkt stellt. Je nach Zweck werden die Fiktionen der Rechtswissenschaft (mit dem Zweck der Erkenntnisweiterung) und die des Rechts (welche den Zwecken des Rechts dienen) unterschieden. Auf einer zweiten Ebene wird danach unterschieden, was fiktiv ist: Annahmen, Institute bzw. Personifikationen. Die Annahmen werden anschließend danach untergliedert, ob sie Rechtsfolgenverweisungen oder Rechtsfortbildungen sind.

Man könnte auch auf sekundärer Ebene direkt z.B. nach dem Erschaffer der Fiktionen, dem Gesetzgeber oder der Rechtsprechung, unterscheiden. Dies ist jedoch deshalb abzulehnen, weil dann die Klassifizierung im *Common Law* mit ganz anderen Kompetenzen der Richter als im *Civil Law* nicht funktionieren würde. Weiter wäre es auch denkbar, direkt nach den verfolgten Zwecken zu untergliedern. Da diese aber oftmals, wie etwa bei den fiktiven Instituten, sehr vielfältig sein können, ist dies ebenfalls abzulehnen. Allen anderen Untergliederungen als der hier gewählten gereicht es zudem zum Nachteil, dass man an ihren Untergruppen nicht direkt die dort verwendete konkretisierte Definition anwenden kann. Dadurch ist es zumindest auch sehr wahrscheinlich, dass keine Entität zwei Kategorien zugeordnet werden kann. Diese ergibt folgende Unterteilung:⁹⁷¹

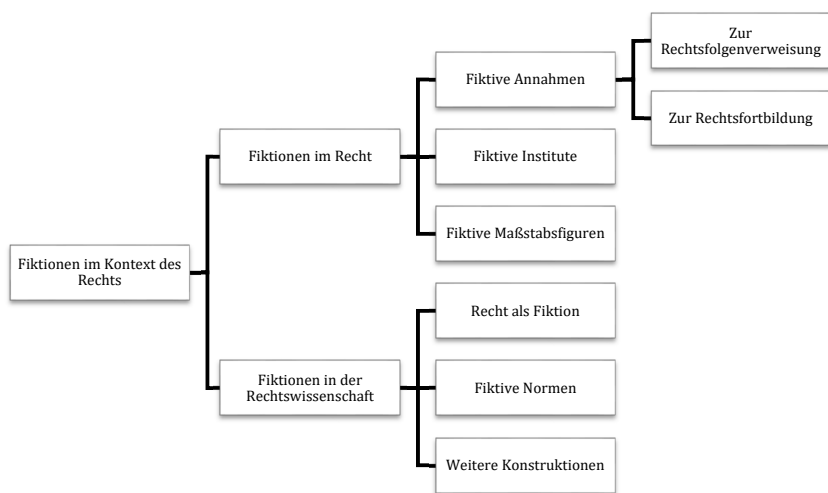
967 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 252.

968 Damit will er solche Fiktionen erfassen, welche zur Erklärung des Rechts getroffen werden.

969 Olivier, Legal Fictions in Practice and Legal Science, 95 f.

970 Ibid., 95 f., 115 f.

971 Solch eine Darstellung könnte man auch auf die verschiedenen Fiktionsbegriffe anwenden. Die Perspektiven von Literaturwissenschaft, Vaihingers erkenntnistheoretischem Fiktionsbegriff oder etwa Fullers Fiktionsbegriff sind jedoch so verschieden und sich teilweise überlappend, dass dies nicht möglich ist. Es gibt



A. Typ I: Fiktive Annahmen

Fiktionen zur Rechtsfolgenverweisung bzw. Rechtsfortbildung in Normen sind zunächst unvollständige Rechtssätze. Sie fügen sich in bestehende ältere bzw. höherstehende Normen ein und verändern dort die Tatbestandsmerkmale durch eine artifizielle Annahme.

zwar gewisse Ähnlichkeiten, wie z.B. das bereits diskutierte artifizielle Durchbrechen von grundlegenden Annahmen, jedoch auch viele Positionen, die nicht oder nur sehr schwer in Einklang zu bringen sind.

I. Typ Ia: Fiktionen zur Rechtsfortbildung

Eine *rechtsfortbildende Rechtsfiktion* ist eine Annahme im Recht, welche von einer ihr übergeordneten Regel des Rechts auf artifizielle Weise und erkennbar abweicht, um damit mehr *equity* durch eine Rechtsfortbildung zu erzielen.

Dieser Typ von Fiktionen im Recht, die fiktiven Annahmen, ist der älteste.⁹⁷² Aus ihm gehen die Fiktionen zur Rechtsfolgenverweisung hervor. Dieser Typ ist immer noch im heutigen *Common Law* lebendig. Er setzt eine erweiterte Macht der Richter im Rahmen der Rechtsfortbildung voraus: Wenn im *Civil Law* den Richtern gerade noch eine Rechtsfortbildung gestattet ist, gehen die Möglichkeiten im *Common Law* weiter. Bei der punktuellen Abwandlung von Klageerfordernissen ist – je nachdem, wie zentral das Merkmal für die Klage ist – fraglich, ob nicht ein ganz neuer Anspruch geschaffen wurde und man sich damit endgültig im Bereich der Gesetzgebung befindet. Während im römischen Recht die Orientierung bei der Rechtsfortbildung auf *aequitas* gerichtet war, so ist sie im *Common Law* auf *equity* ausgerichtet.⁹⁷³

II. Typ Ib: Fiktionen zur Rechtsfolgenverweisung

Eine *rechtsfolgenverweisende Rechtsfiktion* ist eine Annahme im Recht, welche von einer ihr übergeordneten Regel des Rechts auf artifizielle Weise und erkennbar abweicht, um damit dem ökonomischen Prinzip des Rechts durch eine Rechtsfolgenverweisung zu dienen.

Dieser Typ wird hauptsächlich von Gesetzgebern im *Civil Law* verwendet. Am Schulbeispiel des § 22 ABGB lässt sich die Art und Weise des Bruchs der Annahme des Rechts mit den übergeordneten Regeln des Rechts gut begreifen: Übergeordnete Regel, gar Grundsatz der Rechtsordnung ist es, dass nur geborene Menschen Rechtssubjekt und damit Erbe sein können. Das Ungeborene kann nur durch die Annahme, dass es als geboren gelte in einer bestimmten Fallkonstellation, Erbe sein. Anstatt nun das Ungeborene unter den bestimmten Umständen direkt für rechtsfähig zu erklären,

972 Den Ursprung der Maßstabsfiguren könnte man in den antiken Opfertiersymbolen sehen; da die Maßstabsfiguren sich jedoch gerade durch ihre Abstraktheit und Unkörperlichkeit kennzeichnen, ist diese Ansicht abzulehnen.

973 Siehe mehr hierzu ab S. 105.

verweist der Gesetzgeber auf die Geborenen und damit indirekt auf die Fähigkeit, Rechtssubjekt und damit Erbe sein zu können. Es wird also eine höhere Regel des Rechts gebrochen bzw. eine Ausnahme eingefügt.⁹⁷⁴

Dabei ist die Artifizialität umstritten: Nicht wenige behaupten, dass einer solchen Regelung nichts Artifizielles innewohne. Zum Fall, dass eine geladene Partei zum Termin erscheint, aber nicht verhandelt und deswegen gemäß Zivilprozessordnung als nicht erschienen anzusehen sei:

„Dem Richter wird nicht zugemutet, sich einzubilden, daß die Partei nicht erschienen sei, sondern er soll nur auch in diesem Falle das Versäumnisurteil erlassen.“⁹⁷⁵

Teilweise kommt es auch zu dem Vorwurf, dass Probleme in eine Konstruktion gelesen würden, die gar nicht bestünden. Es soll nicht bestritten werden, dass das i.d.R. verwendete „gilt als“ eine solche Regelung klar verständlich macht für Juristen, aber das schließt nicht aus, dass die Art und Weise der Regelung beinahe metaphorische Qualität besitzt. Die Artifizialität muss nicht verwirren und dadurch Unruhe stiften, gar deswegen per se abgelehnt werden – sie ist aber eine augenscheinliche Gemeinsamkeit dieser Fiktionen, die sie von anderen Regelungsformen abhebt.

Fraglich ist, ob es, ähnlich wie bei den rechtsfolgenverweisenden Fiktionen, neben dem ökonomischen Prinzip des Rechts bei den gesetzlichen Fiktionen auf Gerechtigkeitserwägungen ankommt. D.h., ob die Fiktionen zur Rechtsfolgenverweisung nur verwendet werden dürfen, um Rechte zu erweitern. Dafür spricht, dass die gesetzliche, rechtsfolgenverweisende Fiktion ihren Ursprung ebenfalls im römischen Recht findet und dort die Fiktion zwingend mit dem *aequitas*-Prinzip verknüpft war, wie es sich im heutigen *Common Law* mit dem *equity*-Prinzip verhält. Eine der seltenen Stimmen dafür findet sich in einem Lehrbuch zum österreichischen Zivilprozessrecht von Rechenberger und Simotta:

„Hier [bei der Fiktion, Anm. KA] geht es nicht um einen gesetzlichen Erfahrungsschluss, sondern aus Gerechtigkeitsüberlegungen knüpft das Gesetz die Entstehung oder den Bestand von Rechten unwiderlegbar an den Eintritt von Tatsachen, ohne dass dies einem natürlichen Ablauf entspräche (wirklichkeitsfremde Folge).“⁹⁷⁶

974 Detaillierter hierzu ab Seite 184.

975 Weigelin, Über rechtliche und sittliche Fiktionen, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie 1924, 23.

976 Rechenberger/Simotta, Zivilprozessrecht, Rn. 836.

Auch wird dieser Typus im Rahmen solcher Zwecke eingesetzt: Sei es für die Erweiterung der Rechte des Ungeborenen oder etwa den Rechten von registrierten Flüchtlingen im Rahmen einer Fiktionsbescheinigung. Dagegen spricht, dass sich die gesetzlichen Fiktionen vom Zweck und Funktion her vollständig von den Fiktionen zur Rechtsfortbildung und damit von ihrem Ursprung gelöst haben. Bei einer Rechtsfortbildung bedarf es solcher Orientierungsprinzipien, bei schlichten Rechtsfolgenverweisungen greift das pragmatische Gebot der ökonomischen Ausgestaltung des Rechts. Gerechtigkeitsabwägungen liegen bei einer rechtsfolgenverweisenden Fiktion nicht nahe; bei diesem Typus genügt das ökonomische Prinzip.

Wie man anhand der oben entwickelten Tabelle zeigen kann, ist dieser Typ sehr nah mit den rechtsfortbildenden Fiktionen verwandt, hat sich aus den rechtsfortbildenden Fiktionen bei der Verschriftlichung des Rechts entwickelt.⁹⁷⁷

B. Typ II: Fiktive Maßstabsfiguren

Eine *personifikative Rechtsfiktion* ist ein Vorstellungsgebilde im Recht, welches von einer ihm übergeordneten Regel des Rechts auf artifizielle Weise durch Personifikation abweicht, um damit einen Zweck des Rechts zu erfüllen.

Personifikationen – wie man sie exemplarisch in Hugo von Hoffmannsthal's *Jedermann* in Form des Mammon, des Todes und des Glaubens beobachten kann – haben ihren Platz nicht nur im Schauspiel oder der Kunst im Allgemeinen, sondern auch im Recht. Die Maßstabsfiguren entspringen sowohl der Rechtspraxis als auch der Rechtswissenschaft – daher sind sie nicht immer eindeutig dem Bereich der Rechtspraxis zuzuordnen.

Diese Figuren sind es natürlich nicht nur in der Literatur beheimatet: Adam Smiths *impartial spectator* kann beispielsweise Handlungen einer Person ethisch objektiv beurteilen. Der *homo oeconomicus*, welcher sich erstmals bei John Stuart Mill findet, wird in den Wirtschaftswissenschaften zur Beschreibung menschlichen Verhaltens bzw. wirtschaftlicher Vorgänge herangezogen. Dabei wird von rationalem, nutzenmaximierendem Denken ausgegangen. Beobachtet man ein Verhalten, welches durch den *homo oeconomicus* nicht erklärt werden kann, so wird ein Wirtschaftswis-

977 Hierfür sprechen die in der Arbeit angesprochenen rechtstheoretischen Merkmale.

senschaftler nicht die Theorie in Frage stellen. Er wird vielmehr erwidern, dass dies nur den beschränkten Anspruch seiner Theorie aufzeige.⁹⁷⁸

„We do not assert that men are motivated exclusively by the desire for economic advantage; we simply say that economics is concerned with their actions only insofar as they are so motivated.“⁹⁷⁹

Aber auch die Rechtswissenschaften sind voller Figuren: Oliver Wendell Holmes führte zum Beispiel 1897 in *The Path of the Law*⁹⁸⁰ den *bad man* ein. Holmes fordert, dass man das Recht mit den Augen eines *bad man* betrachten solle, um es am besten zu verstehen. Dieser schere sich nicht um höhere Wahrheiten in ethischen Prinzipien, sondern sei allein darauf fokussiert, rechtliche und wirtschaftliche Nachteile sowie etwa Gefängnisstrafen zu vermeiden, womit diese Figur sehr an den *homo oeconomicus* erinnert. Er muss als Soziopath verstanden werden: Alles, was ihn von einer Handlung abhalten kann, welche ihm dienlich ist, sind nachteilige Konsequenzen. Von diesem *bad man* könne man mehr über das Recht lernen als von einem *good man*, welcher dem Recht sowieso stets folgen würde, auch ohne die Androhung von nachteiligen Folgen. Weiter genannt werden könnten noch Dworkins *Hercules*, der allwissende Richter, welcher immer die einzig richtige rechtliche Entscheidung treffen kann, oder Fullers König *Rex*, welcher gute Gesetze machen will, aber dabei verschiedene Fallen entdeckt. All diese interessanten Figuren sind aber nicht Teil des Rechts. Sie sind, da sie unsere Erkenntnisse über das Recht bzw. den Menschen erweitern, fiktiv im erkenntnistheoretischen Sinn Vaihingers. Gemein ist diesen Figuren, dass sie weit weniger Eigenschaften bzw. Aspekte haben als literarische Figuren.

In der Regel noch abstrakter, noch lebloser, sind die Figuren des Rechts, etwa *der besonnene und gewissenhafte Mensch in der konkreten Lage und sozialen Rolle des Handelnden*, der *seriöse und vernünftige Kreditgeber*⁹⁸¹, der *pater familias* oder der *man on the Clapham omnibus*. Ihre Eigenschaften bzw. ihr Verhalten werden nicht aus Gegebenheiten der Realität abgeleitet, sondern aus dem Gesetz.

Als Beispiel soll der *reasonable man* des englischen *Common Laws* näher betrachtet werden. Er wird von Lord Reed in einer Entscheidung von 2014 als eine der Figuren des *Clapham omnibus* vorgestellt. Dieser Bus soll in der

978 Bofinger, Volkswirtschaftslehre, 112 f.

979 Fuller, Legal Fictions, X.

980 Holmes, The Path of the Law, Harvard Law Review 1897, 457–478.

981 BGH NJW 2005, 971.

Darstellung die durchschnittlichen Bewohner des Londoner Stadtteils Clapham durch London fahren. Clapham hatte den Ruf, die durchschnittlichsten Bürger des gesamten Landes zu beheimaten:

„The Clapham omnibus has many passengers. The most venerable is the reasonable man, who was born during the reign of Victoria but remains in vigorous health. Amongst the other passengers are the right-thinking member of society, familiar from the law of defamation, the officious bystander, the reasonable parent, the reasonable landlord, and the fair-minded and informed observer, all of whom have had season tickets for many years.

The horse-drawn bus between Knightsbridge and Clapham [...] was real enough. But its most famous passenger, and the others I have mentioned, are legal fictions.“⁹⁸²

Dieser *Clapham omnibus* ist ein Standard des englischen *Common Law* seit dem 19. Jahrhundert. Eine erstmalige Erwähnung eines mit dem späteren *reasonable man* verwandten Standards fand Simon Stern in einer *person of ordinary capacity* in einem Urteil von 1703.⁹⁸³ Damals wie heute handelt es sich beim *reasonable man* um einen rein rechtlichen Standard im *Common Law*, was Lord Reed nochmals betont:

„It follows from the nature of the reasonable man, as a means of describing a standard applied by the court, that it would misconceived for a party to seek to lead evidence from actual passengers on the Clapham omnibus as to how they would have acted in a given situation or what they would have foreseen, in order to establish how the reasonable man would have acted or what he would have foreseen. Even if the party offered to prove that his witnesses were reasonable men, the evidence would be beside the point. The behaviour of the reasonable man is not established by the evidence of witnesses, but by the application of a legal standard by the court.“⁹⁸⁴

Funktion dieser Maßstabsfiguren ist es letztendlich, Erwartungen des Gegenüber bzw. der Gesellschaft abzusichern. Bei der Beurteilung, was erwartet werden kann bzw. zu erwarten gewesen wäre, gibt zuvorderst das Ge-

982 Healthcare at Home Limited v. The Common Services Agency [2014] UKSC 49.

983 Stern, R. v. Jones (1703): The Origins of the “Reasonable Person”, in: Handler/Mares/Williams (Hrsg.): Landmark Cases in Criminal Law, Oxford 2017, 59–79.

984 Lord Reed in Healthcare at Home Limited (Appellant) v The Common Services Agency (Respondent) (Scotland), Nr. 3.

setz den Beurteilungsmaßstab vor. Dieser ist, wie zum Beispiel von § 1294 ABGB geforderten „gehörigen Aufmerksamkeit“ und des „gehörigen Fleißes“, jedoch teilweise sehr offen und müssen auf Tatsachenebene mit „Leben“ gefüllt werden. Dafür gibt es die Maßstabsfiguren. Man kann sie mit Barnert als „sozial-normatives Normalmaß, das sich offen als Konstrukt geriert“⁹⁸⁵ beschreiben. Das von ihnen an den Tag gelegte Verhalten divergiert je nach Anforderungen stark, ist dabei aber stets mit dem Anspruch der Unwiderlegbarkeit verknüpft.⁹⁸⁶ Fraglich ist, ob und gegebenenfalls warum diese Maßstabsfiguren fiktiv sind.

I. Fiktivität im Sinne des erkenntnistheoretischen Fiktionsbegriffs

Wie bereits dargestellt sind sie keine Figuren der *Rechtswissenschaft*, welche mit dem Ziel eingesetzt werden, das Recht besser zu verstehen. Wesentliches Kriterium des erkenntnistheoretischen Fiktionsbegriffs ist es, dass eine Konstruktion der Erkenntniserweiterung dient. Maßstabsfiguren verdeutlichen die rechtlichen Wertungen. Daher sind sie nicht im erkenntnistheoretischen Sinne fiktiv: Man lernt nichts Neues über das Recht durch sie.

Vaihinger selbst sieht die Fiktion eines Durchschnittes als eigenen Fiktionsstypus. Bei den Maßstabsfiguren im Recht geht es aber nicht immer unbedingt um durchschnittliche Figuren. Sie können vorsichtig sein, Willenserklärungen abgeben und aus den objektiven Tatsachen abgeleitete Gefühle haben. Dies alles beruht jedoch nur auf den Wertungen des Rechts, nicht der sozialen Realität.

II. Fiktivität im Sinne des ästhetisch/literaturwissenschaftlichen Fiktionsbegriffs

Ein weiterer Grund für die Fiktivität der Maßstabsfiguren könnte sich aus einem Vergleich mit literarischen Figuren ergeben, welche durchgehend als fiktiv anerkannt sind. Ihre Fiktivität ergibt sich aus dem Widerspruch mit der sozialen Realität, auf welche sich literarische Werke notwendig beziehen, wie bereits erläutert wurde. Gegen eine Fiktivität im ästhetischen Sinne spricht, dass die im Recht vorkommenden Figuren viel abstrakter

985 Barnert, Der eingebildete Dritte, 22.

986 Ibid., 12 f.

und mit weniger konkreten menschlichen Eigenschaften ausgestattet sind. Im Gegensatz zu ihren literarischen Verwandten beziehen sie sich auch nur auf das Recht und die darin enthaltenen Wertungen. Für eine Fiktivität im ästhetischen Sinne spricht jedoch, dass sie Personifikationen sind. Personifikationen bzw. Typen⁹⁸⁷ sind im modernen Recht jedoch aus politischen Gründen wenig gebräuchlich und heutzutage beinahe ausschließlich ein Stilmittel.

III. Fiktivität im Sinne des rechtlichen Fiktionsbegriffs

Nach *Vaihinger* sind personifikative Fiktionen in den Wissenschaften vor allem im 17. Jahrhundert eingeführt worden: „[D]amals glaubte man, damit wirklich etwas begriffen zu haben; aber ein solches Wort [Fiktion, Anm. KA] ist nur eine Schale, welches jeden sachlichen Kern zusammenhalten und aufbewahren soll.“⁹⁸⁸ Was für *Vaihinger* und später auch *Kelsen* diese Vorstellungen zur Fiktion macht ist, dass sie der Erkenntnis dienen, aber ihrem Kontext widersprechen. *Kelsens* modifizierter Fiktionsbegriff erfasst dies präzise:

„In diesem Sinne gibt es echte, d.h. erkenntnistheoretische Fiktionen im Recht. [...] Fiktionen der Rechtstheorie. Eine solche Fiktion [...] ist zB der Begriff des Rechtssubjekts [...].“⁹⁸⁹

Das entscheidende für *Kelsen* ist, dass für abstrakte Norm- oder Wertungskomplexe eine „Verdopplung des Erkenntnisobjekts“⁹⁹⁰ eingeführt wird. Zweck sei die „Vereinfachung und Veranschaulichung“.⁹⁹¹ Die Hülle, das Gewand, vermag das Objekt somit leichter erfassbar machen für den menschlichen Verstand, als es ein abstrakter Komplex von Normen kann. Insofern sie vereinfacht ist sie für *Kelsen* eine Hilfsvorstellung, die dem Recht widerspricht.

Die Vereinfachung, das Weglassen von Merkmalen ist jedoch das Vorgehen bei jeder Abstraktion und unumgänglich im Recht. Die Abstraktion

987 Man denke insbesondere an die überholte Formulierung in § 211 des deutschen Strafgesetzbuches, welcher als Wortlaut hat: „Der Mörder wird [...] bestraft.“ Die Tätertypen „Mörder“, „Totschläger“ etc. geht auf völkisch-biologistisches NS-Denken zurück.

988 *Vaihinger*, *Die Philosophie des Als Ob*, 52.

989 *Kelsen*, *Zur Theorie juristischer Fiktionen*, 633.

990 *Ibid.*, 635.

991 *Vaihinger*, *Die Philosophie des Als Ob*, 633.

unterscheidet sich hierbei zu wenig von einer Vorstellung, welche durch ein besonderes Maß an Phantasie gebildet wird. Phantasie sieht Kelsen zwar auch als kennzeichnend für Fiktionen an, aber er lässt jedes geringe Maß, wie es zum Beispiel für eine Abstraktion erforderlich ist, genügen. Hier sollen als Fiktionen aber nur jene Konstruktionen gelten, welche sich durch ein besonderes Maß an Artifizialität auszeichnen.

Das besondere Maß beginnt dort, wo der Einsatz der imaginativen Kraft das Maß einer Abstraktionsleistung überschreitet. Dies ist bei der Personifikation allein schon durch die Personifizierung gegeben. D.h. konkret, was das Rechtssubjekt vom *pater familias* unterscheidet, ist allein, dass es beim *pater familias* zu einer Personifikation kam. Beiden gemein ist, dass sie nichts mehr sind als die Summe der Rechte und Pflichten bzw. der Wertungen des Rechts. Kelsen spricht zwar auch im Zusammenhang des Rechtssubjekts von einer personifikativen Fiktion im *Vaihinger'schen* Sinne, jedoch weisen seine Beispiele wie das Rechtssubjekt oder der Staat keine typischen Eigenschaften von Personen auf. Sie sind als Kristallisationspunkte für Zurechnungsfragen konstruiert. Dieser Typus von Fiktion hilft, die Wertungen des Rechts besser zugänglich zu machen.

Durch den Zweck der besseren Anwendbarkeit des Rechts ist dieser Typus als rechtliche Fiktion und nicht als rechtswissenschaftliche Fiktion einzustufen. Wie bei einer ästhetischen Fiktion kommt es aber nicht zum Widerspruch mit der Bezugswirklichkeit, sondern nur zu einer Übersteigerung derselben mit ästhetischen Mitteln, d.i. hier die Personifikation. Es handelt sich also um eine rechtliche Fiktion.

IV. Ergebnis

Mit den fiktiven Figuren des Rechts kann man zwar nicht das Wesen des Rechts besser verstehen, aber dessen Wertentscheidungen besser anwenden. Durch sie kann der Rechtsanwender einen Schritt auf die Prozessparteien zugehen und die Konkretetheit des Falls mit der Abstraktion des Gesetzes leichter verbinden.⁹⁹² Bei diesen Hilfskonstruktionen handelt es sich um Fiktionen.

992 *Barnert*, Der eingebildete Dritte, 242.

C. Typ III: Fiktive Institute

Ein *fiktives Rechtsinstitut* ist ein Vorstellungsgebilde im Recht, welches von einer Regel der sozialen Realität auf artifizielle Weise abweicht, um damit einen Zweck des Rechts zu erfüllen.

Savigny führt mit der Loslösung von Alltagsbegriffen zu davon unabhängigen Rechtsbegriffen eine neue Art der Abstraktion ein. Wurde diese in den bis dahin genannten Fällen im Gegensatz zum Sachverhalt gebildet, d.h. die Änderung spielten sich auf faktualer Ebene ab, geht es bei den referentiellen Fiktionen um die Entkopplung von alltäglichem und fachspezifischem Sprachgebrauch, d.h. die Änderung findet auf der sprachlichen Ebene statt. Das „Als Ob“ tritt bei diesem Fiktionstypus in den Hintergrund; ein Verein wird nicht als Person behandelt, er wird als Rechtsperson definiert. Daher kann man der Auffassung sein, dass dies keine Fiktion sei.⁹⁹³ Schauer führt zurecht aus, dass Termini, welche genuin dem Recht zugehörten eine Fiktionalität in diesem Sinne abgehe.⁹⁹⁴ Anders sei das bei Termini, welche aus der Alltagssprache ins Recht überführt würden, wie beispielsweise der Fluss Whanganui.⁹⁹⁵ Fiktionalität kann es also nur da geben, wo eine bestimmte Beziehung zwischen zwei Ebenen besteht, welche jedoch unterbrochen wird. Besteht gar keine Beziehung, kann es auch keine Fiktionalität geben. Fiktionalität in diesem Sinne drückt die Inkongruenz desselben Objekts auf zwei Ebenen aus.

Diese Art der Fiktionalität unterscheidet sich von den rechtsfolgenverweisenden und den rechtsfortbildenden Fiktionen – aber es spricht nichts dagegen, diese Art der Fiktion nicht auch als solche zu bezeichnen. Was diesen Typus an Fiktion ausmacht ist, dass sich die Fiktionalität aus dem Verhältnis einer sozialen Institution zu einem rechtlichen Institut ergibt.

Dieser Fiktionsbegriff nimmt seine Idee aus der literaturwissenschaftlichen Bestimmung der Fiktionalität als Suspendierung der Referenzialisierbarkeit, d.h. einem sprachtheoretischen Ansatz, und kombiniert ihn mit einem sozialontologisch bzw. rechtsphilosophischen Ansatz, der Idee der sozialen Institutionen, welcher erstmals durch Hauriou⁹⁹⁶ auf das Recht

993 Thomale, Rechtsfähigkeit und juristische Person als Abstraktionsleistungen, in: Gröschner/Kirste/Lembcke (Hrsg.), Person und Rechtsperson, 185.

994 Schauer, Legal Fictions Revisited, in: Del Mar/Twining (Hrsg.), Legal Fictions in Theory and Practice, 123 Fn. 17.

995 Ibid.

996 Hauriou, Die Theorie der Institution und der Gründung, in: Schnur (Hrsg.), Die Theorie der Institution und zwei andere Aufsätze von Maurice Hauriou.

übertragen und später u.a. durch Weinberger⁹⁹⁷ genauer ausgearbeitet wurde. Zweck des Begriffs ist es, die Verbindung von Recht und Realität als Voraussetzung der Anerkennung des Rechts herauszuarbeiten. Dem liegt die Prämisse zugrunde, dass je weiter sich das Recht von der gelebten sozialen Realität entfernt, die Schwierigkeiten für die Anerkennung des Rechts als *faktische* Voraussetzung seiner sozialen Geltung⁹⁹⁸ in einem freiheitlichen demokratischen Rechtsstaat steigen.

Was ist das fiktive an einem rechtlichen Institut?⁹⁹⁹ Bevor dies *en detail* erläutert wird, sei zunächst die Idee skizziert: Bestimmte rechtliche Institute¹⁰⁰⁰ sind sozialen bzw. natürlichen Institutionen nachgeformt, wie beispielsweise die Ehe, oder vollkommen neu geschaffen, wie es von der juristischen Person teilweise angenommen wird. Die These ist, dass ein rechtliches Institut fiktiv ist, wenn es einen größeren Phänomenbereich umfasst als die korrespondierende soziale Institution.

Ein Beispiel: Auf die juristische Person angewandt kann man etwa argumentieren, dass die soziale Institution der Personalität beispielsweise auf Stiftungen nicht anwendbar ist.¹⁰⁰¹ Das rechtliche Institut der Personalität umfasst Stiftungen als Vermögensmassen mit Rechtspersönlichkeit. Insofern umfasst das rechtliche Institut der Persönlichkeit einen größeren Phänomenbereich als die soziale Institution der Personalität. In dieser Hinsicht kann man die juristische Person als fiktiv bezeichnen.

Ein ähnlich gelagertes Problem im Rahmen der sozialen Institution der Persönlichkeit, welches noch mal eine neue Perspektive aufzeigt, sind Naturphänomene. Ein solches Phänomen ist beispielsweise der neuseeländische Fluss Whanganui, dem im März 2017 Rechtspersönlichkeit verliehen wurde. Hier ist es interessant, dass sich die soziale Institution der Persön-

997 Weinberger, Norm und Institution.

998 Zur Differenzierung von Anerkennung und Zwang als Motivation für soziale Geltung siehe insbesondere Kirste, Rechtsbegriff und Rechtsgeltung, in: Geschichte - Gesellschaft - Geltung, 672 f.

999 Ich möchte hierbei Christoph Bezemek, Peter Koller und Hector Moráles für die intensive Diskussion eines Entwurfs dieses Kapitels im Rahmen des Jurisprudence Workshops in Graz im Mai 2018 sowie Wulf Loh und Simon Stern für die vielen hilfreichen Anmerkungen danken.

1000 Zum Sprachgebrauch: „Fiktiv“ soll das Prädikat von Gegenständen, „fiktional“ das Prädikat von Texten bzw. Reden sein. Eine Fiktion ist eine Entität, d.h. ein Gegenstand oder ein Text, welche zumindest in einem Teil fiktiv bzw. fiktional ist. Vgl. Gabriel, Zwischen Logik und Literatur, 133.

1001 Hinsichtlich der späteren Ausführungen sei hier korrekter Weise ergänzt, dass es auf den Zeitpunkt der Schaffung des rechtlichen Instituts ankommt, da soziale Institute dem Wandel der Zeit unterworfen sind.

lichkeit bei den Maori auch auf gewisse natürliche Entitäten erstreckt. Das hätte nach der obigen These zur Folge, dass die Rechtspersönlichkeit des Flusses für die Maori nicht fiktiv ist. Geht man jedoch von zentraleuropäischen Vorstellungen aus, ist die Rechtspersönlichkeit für einen Fluss fiktiv. Die Fiktivität eines Rechtsinstituts ist also u.U. abhängig von den jeweiligen kulturellen Vorverständnissen. Die Bezugsgruppe ist dabei grundsätzlich die Rechtsgemeinschaft. Das kann von den Vereinten Nationen über das Staatsvolk auch eine anerkannte Minderheit wie beispielsweise die Maori sein. Die These hierzu ist, dass im Rahmen eines demokratischen Prozesses die kulturell gewachsene Weltsicht geschützter Gruppen, wie hier indigener Völker, berücksichtigt werden können müssen. Um dies zu ermöglichen, darf der deskriptive Begriff nicht von Praktiken einer globalen *community* oder stets einem gesamten Volk ausgehen. Sonst verliert er seinen Zweck, eben diese Unterschiede wertungsfrei darzustellen. Es besteht daher die Möglichkeit, dass es im Rahmen dieses Fiktionsverständnisses rechtliche Institute gibt, die für gewisse Gruppen fiktiv sind und für andere nicht.

Doch nicht nur die Frage der kulturellen Abhängigkeit steht im Raum – auch die sozialontologischen Wechselwirkungen des Rechts auf die soziale Wirklichkeit und der umgekehrte Einfluss der sozialen Wirklichkeit auf das Recht – kurz: die faktische Kraft des Normativen und die normative Kraft des Faktischen – müssen berücksichtigt werden.

„Für die Einsicht in die Entwicklung von Recht und Sittlichkeit ist die Erkenntnis der normativen Kraft des Faktischen von der höchsten Bedeutung.“¹⁰⁰²

Genauso wie soziale Institutionen ihren „lebendigen Sinn“ verlieren können, wie es Hegel beispielsweise über das Christentum dachte,¹⁰⁰³ und sie dadurch fiktiv werden, so kann sich auch die Fiktivität des Rechtsinstituts ändern. Dies bedeutet insbesondere, dass ein vormals als fiktiv zu bezeichnendes rechtliches Institut seine Fiktionalität verlieren kann und *vice versa*.

Folgende Thesen werden in diesem Kapitel vertreten:

1. Ein rechtliches Institut ist fiktiv, wenn es einen wesentlich größeren Phänomenbereich umfasst als die soziale Institution.

1002 Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 338.

1003 Hegel, Die Positivität der Christlichen Religion, in: Werke in 20 Bänden, Band 1, 104-190.

2. Die Fiktivität eines Rechtsinstituts ist abhängig von den jeweiligen kulturellen Vorverständnissen.
3. Die Fiktivität eines Rechtsinstituts kann sich ändern.¹⁰⁰⁴

1. Soziale Institutionen und rechtliche Institute

Fraglich ist zunächst, warum hier von sozialen Institutionen und rechtlichen Instituten und nicht von Konzepten oder Begriffen die Rede ist. Schließlich liegt die Sprache als Ausgangsbasis für die Analyse eines im Recht anzutreffenden Phänomens nahe: Recht wird gesprochen, es wird angeklagt, usw. Der Fiktionsbegriff, der hier aufgegriffen wird, ist jedoch einer, der der sozialen Praxis entspringt. Es geht hier nicht darum, dass ein Begriff in der Alltagssprache nach anderen Regeln verwendet wird als es dessen Definition im Recht vorschreibt. Zentraler Punkt ist, dass etwas anders gelebt wird. Es steht mithin auf der sozialen Seite nicht der Sprachgebrauch, sondern die tatsächliche Handlung im Vordergrund.

„Völker [befinden] sich unerwartet im Besitze von Einrichtungen [...], die wohl das Ergebnis menschlichen Handels sind, aber nicht das Ergebnis menschlicher Absicht.“¹⁰⁰⁵

In den Worten der Theorie der sozialen Praxis: Es stehen die von den Akteuren geschaffenen sozialen Institutionen als Abstraktionen von sozialen Praktiken im Vordergrund, d.h. „gewohnheitsmäßige, regelgeleitete, [...] ineinandergreifende[] Handlungen“ Institutionen lassen sich sozialontologisch ganz allgemein als „verhärtetere Gebilde sozialer Praktiken“¹⁰⁰⁶ beschreiben. Es gibt somit eine Entwicklung von wechselseitig aufeinander bezogenen Handlungen zu regelgeleiteten, habitualisierten Handlungsmustern (sog. Praktiken) und schließlich zu teilweise kodifizierten Sets von Praktiken (Institutionen). Dass hierbei von sozialen *Institutionen* und rechtlichen *Instituten* die Rede ist, ist primär dem unterschiedlichen

1004 Für eine solche Variabilität argumentiert auch *Zipfel*, Fiktion, Fiktivität, Fiktionalität, 76. Er geht jedoch nicht von einer Veränderung des Instituts aus, sondern von einer Veränderung dessen, was Realität ist. Sein Realitätsbegriff (bei ihm sog. Alltagswirklichkeit) hängt davon ab, was Mitglieder einer Gesellschaft für real halten.

1005 *Ferguson*, Versuch über die Geschichte der bürgerlichen Gesellschaft.

1006 Beides *Jaeggi*, Was ist eine (gute) Institution?, in: Forst/Hartmann (Hrsg.), Sozialphilosophie und Kritik, 533.

Sprachgebrauch in der Sozialphilosophie und der Rechtstheorie geschuldet.

II. Soziale Institutionen

Soziale Institutionen sind grob gesagt „Teile der wirklichen Welt, objektive Tatsachen in der Welt, die Tatsachen nur kraft menschlicher Übereinkunft sind. [...] Dinge wie Geld, Eigentum, Regierungen und Ehen.“¹⁰⁰⁷ Searle drückt diesen Umstand der intersubjektiven Übereinkunft in der bekannten Formel „x gilt als y in c“ aus. Beispielsweise gelten bunte Papierscheine bestimmter Bedruckung (x) als Geld mit der Funktion des Zahlungsmittels (y) im Kontext einer bestimmten Finanzordnung (K).

„Derartige Institutionen bestehen immer aus konstitutiven Regeln [...], welche die Form X zählt als Y im Kontext K haben. [...] Entscheidend ist, daß kollektive Intentionalität einigen Phänomenen einen Sonderstatus und zusammen mit diesem Status eine Funktion zuweist; und ich brauche eine Formel, um die Struktur dieser Zuweisung zu repräsentieren.“¹⁰⁰⁸

Eine solche sprachphilosophische Herleitung ist jedoch aus zwei Gründen problematisch: Zunächst einmal ist sie primär an den expliziten propositionalen Gehalt von Sprechhandlungen gebunden. Das bedeutet, dass die Übereinkunft in der Regel explizit hergestellt und aufrechterhalten werden muss, einerseits durch die Äußerung des propositionalen Gehalts der Sprecher, andererseits durch die illokutionäre Einstellung, die sie zu diesem Gehalt einnehmen. Wie jedoch Wittgenstein zeigt, sind viele Regeln in unseren tagtäglichen Sprachspielen häufig nicht explizit. D.h. in vielen Fällen folgen wir der Regel „blind“. Übertragen auf den Institutionenbegriff geht damit die Erkenntnis einher, dass die normativen Haltungen, Erwartungen und Verpflichtungen, die mit und in ihnen bestehen, häufig nicht explizit vorliegen und von den Handelnden auch in einer Vielzahl von Fällen nicht expliziert werden.

Um diese Schwierigkeiten zu umgehen, reicht es nicht aus, nur die sprachlichen Aspekte von Institutionen in den Blick zu nehmen. Vielmehr wird die intersubjektive Übereinkunft durch Handlungen und Sprache gleichermaßen instanziiert, bestätigt oder gegebenenfalls auch bestritten.

1007 Searle, Die Konstruktion der gesellschaftlichen Wirklichkeit, 123.

1008 Ibid.

Aus diesem Grund ist der Fokus nicht nur auf die Sprache, sondern ebenfalls auf die Handlungen der Teilnehmer gerichtet.

Hierfür bietet sich der sozialtheoretische Begriff der sozialen Praxis an. In der Literatur wird der Begriff der sozialen Praxis und der der Institution zumeist synonym verwandt. Höchstens wird mit Blick auf das Erkenntnisinteresse¹⁰⁰⁹ oder hinsichtlich des Kodifizierungsgrades unterschieden. In letzterem Falle könnte man von mit Jaeggi von Institutionen als „verhärtete[n] Gebilde[n] sozialer Praktiken“¹⁰¹⁰ sprechen. Soziale Praktiken werden dabei allgemein als „gewohnheitsmäßige, regelgeleitete, sozial bedeutsame Komplexe ineinandergreifender Handlungen“¹⁰¹¹ bezeichnet. Kennzeichnend sind folgende konstitutive Elemente:¹⁰¹²

- Erstens bilden Praktiken routinemäßig wiederholte Handlungsmuster, deren einzelne Handlungsabfolgen den Akteuren nicht immer vollständig bewusst sein müssen. Man kann daher von gewohnheitsmäßigen, habitualisierten Handlungen sprechen.
- Zweitens sind Praktiken regelgeleitet. Das zeigt sich, wenn es zu einer Abweichung von den Verhaltenserwartungen kommt. Sobald dies die Erwartungen der anderen Akteure frustriert, kommt es zu einem Rechtfertigungsdiskurs. Anders gesagt: In dem Moment, in dem ein Akteur von der stillschweigenden Übereinkunft über die Praxisregeln abweicht, werden die anderen Akteure ihn zur Rede stellen. In diesem Prozess werden einerseits die Praxisregeln explizit, andererseits erhalten sie durch die Kritik an dem abweichenden Verhalten eine normative Dimension.
- Hieraus wird drittens ersichtlich, dass durch die Teilnahme an einer Praxis wechselseitige Verhaltenserwartungen generiert werden und damit den anderen Teilnehmern gegenüber Verpflichtungen entstehen. Margaret Gilbert spricht hier von einem „*joint commitment*“.¹⁰¹³ Diese Verpflichtungen lassen sich in der Praxis meist als Statusfunktionen in Praxisrollen festmachen. D.h. dass die Erwartungshaltung an ein bestimmtes Verhalten einer Person von ihrer institutionalisierten Rolle abhängen. Ein Standesbeamter hat beispielsweise bestimmte Status-

1009 Reckwitz, Grundelemente einer Theorie sozialer Praktiken, Zeitschrift für Soziologie 2003, 282-301.

1010 Jaeggi, Was ist eine (gute) Institution?, in: Forst/Hartmann (Hrsg.), Sozialphilosophie und Kritik, 534.

1011 Jaeggi, Zur Kritik von Lebensformen, 102.

1012 Loh, Konsens und Autonomie – Zur Legitimität völkerrechtlicher Normen, RphZ 2018, 58 ff.

1013 Gilbert, Walking together, Midwest Studies in Philosophy 1990, 1–14.

funktionen, d.h. bestimmte Privilegien und Verpflichtungen, in der Praxis der Eheschließung. Diese hat er nur, sofern er die Rolle „Standesbeamter“ auch tatsächlich innehat.

In diesen drei Aspekten ist deutlich geworden, was sich hinter der Chiffre der wechselseitigen „Übereinkunft“ verbirgt, die Hauriou und Searle fordern. In dieser Hinsicht gleichen sich Institutionen und soziale Praktiken, selbst wenn man annimmt, dass in Institutionen die Normen stärker expliziert und kodifiziert sind. Mit diesem Institutionenbegriff können nun rechtliche Institute in den Fokus genommen werden. Hierbei wird sich zeigen, dass diese strukturanalog gedacht werden müssen, sich aber an zwei Stellen entscheidend unterscheiden.

III. Rechtliche Institute

Was ist ein rechtliches Institut? Aber zunächst die Frage: Institut oder Institution? Carl Schmitt bezeichnete garantierte rechtliche Institute in Bezug auf das Privatrecht als „Institutsgarantien“ und in Bezug auf öffentlich-rechtliche Sachverhalte als „institutionelle Garantien“. Andere unterscheiden *Sachinstitute* und *Personeninstitutionen*. Dies zeigt, wie austauschbar die Begriffe Institut und Institution im Recht verwendet werden. Im Folgenden soll danach unterschieden werden, ob die Entität der Sozialsphäre oder der Rechtssphäre angehört: es wird von „rechtlichen Instituten“ und „sozialen Institutionen“ die Rede sein.

Zurück zur Ausgangsfrage: Wer rechtliche Institute verstehen will, muss sich immer auch mit sozialen Institutionen auseinandersetzen. Urvater der Lehre der rechtlichen Institute¹⁰¹⁴ ist Maurice Hauriou. Ihm war Schmitts Werk bekannt, gerade in Hinsicht auf die institutionellen Garantien.¹⁰¹⁵ Für ihn ist ein Institut „eine Idee vom Werk oder vom Unternehmen, die in einem sozialen Milieu Verwirklichung und Rechtsbestand findet.“¹⁰¹⁶ Er unterscheidet zwei Gruppen von Instituten: Personen- und Sachinstitutionen.¹⁰¹⁷ Bei ersterer übersteige die faktische Gruppe mit ihren Gemeinsamkeitsbekundungen die Objektsebene und werde zur Idee, zum Subjekt,

1014 Hauriou nennt diese Institutionen.

1015 *Schnur*, Einführung, in: Schur (Hrsg.), *Die Theorie der Institution und zwei andere Aufsätze* von Maurice Hauriou, 22.

1016 *Hauriou*, *Die Theorie der Institution und der Gründung*, in: Schur (Hrsg.), *Die Theorie der Institution und zwei andere Aufsätze* von Maurice Hauriou, 34.

1017 *Ibid.*, 34 f.

welche bzw. welches sich wiederum auf der Objektsebene ausprägen. Für Hauriou findet bei den Personeninstitutionen also ein Perspektivwechsel statt: Die faktische Gruppe verselbstständigt sich, wird zu ihrer Idee, zu einem Subjekt, welches sich in der faktischen Gruppe ausdrückt. Dies bezieht er beispielsweise auf Staaten, Vereinigungen und auch auf die juristische Person.¹⁰¹⁸

Bei den Sachinstitutionen, der zweiten Gruppe, nennt Hauriou als Beispiel „die sozial fest verankerte Rechtsnorm [...]. Sie ist insofern eine Institution, als sie sich in ihrer Eigenart als Idee im sozialen Milieu ausbreitet und in diesem lebt [...].“¹⁰¹⁹ Wesentliches Unterscheidungsmerkmal von Personeninstitutionen und Sachinstitutionen sei hierbei, dass erstere „Handlungs- und Unternehmensprinzip“¹⁰²⁰ sei, letztere hingegen ein „Prinzip der Beschränkung“¹⁰²¹ in sich trüge. Dieses Kriterium ist insofern nicht treffend, als auch Rechtsnormen Partizipations- und Erlaubnisrechte beinhalten können. Die Idee hinter dieser Unterscheidung scheint Hauriou darin zu liegen, dass manche Institutionen verkörpert sind im Sinne eines Staates, einer Körperschaft etc. und andere Institutionen abstrakt bleiben, wie zum Beispiel das Verbot des Mordes. Auffällig ist an Hauriou's Theorie, dass er die Manifestierung der sozialen Praxis im Recht fordert, d.h. dass eine Institution erst eine solche ist, wenn sie vom Recht anerkannt wird:

„Institutionen entstehen, leben und sterben nach den Regeln des Rechts.“¹⁰²²

Hauriou kennt also nur einen Typ von Instituten bzw. Institutionen. Für ihn kann es keine Institution geben, welche nicht auch Institut ist, weil sein Instituts/Institutionstyp an das Recht gebunden ist. Jaeggi nimmt von der Manifestierung im Recht als notwendigem Merkmal Abstand und bezeichnet dies nur als Sonderfall der Anerkennung.¹⁰²³ Notwendig für die *soziale* Institution ist die *soziale* Anerkennung – wenn die rechtliche hinzutritt, ist dies nicht schädlich. Dem ist zuzustimmen. Weiters ist Jaeggi in dem Punkt zu folgen, dass die rechtliche Anerkennung neben der sozialen nur ein Sonderfall ist.

1018 Ibid., 35.

1019 Ibid.

1020 Ibid.

1021 Ibid.

1022 Ibid.

1023 Jaeggi, Was ist eine (gute) Institution?, in: Forst/Hartmann (Hrsg.), Sozialphilosophie und Kritik, 534.

Für den Begriff des rechtlichen Instituts muss jedoch auch der Fall in Betracht gezogen werden, dass ein rechtliches Institut sozial nicht anerkannt wird. In diesem Fall würden sowohl Hauriou als auch Jaeggi zu dem Ergebnis kommen, dass es sich um kein rechtliches Institut handelt. Für Jaeggi fehlt die soziale Anerkennung bzw. ist dieser Fall unmöglich, für Hauriou fehlt die Grundlage der Möglichkeit der Anerkennung: die soziale Praxis. Was ein rechtliches Institut ist, würde dadurch von der faktischen sozialen Anerkennung abhängen. Die Existenz eines rechtlichen Instituts ist jedoch unabhängig von der Praxis, sondern nur davon, was rechtlich konstruiert wird. Dabei kann für das Recht nur die Perspektive des Rechts entscheidend sein. Hier ist die soziale Institution vom rechtlichen Institut zu unterscheiden: Das rechtliche Institut zielt darauf ab, eine soziale Praxis zu konstituieren. Es kommt nicht auf die faktische Praxis an, sondern auf die in einem demokratisch legitimierten Prozess erlassene Norm, welche als solche ihre soziale Wirksamkeit anstrebt. Entscheidend ist also die durch die rechtliche Normativität ausgedrückte Absicht, soziale Praxis zu werden. Diese ist das Äquivalent zum Merkmal der sozialen Anerkennung bei den sozialen Institutionen. Zur Verdeutlichung: Ob ein rechtliches Institut ein solches ist, kann für die rechtliche Perspektive nur vom Recht abhängen.

Zu unterscheiden sind hierbei die referierenden von den genuin rechtlichen, nicht referierenden Instituten.¹⁰²⁴ Referierende rechtliche Institute heben bei ihrer Schaffung eine soziale Institution auf die rechtliche Ebene, genuin rechtliche Institute tun dies nicht. Ein Beispiel für letztere ist die Rechthängigkeit. Die Unabhängigkeit des Rechts von der sozialen Praxis führt dazu, dass das rechtliche Institut auf die Dauer einen anderen Inhalt haben kann als die soziale Institution. Die soziale Institution ändert sich mit der Gesellschaft, in welcher sie beheimatet sind. Daher konstatiert Henry Sumner Maine, dass das Recht der Gesellschaft immer hinterherhinke und immer wieder angepasst werden müsse.¹⁰²⁵ Diese Annahme setzt voraus, dass jeder gesellschaftliche Wandel einen Fortschritt mit sich bringt – was man in dieser Absolutität bestreiten muss.¹⁰²⁶ Im Gegensatz

1024 Vergleiche hierzu auch *Fuller*, Legal Fictions, 29, welcher Rechtsbegriffe danach unterscheidet, ob sie sich auf bloß rechtliche oder auch auf außerrechtliche Fakten stützen. *Körner*, Fiktion, 231, weist ähnlich auf die Unterscheidung empirischer und idealisierender Begriffe hin.

1025 *Maine*, Ancient Law, 20 f.

1026 Maine beschränkt sich auf die Untersuchung progressiver Gesellschaften, auch wenn er im Blick hat, dass es davon nur wenige gibt. (s.o. Kapitel zu *Maine*, 114).

zu Hariou und Jaeggi wird hier vorausgesetzt, dass Recht und soziale Praxis nicht immer widerspruchsfrei sind. Vielmehr wird mit Maine davon ausgegangen, dass große Spannungen zwischen Recht und Gesellschaft entstehen können. Voraussetzung dafür ist aber, dass sich das rechtliche Institut überhaupt auf eine soziale Institution bezieht, d.h. ein referierendes und kein genuin rechtliches Institut ist. Genuin rechtliche Institute spiegeln auf den ersten Blick keine soziale Institution wieder – die juristische Person scheint eine solche zu sein. Auf den zweiten Blick scheint die juristische Person aber auch die gelebte soziale Praxis zu spiegeln, im Sinne davon, dass man beispielsweise ein Unternehmen für haftbar erklärt und nicht bloß die einzelnen Beteiligten. Auf der anderen Seite wird hier eine Rechtsfrage, beispielsweise die der Haftung, präziser und neugestaltet, wie sie in der sozialen Praxis noch nicht stattfindet. Die genuin rechtlichen Institute gibt es regelmäßig also nicht – auch sie knüpfen an eine Praxis an, sind aber neu bzw. präziser in ihrer Ausgestaltung, als die soziale Praxis es ist. Als Beispiel kann man hier die Unterscheidung von Besitz und Eigentum anführen oder eben die juristische Person.¹⁰²⁷

Weinberger versteht unter Institutionen einen „Rahmen menschlichen Handelns“¹⁰²⁸ und „soziale Gewohnheiten“¹⁰²⁹. Sie sei „funktionale Einheit“, die einer „Idee, einem Zweck“ diene und die Verwirklichung einer „Leitidee“ zum Ziel habe.¹⁰³⁰ Sie bestünden „(i) aus einem Kern praktischer Informationen“ und „(ii) aus institutionellen Realien: Personen, Gegenständen und Vorgängen, die der Beobachtung zugänglich“ seien.¹⁰³¹ Weinberger unterscheidet normative Institutionen und Realinstitutionen, wobei er letztere nochmals in Personen- und Sachinstitutionen untergliedert.¹⁰³² „Realinstitutionen“ ist ein insofern irreführender Begriff, als er nahelegt, dass normative Institute nicht real seien. Normative Institutionen sind für Weinberger „zB die Rechtsordnung als Ganzes oder ein sachlich und funktional zusammenhängendes Subsystem des Rechts“,¹⁰³³ womit er

1027 Insofern zutreffend die Kritik von *Demelius*, Die Rechtsfiktion, 87, wenn er davon ausgeht, dass eine Definition von Fiktionalität, welche sich hauptsächlich auf die Kontrafaktizität stützt, zu dem Schluss kommen müsse, dass Fiktionalität nicht in der Zuschreibung einer juristischen Eigenschaft bestehen könne.

1028 *Weinberger*, Norm und Institution: Eine Einführung in die Theorie des Rechts, 30.

1029 *Ibid.*

1030 *Ibid.*

1031 *Ibid.*

1032 *Ibid.*, 31.

1033 *Ibid.*

beispielsweise Ehe, Eigentum und Bewährungshilfe meint.¹⁰³⁴ Weinbergers Unterscheidung von Rechtsinstituten und Realinstitutionen scheint zunächst willkürlich, sind beide doch in ihrer Struktur äquivalent. Weinberger ist insofern zuzustimmen, als dass die Institute und Institutionen strukturanalog sind und beide einen unterschiedlichen Ursprung haben. Er übersieht jedoch, dass der Inhalt der Institutionen/Institute auch divergieren kann. Die Funktion sieht Weinberger in der Schnittstelle von Individuum und Gesellschaft:

„Individuelles und Gesellschaftliches berühren sich in den Institutionen, und dieses Zusammenspiel zwischen Individuum und Gesellschaft wird immer durch Institutionen vermittelt. Individuen haben großen Anteil an der Herausbildung, an der Entfaltung sowie an der Veränderung der Institutionen; und jeder einzelne wird durch die gesellschaftlichen Institutionen, in denen er lebt, geformt und in seinem Handeln bestimmt.“¹⁰³⁵

Anders als Hauriou und mit Jaeggi geht Weinberger von der Herausbildung der Institutionen unabhängig vom Recht aus. Recht sei, neben Sitte und Moral, nur ein weiteres normatives Regulativ einer Gesellschaft.¹⁰³⁶ Und in all diesen Regulativen gebe es „Institutionen, die durch Normensysteme konstituiert und bestimmt“¹⁰³⁷ seien. Es ist festzuhalten: Rechtliche Institute und soziale Institutionen sind strukturanalog, aber anderen Ursprungs. Ihre Existenz hängt von der Anerkennung durch (positives) Recht bzw. der Gesellschaft ab.

Damit ist der Begriff des rechtlichen Instituts, welcher für diesen Fiktionsbegriff zentral ist, näher beleuchtet.

1034 Ibid.

1035 Ibid., 29.

1036 Ibid., 28.

1037 Ibid.

IV. Diskussion

Eine *fiktives Rechtsinstitut* 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 *oder* eine Einflussnahme auf die Gesellschaft durch das Recht iRv gesetzlichen Wertvorstellungen zu erreichen.

Dieser neue Fiktionsbegriff will gerechtfertigt werden. Auf theoretischer Seite steht zur Diskussion, was das Fiktive an ihm ist. Vaihinger zum Beispiel würde behaupten, dass dieser Fiktionsbegriff nur „Semi-Fiktionen“ erfasse, welche nicht in sich widersprüchlich seien.¹⁰³⁸ Auf praktischer Seite muss der Begriff zeigen, dass er eine Lösung für tatsächlich relevante Probleme bereithält.

1. Theoretische Rechtfertigung

Man könnte dem neuen Fiktionsbegriff folgende Einwände entgegenhalten:

- Erstens, dass die Inkongruenz von sozialer Praxis zum Recht kein ausreichendes Merkmal sei, um von Fiktionalität zu sprechen. Notwendig sei eine Fiktion im Sinne Hans Vaihingers.
- Zweitens, dass der Zweck des Fiktionalitätsbegriffs undeutlich sei. Kann man diesem Fiktionsbegriff etwa vorwerfen, dass er „eine Lebenswelt von Institutionen und von elementaren begrifflichen Kriterien mit verselbständigtem Symbolwert als eigenes Erkenntnisobjekt zwischen den Juristen und die Sachprobleme bzw. -argumente“¹⁰³⁹ schiebt?
- Drittens, dass er wenig praktikabel sei, da es nur unter großem Aufwand mit soziologischen Methoden möglich festzustellen sei, was eine soziale Praxis ist. Daher solle als Anknüpfungspunkt nicht die soziale Praxis, sondern der Begriff bzw. die Sprache gewählt werden.
- Viertens, dass nicht die kleinste Inkongruenz von einer sozialen Institution und einem rechtlichen Institut dazu führen kann, dass das rechtliche Institut als fiktiv gekennzeichnet werden kann.

¹⁰³⁸ Zu Vaihinger siehe ab Seite 69.

¹⁰³⁹ Esser, Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht, AcP 1972, 99.

Dem ersten Einwand würde Hans Vaihinger zustimmen: Ein solcher Begriff erfasse keine echte Fiktion, sondern nur Semifikationen, welche nur der Wirklichkeit, nicht aber sich selbst widersprechen. Was kennzeichnet also Fiktives in Bezug auf die rechtlichen Institute? Im Kern steht, wie bei jeder Fiktionsart im Recht, ein Regelbruch, bei Rechtsinstituten in der Variante einer Erweiterung der konstituierenden Regeln einer sozialen Institution.¹⁰⁴⁰ Dabei stellt sich die Frage, wie sich die Phänomenbereiche von sozialer Institution und rechtlichem Institut verhalten müssen. Gerade wurde behauptet, dass es um eine Erweiterung der Regeln der sozialen Institution im Recht geht. Man denke hier beispielsweise an die juristische Person, welche das Institut der Persönlichkeit erweitert hat. Denkbar wäre aber auch der Fall, dass das rechtliche Institut enger gefasst ist als die soziale Institution. Ein Beispiel hierfür ist der Besitz. Dessen Regeln sind im Sozialen wesentlich weiter als im Recht. Ist der Besitz im Sinne des Rechts deswegen fiktiv? Nein, da die Verwendung im Recht zwar enger ist als im Sozialen, aber dieser engere Bereich auch vom Sozialen abgedeckt ist. Eine reine Regelverengung führt nicht zur Fiktivität eines Instituts. Von einem Widerspruch kann nicht sinnvoll gesprochen werden, wenn die Entität A Teil der Entität B ist. Erforderlich ist ein Regelbruch in Form einer Regelerweiterung über den Rand des ursprünglichen Instituts hinaus.

Was aber kennzeichnet eine Fiktion nach Vaihinger? Vaihinger gibt zunächst das sprachliche Kennzeichen des „als ob“ an in *Die Philosophie des Als Ob* von 1911. Für ihn ist die Fiktion sowohl durch das Mittel, ein Kunstgriff, eine Täuschung, als auch durch den Zweck, die Erkenntniserweiterung gekennzeichnet. Die Fiktion hat bei Vaihinger also stets eine erkenntnistheoretische Funktion. Die Erkenntniserweiterung ist aber nicht Sinn des Rechts.¹⁰⁴¹ Von überhaupt keiner oder überall vorhandener Fiktivität im Recht zu sprechen ist jedoch zu weitgehend. Der Begriff der Fiktion wäre außerhalb der Erkenntnistheorie leer und nutzlos. Daher muss dieser Einwand abgelehnt werden.

Der zweite Einwand verlangt eine Verdeutlichung des Zwecks dieses Fiktionalitätsbegriffs. Dagegen argumentiert beispielsweise Simon Stern anhand der juristischen Person:

1040 Die anderen Arten umfassen im *Civil Law* Rechtsfolgenverweisungen (zum Beispiel § 22 ABGB, bei dem das Ungeborene als geboren gilt im Sinne des Rechts) und im Common Law Rechtsfortbildungen durch Richter.

1041 Vergleiche diese Kritik auch durch *Kelsen*, Zur Theorie juristischer Fiktionen, 631.

„Legal fictions, it might be argued, are fictional because they identify legal actors, or objects of legal analysis, in ways that are inconsistent with our experience when we consider them from a nonlegal perspective. [...] This explanation quickly crumbles [...] [because] nonlegal persons do not figure in the doctrine of corporate personhood.“¹⁰⁴²

Stern argumentiert, dass bestimmte rechtliche Institute keinen Bezug nähmen auf die Außenwelt, weswegen man auch nicht von Fiktionalität sprechen könne. Man müsse solche Konstruktionen eher mit Maschinen vergleichen wie Franksteins Monster, die keine wahrhafte Persönlichkeit haben, sondern denen nur menschliche Eigenschaften zugeschrieben werden könnten.¹⁰⁴³ Die Prämissen der Argumentation sollen nicht bestritten werden; diese Art von Fiktionen ändern tatsächlich nichts an der Außenwelt, sofern man die faktische Kraft des Normativen außer Acht lässt. Was aber bestritten wird, ist, dass diese deswegen nicht fiktiv sein könnten. Wie bereits herausgearbeitet, kommt es bei Fiktionen auf den Widerspruch zu ihrem eigenen Kontext an. Beim Recht ist dies primär das Recht selbst, sekundär die soziale Wirklichkeit. Und wenn Konstruktionen der primären Bezugswelt, nicht aber der sekundären widersprechen, dann kann diese „Unstimmigkeit“ ebenfalls als Fiktion bezeichnet werden.

Zweck dieses Fiktionsbegriffes ist es, die Spannung von sozialer Praxis und dem Recht zu beschreiben. Übernimmt die Gesellschaft die rechtlichen Institute nicht, führen diese Spannungen im Fortgang zu einem Anerkennungsverlust des Rechts, was für dieses aber vital ist. Umstritten ist, ob dieser Anerkennungsverlust auch zu einem Verlust des Rechtscharakters führt; mithin, ob die soziale Wirksamkeit Teil des Rechtsbegriffs ist. Jhering sieht in der praktischen Wirksamkeit ein konstitutives Element des Rechtsbegriffs:

„Denn das Wesen des Rechts, was immerhin auch seine Aufgabe, sein Ziel, sein Inhalt sein möge, besteht in der Verwirklichung [...]. [...] [O]hne diese Bestätigung ihrer praktischen Kraft durch unausgesetzte konstante Verwirklichung wären sie Gedanken, Ideen, Ansichten wie alle anderen, aber keine Rechtssätze, d.h. Normen, deren wahres Wesen nicht in ihrer bloßen Aufstellung, sondern in ihrer Befolgung besteht.“¹⁰⁴⁴

1042 Stern, Legal and Literary Fictions, 319.

1043 Ibid., 317.

1044 Jhering, Geist des Römischen Rechts, 73.

Jhering argumentiert dabei aus dem Wesen des Rechts: Dieses bestehe in der Befolgung, der Verwirklichung von Normen. Jellinek, Vater der Lehre der normativen Kraft des Faktischen, stellt wiederum auf den „wahren Verstande des Wortes“ Recht ab. Darin liege die Voraussetzung, dass eine Norm die Fähigkeit besitzen muss, „motivierend zu wirken“ und „den Willen zu bestimmen.“¹⁰⁴⁵

„Alles Recht hat als notwendiges Merkmal das der Gültigkeit. Ein Rechtssatz ist nur dann Bestandteil der Rechtsordnung, wenn er gilt; ein nicht mehr geltendes Recht oder ein Recht, das erst Geltung gewinnen soll, ist nicht Recht im wahren Verstande des Wortes. Eine Norm gilt dann, wenn sie die Fähigkeit hat, motivierend zu wirken, den Willen zu bestimmen. Diese Fähigkeit entspringt aber aus der nicht weiter ableitbaren Überzeugung, dass wir verpflichtet sind, sie zu befolgen.“¹⁰⁴⁶

Harts *rule of recognition* ist eine soziale Regel (*secondary rule*) zur Erkennung von Rechtsnormen. Sie beinhaltet das Kriterium, wann ein System von Normen Geltung besitzt. Jede Regel, welche nicht vor der *rule of recognition* besteht, besitzt keine Geltung und ist dadurch keine Rechtsnorm. Geltung ist die Voraussetzung für die Existenz als Rechtsnorm. Harts Schüler Joseph Raz folgt ihm in diesem Punkt und fasst prägnant zusammen:

„Rules [...] are things the content of which is described by some normative statements and such statements are true if the rules exist, i.e. are valid, and not true if the rules do not exist, i.e. are not valid. Hence our original observation that an invalid rule is not a rule: A non-existent stone is not a stone, though we can talk about such stones and describe some of their properties as we can do about invalid rules.“¹⁰⁴⁷

Bei dieser Ansicht tritt klar der ontologische Charakter dieser Ansichten hervor. Eine Rechtsnorm existiert nur, wenn sie Rechtsgeltung hat. Auch wenn man Anerkennung nicht als konstitutiven Bestandteil des Rechtsbegriffs sieht, führt ein Anerkennungsverlust doch mindestens zu massiven praktischen Problemen in der Durchsetzbarkeit. Die Positionen erkennen also alle an, dass Anerkennung ein zentrales (wenn auch nicht zwingend

1045 Mehr zu Jhering ab Seite 61.

1046 Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 333.

1047 Raz, The Concept of a Legal System, 339; Hervorhebung nicht im Original.

konstituierendes) Merkmal des Rechts ist. Daher ist der Streit hier nicht zu entscheiden.¹⁰⁴⁸

Die Nähe bzw. Distanz von Recht und sozialer Praxis ist, was bei diesem Begriff im Zentrum steht. Dieses ist theoretisch relevant, weil es einen Konflikt von zwei Bezugswelten des Rechts gibt. Praktisch ist der Begriff relevant, weil er mögliche Probleme bei der Anerkennung des Rechts beschreiben kann.

Der dritte Einwand enthält zwei Prämissen: Erstes, dass der Theorietansatz praktisch nur schwer umsetzbar und daher zu verwerfen sei. Zweitens, dass eine Anknüpfung an die Sprache leichter sei.¹⁰⁴⁹ Gegen die erste Prämisse sei eingewandt, dass die Anwendbarkeit einer Theorie in Bezug auf die erstrebte Erkenntniserweiterung keine Rolle spielt. Die zweite ist wesentlich substantieller: Nicht nur ist das Recht leichter als Text begreifbar,¹⁰⁵⁰ sondern es ließe sich viel leichter von einer Verschiedenheit des Begriffs (*terms*) in der Alltagssprache und der juristischen Fachsprache sprechen. Dies berücksichtigt jedoch nicht, dass wir uns oft nicht bewusst sind, wie wir Begriffe überhaupt verwenden. Die Bedeutung einer Institution ergibt sich nicht ausschließlich daraus, wie wir sie in der Sprache verwenden. Es kommt ebenso darauf an, wie wir handeln. Ihr faktischer Einfluss auf unser Handeln ist noch entscheidender als die Sprache, welche immer Ausdruck, Spiegel unserer faktischen Handlungen ist. Daher wurde hier ein handlungsorientierter Ansatz gewählt.

Der letzte Einwand betrifft die Frage, wie groß die Abweichung der sozialen Institution vom rechtlichen Institut sein muss, um das letztere als fiktiv bezeichnen zu können. Wie bei den fiktiven Annahmen, bei denen stets eine Artifizialität und den Maßstabsfiguren, bei welchen die Personifikation notwendig ist, ist auch bei den fiktiven Instituten nicht jede kleine Abweichung ausreichend. Es fehlte sonst an der künstlichen Erscheinung der Abweichung. Dies wäre auch deswegen unpraktisch, weil sonst jede noch so kleine Entwicklung im Recht, welche nicht durch gesellschaftliche Praxis gedeckt ist, sofort zu einer Fiktivität des rechtlichen Instituts führen würde, die aber gar keine Spannung in der sozialen Realität erzeugt. Daher ist eine Wesentlichkeit der Abweichung notwendig.

1048 Näher dazu: *Kirste*, Rechtsbegriff und Rechtsgeltung, in: Quante (Hrsg.): *Geschichte – Gesellschaft – Geltung*, 659–682.

1049 Dieses Argument ließe sich selbstverständlich noch genauer aufschlüsseln, was für die hier verfolgten Zwecke jedoch nicht notwendig ist.

1050 Solch ein Ansatz wird beispielsweise gewählt von *Schauer*, *Legal Fictions* Revisited, 113–130.

2. Praktische Rechtfertigung

Ein Begriff muss sich jedoch nicht nur theoretisch bewähren, sondern auch praktisch. Dies ist der Fall, wenn er relevante Probleme lösen kann. Im Folgenden sollen Grenzfälle gestreift werden, von denen es im Recht viele gibt: Von bankrotten Schiffen, die Straftaten begehen können, über Tiere, bis hin zu Robotern. Die Beispiele kommen vor allem aus dem Bereich Rechtspersönlichkeit, welcher hier an das Konzept der Persönlichkeit als sozialer Institution angelehnt gesehen wird.

Der Streit um die juristische Person gehört wohl zu den bekanntesten Debatten des 19. Jahrhunderts. Dass eine nicht natürliche Person durch die Anerkennung des Rechts Träger von Rechtspflichten und -rechten werden kann, ist heute gelebte Praxis. Im 19. Jahrhundert war dies jedoch noch höchst umstritten und bei weitem nicht Teil der Praxis. Die bekannte Debatte muss hier nicht im Detail ausgebreitet werden: Auf der einen Seite steht die von Savigny vertretene Fiktionstheorie. Er löst den Personenbegriff von seinem empirischen Substrat und konstruiert einen abstrakten Rechtsbegriff der Person. Dieser kann nun, losgelöst von der Empirie, auch Konstruktionen erfassen, welche der ursprüngliche empirische Personenbegriff nicht zu erfassen vermochte: Die Grundlage für die juristische Person ist geschaffen. Die juristische Person ist also eine Zurechnungskonstruktion des Rechts.¹⁰⁵¹ Dem steht die herrschende Theorie der realen Verbandspersönlichkeit entgegen: Demnach sind Verbände reale Entitäten, eine „wirkliche, nicht bloß erdichtete Person“¹⁰⁵². Egal welcher Theorie man sich anschließt, muss man zunächst zugestehen, dass es im 19. Jahrhundert nicht üblich war, einen Zusammenschluss von Menschen oder ein Vermögen als Person zu behandeln. Daher muss mit dem hier vertretenen Fiktionsbegriff die geschaffene Institution der juristischen Person zum Schaffenszeitpunkt als fiktiv bezeichnet werden. Heutzutage ist dies nicht mehr der Fall – juristische Personen werden auch in einem erweiterten Sinne als Personen behandelt. Der Begriff der Person (nicht der des Menschen)¹⁰⁵³ im allgemeinen Sprachgebrauch hat sich durch die Verwendung im Recht erweitert.

1051 Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, § 60.

1052 Gierke, Allgemeiner Teil und Personenrecht, 470.

1053 Als Mensch bzw. homo wurden im römischen und im kanonischen Recht Rechtsfähige bezeichnet, die kein Rechtssubjekt waren, d.h. nicht als Person im Sinne des Rechts anerkannt wurden. Vgl. hierzu Kirste, Die beiden Seiten der Maske, 354.

Es ist ein dem Recht kein unbekannter Vorgang, dass unbelebte Phänomene der Natur wie heilige Stätten, Flüsse oder Berge, als Personen im Sinne des Rechts betrachtet werden. Die Gründe dafür variieren. Diese Praxis erlebt aktuell erhöhten Zuspruch aus Gründen des Umweltschutzes. Als Beispiel soll hier die Anerkennung des Flusses Whanganui in Neuseeland als Rechtsperson dienen.

Legal status of Te Awa Tupua¹⁰⁵⁴

Art. 14 Te Awa Tupua declared to be legal person.

(1) Te Awa Tupua is a legal person and has all the rights, powers, duties, and liabilities of a legal person.

(2) The rights, powers, and duties of Te Awa Tupua must be exercised or performed, and responsibility for its liabilities must be taken, by Te Pou Tupua on behalf of, and in the name of, Te Awa Tupua, in the manner provided for in this Part and in Ruruku Whakatupua-Te Mana o Te Awa Tupua.

Durch ein Initiativrecht der Minderheit der Maori verabschiedete das neuseeländische Parlament im März 2017, den Whanganui River als Rechtsperson anzuerkennen. Interessant daran ist vor allem die Begründung, in welcher es heißt, dass der Fluss schon immer ein Gesicht gehabt habe – nun würde er endlich ein rechtliches Gesicht erhalten. Erstaunlich ist dabei, dass es im Gesetz heißt, dass der Fluss Rechte und auch Pflichten habe. Die Parallelität mit Menschen, welche metaphorisch hergestellt wird, ist das Hauptargument. Dies ist aus der Sicht der Maori, wie sie angeben, unproblematisch. Für mitteleuropäische Ansichten ist dies jedoch eher gewöhnungsbedürftig. Das Konzept des Rechtssubjekts baut als wesentlicher Säule neben der Rechtsfähigkeit auf die Handlungsfähigkeit auf. Als Ausnahme wird dem Embryo in § 22 ABGB Rechte zugesprochen. Da Rechte nicht zwingend mit Pflichten einhergehen ist dies unproblematisch, muss er diese Rechte doch nicht wahrnehmen. Das bedeutet, dass die Handlungsfähigkeit, die Wahrnehmung der Rechte, ersetzt werden kann durch einen Dritten. Anders verhalte es sich bei Pflichten: Diese erlegen eine direkte Handlungspflicht auf, welcher nicht nachgekommen werden kann. Da es jedoch keine Handlungsfähigkeit des Rechtsfähigen gibt, können ihm auch keine Pflichten auferlegt werden. Insofern könnte man Embryonen, Tieren und Flüssen unproblematisch Rechte zusprechen. Dagegen kann vorgebracht werden, dass diese nicht frei wären. Versteht man Recht

1054 Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Bill, 15.

als Ausdruck und Bedingung der Möglichkeit von Freiheit,¹⁰⁵⁵ so müsste jedes Rechtssubjekt mindestens potentiell freiheitsfähig sein.¹⁰⁵⁶ Embryonen scheinen potentiell freiheitsfähig zu sein, Tiere und Flüsse hingegen nicht.¹⁰⁵⁷

Dagegen spricht, dass auch Schwerstbehinderte nicht in der Lage sind, auch nicht potentiell („noch nicht, vorübergehend nicht oder nicht mehr“¹⁰⁵⁸), von ihren Rechten Gebrauch zu machen.¹⁰⁵⁹ Hier wird ein Potential bei verändertem Erbgut hinzugedacht. Wenn man das bei Menschenaffen hinzudenkt, deren Erbgut sich kaum von dem des Menschen unterscheidet, sind diese auch als potentiell freiheitsfähig einzustufen. Kommt es auf die Grade der Unterschiedlichkeit von Erbgut an?

Gegen die Anwendbarkeit auf den Embryo spricht, dass hier ein Potential auf zeitlicher Ebene hinzugedacht wird. Denkt man dies weiter, so bilden die o.g. Affen vielleicht in längerer Sicht auch derartige Fähigkeiten aus, dass sie freiheitsfähig werden. Ist das Potential also beschränkt auf ein zeitliches Potential in einer gewissen Reichweite, d.h. die potentielle Entwicklung innerhalb von z.B. eines durchschnittlichen Menschenlebens?

Steht hinter dem Kriterium der Freiheitsfähigkeit doch ein Gattungsansatz, weil *homo sapiens sapiens* per se die Möglichkeit von Freiheit zugesprochen wird? Oder ein *capabilities approach*, welcher ein Minimalmaß an Ausdruck *menschlicher* Fähigkeiten voraussetzt?¹⁰⁶⁰ Recht ist stets Produkt menschlichen Handelns und jede durch es geschaffene rechtliche Freiheit dient dem Frieden und der Absicherung zwischen Menschen. Die Einbeziehung von Tieren oder Sachen und die Verleihung von Rechten ist allein Ausdruck ihrer Freiheit. Insofern muss man zum Schluss kommen, dass Tieren oder Sachen nur Rechte verliehen werden sollten, wenn das Maß an Schutz nicht mehr durch rechtliche Schutzvorschriften (d.h. Pflichten für andere Rechtssubjekte) möglich ist. Solange beim Fluss Umweltschutzvorschriften möglich sind, sind diese unbedingt vorzuziehen. Zudem muss beachtet werden, dass die begrifflichen Grenzen der „Person“ bei Sachen oder nicht hochentwickelten Tieren überdehnt werden. Hier stellt sich das oben angeführte Problem, dass das Recht an Anerkennung verliert.

1055 *Kirste*, Die beiden Seiten der Maske, 367.

1056 *Ibid.*, 369.

1057 Ohne Berücksichtigung der Flüsse: *Ibid.*, 369 f.

1058 *Ibid.*, 370.

1059 Vgl. hierzu insbesondere *Nussbaum*, Die Grenzen der Gerechtigkeit, 32 f., 218 ff.

1060 So z.B. *Ibid.*, 253 f.

Diese Argumentation, wie das Recht sein sollte, schränkt den Gesetzgeber jedoch nicht ein. Er kann, da die Handlungen zur Wahrnehmung von Rechten ersetzbar sind, jedes Konstrukt, solange es eine gewisse Einheitlichkeit aufweist,¹⁰⁶¹ mit Rechten versehen. Diese Rechte für Sachen widerspricht jedoch grundlegenden Rechtsannahmen, weshalb sie unbedingt zu vermeiden sind.

Ebenso ist der Gesetzgeber grundsätzlich frei, einem Tier oder einer Sache Pflichten aufzuerlegen, wie es in der o.g. Norm getan wird. Dies erinnert an mittelalterliche Tierprozesse, bei denen im Sachsenspiegel beispielsweise Tiere, welche bei einer Vergewaltigung anwesend waren, zu töten waren, weil sie sich einer unterlassenen Hilfeleistung schuldig gemacht hätten.¹⁰⁶² Diese mittelalterlichen Vorstellungen gelten heutzutage jedoch als überwunden: Können ein Tier und erst Recht ein Fluss doch keinen rechtserheblichen Willen bilden, welcher die Voraussetzung für eine Handlungsfähigkeit ist. Es mag noch angehen einen Fluss zu verpflichten, in die Richtung zu fließen, in die er fließt.¹⁰⁶³ Aber das ist weder sinnvolles Recht noch könnte es einen anderen Umfang haben als die Eigenschaften, die das konkrete Objekt sowieso schon besitzt. Daher ist die Auferlegung von Pflichten unbedingt zu vermeiden, wenn dies auch nicht aus rechtstheoretischen Gründen verboten werden kann.¹⁰⁶⁴

1061 *Kirste*, Die beiden Seiten der Maske, 350 f.

1062 *Koebler*, Bilder aus der deutschen Rechtsgeschichte, 219.

1063 *Exupery*, Der kleine Prinz, Kapitel 10: „Wir müssen von jedem fordern, was er leisten kann“, sagte der König. „Autorität beruht in erster Linie auf der Vernunft. Wenn du deinen Leuten befiehst, sich ins Meer zu stürzen, werden sie sich auflehnen. Ich habe das Recht, Gehorsam zu fordern, weil meine Befehle vernünftig sind.“ „Was wird also mit meinem Sonnenuntergang?“, erinnerte der kleine Prinz, der niemals eine Frage vergaß, wenn er sie einmal gefragt hatte. „Du sollst deinen Sonnenuntergang haben. Ich werde ihn gebieten. Aber ich werde in meiner Gelehrsamkeit als Herrscher warten, bis die Voraussetzungen hierfür günstig sind.“ Wann wird dies der Fall sein?, wollte der kleine Prinz wissen. „Hem! Hem!“, antwortete der König und studierte dabei einen großen Kalender. „Hem! Hem! Das wird sein ... etwa ... es wird heute Abend etwa zwanzig vor acht sein! Dann kannst du sehen, wie mir gehorcht wird.“

1064 Obwohl noch lange nicht der aktuelle Stand der Technik, wird der Status humanoider Roboter intensiv diskutiert: Sollte einem Roboter, der alles so gut kann wie ein Mensch, Rechtspersönlichkeit zugesprochen werden? Man könnte annehmen, dass einem Roboter *per definitionem* keine Menschenrechte zustehen sollten. Schließt man sich dieser weit vertretenen Ansicht an, kann man aber immer noch argumentieren, dass diese Roboter Rechtspersonen mit schwach ausgestalteten Rechten (Vgl. zum Begriff der Rechtsperson *Kirste*, Die beide Seiten der Maske, 353) sein könnten: Man könnte sie einerseits den juris-

3. Diskussion

Die Debatte zeigt, dass eine Weiterentwicklung des Instituts der Rechtspersönlichkeit noch lange nicht abgeschlossen ist. Während die erste Erweiterung heutzutage flächendeckend anerkannt und in die soziale Wirklichkeit integriert ist, ist dies bei der Entwicklung der Anerkennung von Naturphänomenen und heiligen Stätten nur teilweise der Fall. Der nächstmöglichen Weiterentwicklung, der Anerkennung von Robotern als rechtsfähig, steht wohl die große Mehrheit skeptisch gegenüber. Die Fiktivität des Instituts der Rechtspersönlichkeit, wie „fremd“ uns im täglichen Handeln die Institute des Rechts sind, wird auf die Dauer vom Recht beeinflusst. Recht kann durch die fiktive Ausgestaltung von Instituten in einem gewissen Maß Einfluss auf die soziale Wirklichkeit nehmen. Einerseits kann man dadurch einen Fortschritt einleiten, andererseits kann das Recht aber auch einen Rückschritt wettmachen, wenn es abgehängt wurde.

Aus der anderen Perspektive sind all diese Entwicklungen aber stets von einem gewissen unsichtbaren Rahmen begrenzt, da das Recht ohne Anerkennung dauerhaft betrachtet seinen Einfluss auf die soziale Wirklichkeit verliert.

tischen Personen zuordnen. Andererseits könnte man einen neuen rechtlichen Status neben der natürlichen und der juristischen Person schaffen; in der Diskussion wird immer wieder eine „electronic personhood“ (So etwa: Committee on Legal Affairs der EU, www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML%2BCOMPARL%2BPE-582.443%2B01%2BDOC%2BPDF%2BV0//EN (29.03.2020)) genannt. Gegen einen rechtlichen Status argumentiert beispielsweise Nathalie Navejans: “By adopting legal personhood, we are going to erase the responsibility of manufacturers.” (www.politico.eu/article/europe-divided-over-robot-ai-artificial-intelligence-personhood/ (29.03.2020)) Zudem sei das Recht durchaus in der Lage, sich komplexen neuen technischen Entwicklungen anzupassen, ohne direkt eine neue Art der Rechtspersönlichkeit zu entwickeln. Entgegengehalten wird dem, dass Roboter autonome Entscheidungen treffen können, deren Algorithmen oft nicht mehr nachvollziehbar sind bzw. sein werden.

Die komplexe Diskussion soll hier nur angedeutet sein. Worauf soll es ankommen, wenn es um die Rechtsfähigkeit geht, welche Voraussetzung den Status als Rechtssubjekt ist? Die Freiheitsfähigkeit, die rechtliche Verfasstheit, die Gattung oder die Fähigkeiten? Das Kriterium hier herauszuarbeiten ist weder Zweck der Arbeit noch dieses Kapitels. Der Anriss der Diskussion dient aber der Verdeutlichung, dass zu unterschiedlichen Zeiten und in anderen Kulturen das Verständnis dessen, was fiktiv ist und was nicht, anders sein kann. Denn Fiktivität ist immer Ausdruck eines Verhältnisses vom Recht und Gesellschaft.

V. Ergebnis

Der hier vorgestellte deskriptive Fiktionsbegriff, welcher sich auf rechtliche Institute bezieht, erwächst aus der Spannung von rechtlichem und gesellschaftlichem Fortschritt. Er nimmt die soziale Wirklichkeit als Grundlage und vergleicht diese mit dem Recht. Dabei wird zuerkannt, dass Fiktivität, die Inkongruenz von sozialen Institutionen und rechtlichen Instituten, veränderlich ist. Zum einen aus der Perspektive, dass es zur gleichen Zeit auf der Welt unterschiedliche kulturelle Praktiken gibt. Und zum anderen, dass sich die Praktiken über die Zeit verändern können. Die Fiktivität eines rechtlichen Instituts erwächst aus dem Rückschritt oder Fortschritt des Rechts gegenüber der Gesellschaft und geht zu Grunde, wenn diese wieder einander entsprechen.

Sechster Teil: Bewertung

„Die speziellen Methoden, Umwege, Fusswege, welche das Denken einschlägt, wenn es auf der Linie des direkten Denkens nicht mehr fortkommen kann – Fusswege, die recht oft durch dorniges Gestrüpp führen, wodurch sich aber das logische Denken nicht aufhalten lässt, selbst wenn es von seiner logischen Reinheit und Unbeflecktheit etwas einbüsst –, sind sehr mannigfacher Natur und die Auseinanderlegung derselben ist eben unsere Aufgabe.“¹⁰⁶⁵

Warum wählt man beim Bergsteigen nie die Direttissima? Weil sie in der Regel nicht die schnellste Route ist, meist zu den schwierigsten Routen zählt und als solche stets den erfahrensten Bergsteigern vorbehalten bleibt. Hans Kelsen wählte einen Bergsteiger als Metapher für den nach Erkenntnis strebenden Rechtswissenschaftler. Manchmal müsse das Denken Umwege nehmen. Fiktionen in der Wissenschaft seien dabei nicht mehr als ein solcher Umweg. Besieht man sich mit Kelsen die erkenntnistheoretischen Fiktionen, so mag dies zutreffen. Zum Beispiel die Annahme, dass ein Vieleck mit unendlich vielen Ecken ein Kreis sei, mit deren Hilfe sich die Fläche eines Kreises bestimmen lässt. Doch warum sollte man eine schlichte Rechtsfolgenverweisung hinter einer Vorstellung verstecken, dass ein ungeborenes Kind als geboren gelte, wenn eine Ausnahme oder eine Neudefinition dasselbe Ergebnis hervorbringen würden?

Das frühere Ziel, den Berg entlang einer Route zu erklimmen, die dem eines vom Gipfel fallenden Wassertropfens entspricht, ist heutzutage ins Hintertreffen geraten. Viel wichtiger ist die Art und Weise des Kletterns bzw. Bergsteigens geworden: Reinhold Messner propagierte öffentlichkeitswirksam das Bergsteigen egal an welchem Berg im Alpinstil – *by fair means* – ohne zusätzliche Hilfsmittel wie Fixseile, Sauerstoffflaschen etc., wie sie bis dahin im Expeditionsstil üblich waren. Man will, nicht nur im Bergsteigen, zurück zur Ehrlichkeit und Wahrheit. Ohne künstlichen Sauerstoff, ohne postfaktische Aussagen, ohne künstliche Annahmen, die in sich widersprüchlich und unnötig kompliziert erscheinen. Der Trend steht gegen Fiktionen.

1065 Vaihinger, Die Philosophie des Als Ob, 17.

An erbitterten Gegnern hat es den Fiktionen noch nie gemangelt: Angefangen bei Platon, über Bentham, bis in die heutige Zeit wird Fiktionen regelmäßig der Krieg erklärt. Auch Kelsen, der am Ende seines Schaffens das Herzstück seiner Theorie, die Grundnorm, zur wertvollen Fiktion erklärte, schrieb noch am Anfang:

„Der Kampf gegen die Fiktion, diese verwerfliche Notlüge der Wissenschaft, ist eines der Ziele meiner Arbeit.“¹⁰⁶⁶

Doch diese pauschalen Urteile sind unangebracht. Josef Esser, der sich hauptsächlich mit der Evaluation der Fiktionen im *Civil Law* auseinandergesetzt hat, beantwortet die Frage wie folgt:

„Völlig zu verwerfen, weil von mangelhafter inhaltlicher Unterscheidung [...] ausgehend, sind die summarisch den Wert ‚der‘ Fiktion bejahenden oder verneinenden Urteile.“¹⁰⁶⁷

Zu selbigem Ergebnis kommt für das *Common Law* auch Lon Fuller:¹⁰⁶⁸

„The solution lies between the extremes. Some fictions should be rejected; some should be redefined. Redefinition is proper where it results in the creation of a useful concept – where the dead (redefined) fiction fills a real linguistic need. [...] But what are ‚useful concepts‘?“¹⁰⁶⁹

Dem ist zuzustimmen und all die berühmt gewordenen Argumente dem auf sie bezogenen Fiktionstypus zuzuordnen. Da die Spanne der Bewertungen von „methodenunehrliche[n]“¹⁰⁷⁰ „Vogelscheuchen“¹⁰⁷¹, denen jede „Daseinsberechtigung“¹⁰⁷² abgesprochen werden muss, bis im höchsten Maße nützlich für das Recht reicht, ist es interessant zu sehen, welche Kritik sich überhaupt auf den gleichen Typus von Fiktionen bezieht. Anschließend soll diskutiert werden, in welchen Grenzen die einzelnen Fiktionstypen zulässig, d.h. als wertvoll einzustufen, sind.¹⁰⁷³

1066 Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 56.

1067 Esser, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen², 199.

1068 Mehr zu Fuller ab Seite 121.

1069 Fuller, Legal Fictions, 22.

1070 (Dt.) Bundestagsdrucksache 14/6040, 143 (2. Spalte, Ende des zweiten Absatzes).

1071 Brinz, Vorrede zu den Pandekten, XI.

1072 Esser, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen², 204 (Esser bezieht sich hier auf einen speziellen Fiktionstypen).

1073 Boerma nennt dies den Gültigkeitsbereich.

A. Fiktionen zur Rechtsfortbildung – Vor- und Nachteile

I. Klassische Art der Rechtsfortbildung/Lange Bewährung

Der älteste Fiktionstypus ist der der rechtsfortbildenden Fiktionen. Durch diese, vom Richter bzw. Prätor eingeführten Fiktionen, kann starres, unflexibles Recht auf neue Herausforderungen durch die Praxis reagieren.¹⁰⁷⁴ Gerade bei so starrem Recht wie dem antiken römischen Recht, als die allgemeine Regelung der sozialen Realität die autoritäre Einzelfallentscheidung langsam ablöste, war diese Art der Rechtsfortbildung hilfreich.

„We must [...] not suffer ourselves to be affected by the ridicule which Bentham pours on legal fictions wherever he meets them. To revile them as merely fraudulent is to betray ignorance of their peculiar office in the historical development of law.“¹⁰⁷⁵

Gegen die starke Ablehnung von Fiktionen durch beispielsweise Bentham¹⁰⁷⁶ und eine Reduktion der historischen Bedeutung auf das römische Recht allein durch Maine¹⁰⁷⁷ argumentiert Mitchell, dass England verloren gewesen wäre, wenn es sich stets nur auf die Legislative verlassen hätte.¹⁰⁷⁸ Auch in England hätte es eine Zeit gegeben, in der die Fiktionen eine historische Funktion erfüllten. Diese Zeit wäre am Ende des 19. Jahrhunderts aber abgelaufen.

Darüberhinausgehend argumentiert Jhering, dass es Fiktionen zu jeder Zeit der Rechtsentwicklung geben könne. Die Funktion ende weder beim römischen Recht noch im *Common Law* des 19. Jahrhunderts:

„Es ist daher nicht Zufall, sondern ein richtiger Instinkt, der die Wissenschaft in ihrer Jugendperiode zu dieser Krücke greifen heißt, und auch hier kann wiederum das Beispiel des englischen Rechts, das von diesem Mittel die ausgedehnteste Verwendung gemacht hat, uns belehren, daß wir es nicht mit einer specifisch römischen, sondern mit einer Einrichtung zu thun haben, die auf einer gewissen Stufe der geistigen Entwicklung mit innerer Nothwendigkeit zu Tage getrieben wird.“¹⁰⁷⁹

1074 Mehr zu den Entwicklungen im römischen Recht ab Seite 30.

1075 Maine, *Ancient Law*, 22.

1076 Zu Bentham ab Seite 107.

1077 Zu Maine ab Seite 114.

1078 Mitchell, *The Fictions of the Law*, 264.

1079 Jhering, *Geist des römischen Rechts*, 288. Mehr zu Jhering ab Seite 61.

Die Bedeutung ergibt sich somit zum einen aus der historischen Funktion für sehr starre Rechtssysteme.

II. Erprobung neuer Rechtssätze

Zum anderen, neben der historischen Perspektive, ergibt sich die Bedeutung der Fiktion aus ihrer Fähigkeit bei sehr starker Bindung an vorherige Urteile Einzelfallausnahmen einzuführen. Und im *Common Law*, in welchem durch den *precedent*-Grundsatz Urteile eine sehr starke Bindungswirkung entfalten, können Fiktionen eben diese Einzelfallentscheidungen rechtfertigen. Dadurch wäre ein Test neuer Regeln, ein Mittelweg zwischen Rechtssicherheit und nötigem Wandel möglich.

„[F]ictions are not signs of the immaturity of a system [...] but instead dynamic resources that allow courts, over time, to balance flexibility and responsiveness with stability and predictability. That balancing, of course, can be done well or badly [...].“¹⁰⁸⁰

Auch Jherings oben zitierte Position verweist darauf, dass Fiktionen zu jeder Zeit eine rechtstheoretische Bedeutung haben können. Dass es nicht von der Reife eines Systems abhängt, ob es Fiktionen beinhaltet oder nicht.

Die Bedeutung der Fiktionen ergibt sich also aus dem Aufbrechen harter Strukturen, liegen diese nun im Bereich der Gesetzgebung oder der starken Bindung an vorhergehende Urteile.

III. Überholtes historisches Mittel zur Rechtsfortbildung?

Ob Fiktionen nun wie bei Bentham verdammt oder wie bei Maine doch sehr geschätzt werden in ihrer historischen Bedeutung, so sind sie sich mit

1080 *Del Mar*, Introduction, Legal Fictions in Theory and Practice, xxv. Mehr zu Del Mar bei Seite 129.

vielen anderen, in einem Punkt einig: Die Zeit der rechtsfortbildenden Fiktionen sei abgelaufen.¹⁰⁸¹

„They have had their day, but it has long since gone by.“¹⁰⁸²

Selbst Justinian übernahm die *formulae fictiae* im 6. Jhd. n.Chr. schon nicht von den Institutionen des Gaius in die Institutionen des Corpus Iuris Civilis, weil er sie für veraltet hielt. Dahinter steht der Gedanke, dass das Recht die in Fiktionen getesteten Rechtsregeln mit seiner Reifung entweder in das Recht komplett implementieren oder verwerfen werde. Fiktionen sind für sie ein Zeichen des Übergangs, ein Provisorium, welches zu Beginn hilfreich ist, mit der Reife aber überflüssig wird. Das Ideal ist die Kodifizierung und eine damit einhergehende Harmonisierung des Rechts. Wenn alle möglichen Fälle erfasst werden, bedürfe es auch keiner Weiterentwicklung mehr. Fiktionen werden zum Symbol des Unfertigen. Das größtenteils fallbasierte *Common Law*-System wird bei Maine nicht als solches geschätzt, sondern sei nur als Übergang akzeptiert hin zu einem auf Kodizes basierenden Rechtssystem. Tatsächlich kommt es im US-amerikanischen Recht seit die Positivierung zunimmt wohl zu einer Abnahme der Fiktionen:

„The positivization of law, and a revolution against common law formalism, has erased many of the most egregious fictions of the common law.“¹⁰⁸³

Das Symbol der Unfertigkeit sieht auch Jhering, welcher sich auf die wissenschaftlichen Fiktionen bezieht:

„Selbst wenn die Wissenschaft die Kinderschuhe ausgetreten hat, und die tausendjährige Uebung des Denkens in ihr endlich jene Sicherheit und Fertigkeit des abstracten Denkens gezeitigt hat, die erforderlich ist, um die theoretischen Grundlagen einer Lehre neu zu gestalten, kann immerhin doch als erster Ansatz zur Bewältigung eines völlig neuen Gedankens — im theoretischen Nothstand — die Fiction eine gewisse Berechtigung haben. Besser Ordnung mit Fiction, als Unordnung ohne Fiction! Jede Fiction jedoch dient der Wissenschaft zu-

1081 Es gibt hier noch einen feinen Unterschied: Maine sieht in der Mitte des 19. Jhds die Bedeutung nach dem klassischen römischen Recht als abgelaufen an, Mitchell (Ende 19. Jhd.) sieht eine solche Bedeutung aber noch für das englische Recht im frühen Stadium.

1082 *Maine*, *Ancient Law*, 22.

1083 *Smith*, *New Legal Fictions*, 1470/187.

gleich als Aufforderung sich ihrer bald möglichst zu entledigen, denn mit jeder Fiction legt sie das Eingeständniß unvollkommener Lösung des Problems ab.“¹⁰⁸⁴

Dem Einwand der rein historischen Bedeutung würde dann greifen, wenn die Fiktionen keinerlei anderen Zweck als das Aufbrechen unflexibler Rechtssysteme hätten. Da es jedoch kein Recht geben kann, welches jeden heute und zukünftig möglichen Fall umfasst, ist auch die Verdammung von Fiktionen als Zeichen der Unreife abzulehnen. Solange es kein perfektes, ideales, zeitloses Rechtssystem gibt, hat Rechtsfortbildung eine Bedeutung. Und damit auch die Fiktionen in ihrer Rolle als Mittel der Rechtsfortbildung. Esser summiert, dass Fiktionen „wohl nicht das stärkste, aber das klassische, sozusagen legalste Mittel“¹⁰⁸⁵ der Rechtsanpassung seien.

IV. Verdeckung, Täuschung, Betrug, Lüge

Lautstark werden Fiktionen in der Regel dafür kritisiert, dass sie Betrug oder Lügen im Recht seien:¹⁰⁸⁶

„What you have been doing by the fiction – could you, or could you not, have done it without the fiction? If not, your fiction is a wicked lie: if yes, a foolish one. Such is the dilemma. Lawyer! escape from it if you can.“¹⁰⁸⁷

Dies wird zum Beispiel daraus gefolgert, dass durch die Setzung eines Merkmals eines Anspruchs als gegeben eine neue Rechtsregel geschaffen und angewendet wird. Dabei erscheint es auf den ersten Blick aber so, als ob der alte Rechtssatz noch aufrecht erhalten bliebe. Fritz Pringsheim kritisierte diesen Fiktionstypus deswegen als „Ausweg der Praxis“, welche den „Richter hinters Licht“¹⁰⁸⁸ führt. Weitere Kritik aus dieser Richtung kommt insbesondere aus dem *Civil Law* Bereich:

1084 Jhering, Rudolf, Geist des römischen Rechts, 288.

1085 Esser, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen², 206.

1086 Siehe zu Verdeckung und Lüge siehe ab S. 202, 237.

1087 Ogden, Bentham's Theory of Fictions, 141.

1088 Pringsheim, Symbol und Fiktion in antiken Rechten, 215.

Larenz: „Die Fiktion verdeckt hier die maßgeblichen Entscheidungsgründe; sie setzt die Begründungen [die Begründung eines Gerichtsurteils, Anm. KA] zu einer Scheinbegründung herab.“¹⁰⁸⁹

Esser: „Scheingeschäft und Fiktion sind die klassischen Werkzeuge einer Rechtsfortbildung, die sich aus theoretischer Schwäche, dogmatischer Bindung, starrem Konservatismus oder politischen Bedenken nicht getraut, die zu ändernden Rechtssätze und -vorstellungen auch der Form nach richtigzustellen [...].“¹⁰⁹⁰

Maine: „The fact is in both cases [sowohl bei Fiktionen im englischen Case-Law als auch bei solchen im römischen Recht, Anm. KA] that the law has been wholly changed; the fiction is that it remains what it always was.“¹⁰⁹¹

Diese Einwände setzen aber voraus, dass der Leser getäuscht werden kann. Die rechtsfortbildenden Fiktionen sind jedoch immer erkennbar.¹⁰⁹² Und wie könnte ein Jurist bei einer sprachlichen Kennzeichnung solcher Fiktionen getäuscht werden? Die sprachliche Kennzeichnung, in der welcher die Artifizialität zum Ausdruck kommt, ist das, was den Widerspruch hervorruft.¹⁰⁹³ Dabei kann, wo eine Kennzeichnung und ein gebildeter Leser aufeinandertreffen, gar keine Täuschung entstehen. Daher kommt Blackstone auch zu dem Schluss, dass Fiktionen „highly beneficial and useful“¹⁰⁹⁴ seien.

V. Mehr Gerechtigkeit (i.S.v. Equity)

Fester Grundsatz im römischen Recht als auch im *Common Law* ist es, dass Rechtsfortbildung durch Fiktionen nur zur Schaffung von mehr Gerechtigkeit im Sinne von *aequitas* bzw. *equity* geschehen darf. Darin sieht vor allem Blackstone den Berechtigungsgrund für rechtsfortbildende Fiktionen:

1089 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 253.

1090 Esser, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen (1969), 201.

1091 Maine, Ancient Law, 22.

1092 Bülow, Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten, AcP 1879, 7 f. Mehr zum Merkmal der Erkennbarkeit ab S. 240.

1093 Stern, Legal and Literary Fictions, 314.

1094 Blackstone, Commentaries on the Laws of England, 28 (Book III, Chap. IV).

„And these fictions of law, though at first they may startle the student, he will find upon further consideration to be highly beneficial and useful; especially as this maxim is ever invariably observed, that no fiction shall extend to work an injury; its proper operation being to prevent a mischief, or remedy an inconvenience, that might result from the general rule of law. So true it is, that *in fictione juris semper subsistit aequitas*.“¹⁰⁹⁵

Es gibt aber auch andere Zwecke, zu denen diese Fiktionen eingesetzt wurden: Vornämlich zur Erweiterung der Zuständigkeit des eigenen Gerichts im englischen *Common Law*, vor allem vor 1591:¹⁰⁹⁶

„King’s Bench stole business from Common Pleas; Common Pleas stole it back again from King’s Bench. Falsehood, avowed falsehood, was their common instrument.“¹⁰⁹⁷

VI. Gesetzgebung durch den Richter

Ein weiterer Zweck, zu dem Fiktionen eingesetzt wurden und werden, ist „[n]othing more than a bare attempt at a judicial power grab.“¹⁰⁹⁸ Es geht um Fälle, bei denen sich Richter im Grenzbereich zwischen Rechtsfortbildung und Gesetzgebung bewegen.¹⁰⁹⁹ Diese Gefahr ist diejenige, die Benthams ganzen Zorn auf sich zieht:¹¹⁰⁰

„In English law, fiction is a syphilis, which runs in every vein, and carries into every part of the system the principle of rottenness.“

„It has never been employed but with a bad effect.“

„Fictions are falsehoods, and the judge who invents a fiction ought to be sent to jail.“

„Unlicensed thieves use pick-lock keys; liscensed thieves [technical lawyers, Anm. KA] use fictions.“

1095 Ibid., 42.

1096 Zum *Common Law* ab S. 105.

1097 *Ogden*, *Bentham’s Theory of Fictions*, 145.

1098 *Knauer*, *Legal Fictions and Juristic Truth*, in: *St. Thomas Law Review* 2010, 1–49 (15) (so nicht die Meinung Knauers, aber die ihrer Studenten).

1099 Natürlich kann man in jeder Rechtsfortbildung schon Gesetzgebung sehen; dies hängt allein von den Begrifflichkeiten ab. Worauf es allerdings ankommt, ist, ob der Richter innerhalb seiner Kompetenz handelt oder nicht. Dazu mehr in der Diskussion.

1100 Mehr zu Bentham ab Seite 107.

Bei der Übertragung von so viel Macht auf die Judikative liegt der Vorwurf nahe, dass diese das Recht zu leicht willkürlich manipulieren könne.¹¹⁰¹ Dadurch wird die Rechtssicherheit und die Stellung der Legislative geschwächt.

VII. Willkürlichkeit

Oft kritisiert wird die Ersetzung einer Begründung durch die Einführung einer Fiktion. Diese Kritik reicht vom römischen Recht bis ins 20. Jahrhundert. Im römischen Recht werde ein Tatbestand unterstellt „ohne dabei anzugeben, warum die Übertragung der Rechtsfolge auf den Ausgangsfall berechtigt ist.“¹¹⁰² Larenz kritisierte ebenso, dass „die angemessene Rechtsfolge“ oft versucht werde „statt durch die Berufung auf einen anerkannten allgemeinen Rechtsgedanken [...] im Wege der Fiktion [...] zu rechtfertigen“.¹¹⁰³

VIII. Missachtung von Begriffsgrenzen

Vereinzelt wird die Forderung erhoben, dass die Begriffsgrenzen bei rechtsfortbildenden Fiktionen gewahrt werden müssten.¹¹⁰⁴ Diesen Vorwurf macht Kelsen beispielsweise im Rahmen seiner Kritik an der juristischen Person. Dieses Beispiel trifft jedoch nicht auf die rechtsfortbildenden Fiktionen zu. Für diese ist die erkennbare Artifizialität aber gerade kennzeichnend. D.h. im Rahmen dieses Typus von Fiktionen müssen die Begriffsgrenzen nicht beachtet werden.

IX. Ergebnis

Was muss man beim Einsatz von rechtsfortbildenden Fiktionen beachten? Oder anders formuliert: Was sind die Fehler, die dazu führen, dass dieser Typus von Fiktion nicht mehr zu rechtfertigen ist?

1101 *Stern*, Legal and Literary Fictions, 322. *Harke*, Argumenta Iuventiana, 29.

1102 *Harke*, Argumenta Iuventiana, 29.

1103 *Larenz*, Deutsche Rechtserneuerung, 15.

1104 *Kelsen*, Zur Theorie juristischer Fiktionen, 644; Vgl. *Del Mar*, Legal Fictions in Theory and Practice, xxiv.

Mögliche Fehler beim Einsatz von rechtsfortbildenden Fiktionen umfassen:

1. Mittel zur Gesetzgebung durch den Richter
2. Keine sprachliche Kennzeichnung
3. Zu einem anderen Zweck als *equity*
4. Keine Anknüpfung an bereits bestehende Ansprüche
5. Möglichkeit der Universalisierung des Urteils mit Fiktion, als Grundanforderung an jede Entscheidung¹¹⁰⁵

Hier soll nicht diskutiert werden, ob ein kodifiziertes Rechtssystem einem fallbasierten vorzuziehen ist oder ob Richter die Macht zur Gesetzgebung haben sollten. Denn wenn Richter diese Macht zur Gesetzgebung im beschränkten Sinne zugesprochen bekommen haben, dann handeln sie beim Schaffen solcher Fiktionen im Rahmen ihrer Befugnisse.¹¹⁰⁶ Es sei dahingestellt, ob die Übertragung der Befugnisse auf demokratisch nur minder legitimierte Ämter aus demokratietheoretischen Erwägungen, sowie die Kumulation von legislativer und judikativer Macht in der Person des Richters wünschenswert ist. Was wichtig ist, ist dass die Richter tatsächlich für diese Art der Rechtsfortbildung ermächtigt wurden.

Damit es sich klar noch um Rechtsfortbildung und nicht um willkürliche Gesetzgebung aus Gerechtigkeitserwägungen handelt, muss an *bereits bestehende rechtliche Regelungen angeknüpft* und kein vollkommen neuer Anspruch geschaffen werden. Diese neue Regelung muss auch zumindest *potentiell universalisierbar*, d.h. mit den anderen Grundsätzen des Rechtssystems vereinbar sein, auch wenn sie zunächst nur für den Einzelfall wirkt. Der einzige Zweck, dem die Rechtsfortbildung dienen darf, ist der *Zweck des jeweiligen Rechtssystems*, was im *Common Law equity* ist.

1105 Vgl. *Del Mar*, Legal Fictions in Theory and Practice, xxv.

1106 Vergleiche hierzu die Argumentation Kelsens, welcher daraus schließt, dass man deswegen nicht von Fiktionen sprechen könnte. Fiktionalität hat jedoch nichts damit zu tun, ob sich der Autor im Rahmen seiner Befugnisse oder außerhalb bewegt.

B. Fiktionen zur Rechtsfolgenverweisung – Vor- und Nachteile

„In Rome-bred law [...] fiction is a wart, which here and there deforms the face of justice: in English law, fiction is a syphilis, which runs in every vein, and carries into every part of the system the principle of rottenness.“¹¹⁰⁷

Die Fiktionen zur Rechtsfolgenverweisung gibt es ebenfalls seit dem römischen Recht, höchstwahrscheinlich mit der *lex Cornelia* als erster Quelle.¹¹⁰⁸ Die Hauptargumente, die sich bei diesem Fiktionstypus gegenüberstellen, ist einerseits der bereits bekannte Vorwurf der Verdeckung bzw. Täuschung sowie der Vorwurf der unnötigen Erhöhung der Komplexität des Gesetzestextes.

I. Lange Bewährung

Beinah ebenso alt wie die rechtsfortbildenden Fiktionen und vom Corpus Iuris Civilis über den Sachsenspiegel in allen aktuellen Kodifikationen enthalten, haben sich die rechtsfolgenverweisenden Fiktionen bewährt.¹¹⁰⁹

„Das plumpe Mittel hat sich in langem, vielfältigen Gebrauch als ein sehr geschicktes, kurz und sicher zum Ziele führendes erprobt!“¹¹¹⁰

Doch die Zeitlosigkeit eines rechtstheoretischen Mittels ist noch kein Argument, wenn auch ein starkes Indiz, für seine Wertigkeit.

II. Ökonomischer Vorteil, Vereinfachung, Eleganz

Wie jede Rechtsfolgenverweisung hat auch die Fiktion einen „ökonomischen Vorteil“ gegenüber der Wiederholung von Rechtsfolgen. Inhalt dieses sog. ökonomischen Vorteils ist, dass man die Wiederholung der Rechtsfolgen, auf die man verweisen möchte, vermeiden kann durch eine rechtsfolgenverweisende Fiktion.¹¹¹¹ Man muss also nicht die gesamten rechtlich vorteilhaften Regelungen eines geborenen Kindes bei § 22 ABGB abdrucken.

1107 *Bentham*, The Works of Jeremy Bentham, 92.

1108 Mehr dazu auf S. 30.

1109 Für Beispiele aus den Kodifikationen siehe oben, zweiter Teil: Historische Grundlegung.

1110 *Bülow*, Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten, AcP 1879, 3.

1111 *Kerr*, Fictions and Deemings, in: Gray (Hrsg.), The Philosophy of Law: An Encyclopedia, 303.

cken, sondern kann sich durch ein „gilt als“ behelfen. Doch warum ist dies ein Vorteil? Dahinter steht die Wertung, dass ein kürzerer Gesetzestext besser ist als ein unnötig längerer, sowie dass elegante, abstraktere Gesetze besser sind als längere und einzelfallorientierte. Ein Gegenbeispiel hierzu ist das preußische ALR von 1794. Darin verzichtete man zur Erhöhung der Verständlichkeit auf jegliche ökonomischen Prinzipien, wodurch¹¹¹² ein Gesetzbuch mit über 19 000 Normen entstand. Die Verkürzung durch Fiktionen sorgt für eine erhöhte Übersichtlichkeit:

„Auch dem Richter kommt sie [die Fiktion, Anm. KA] zu Statten, weil das auf einen geringeren Umfang zusammengedrängte Gesetzeswerk an Uebersichtlichkeit gewinnt [...].“¹¹¹³

Eleganz bedeutet im philosophischen Sinne syntaktische Einfachheit, d.h. dass bei gleich vielen Hypothesen diejenige Theorie vorzuziehen sei, welche weniger komplexe Hypothesen enthält. Im Allgemeinen meint elegant die die Formvollendung einer Darstellung. Blickt man in die Geschichte, so gilt der Code Civil von 1804 als das schönste Gesetzbuch, von welchem sich selbst Literaten haben inspirieren lassen. In Brasilien wurde ein Entwurf eines Zivilgesetzbuchs sogar zurückgezogen, weil er als sprachlich wenig elegant eingeschätzt wurde. Dabei geht es bei Eleganz nur teilweise um Schönheit, im Fokus steht der ökonomische Gedanke.

III. Ungenauigkeit der Verweisungstechnik

Dieser Vorteil kann sich verflüchtigen, wenn das, worauf verwiesen werden soll, unpräzise ist, sodass der Interpretationsaufwand unverhältnismäßig hoch wird.

„Einmal büßt die summarische Kurzverweisung ihre ökonomische und systematische Überlegenheit dort ein, wo die unterschiedlich bleibenden Bewertungen der Tatbestandsmerkmale, die von der fiktiven Gleichsetzung nicht erfaßt werden, nicht klar erkennbar sind.“¹¹¹⁴

1112 Dies ist hier natürlich extrem verkürzt dargestellt. Es fließen noch viele andere Aspekte ein, wie etwa, dass die Kodifikation alle Rechtsbereiche enthalten sollte.

1113 *Bilow*, Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten, AcP 1879, 5.

1114 *Hackl*, Vom "quasi" im römischen zum "als ob" im modernen Recht, in: Zimmermann/Knütel/Mancke (Hrsg.), Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik Festschrift für Hans Hermann Seiler zum 24. Dezember 1999, 125.

Bei den Rechtsfolgenverweisungen durch Fiktion kommt es, wie bei anderen Rechtsfolgenverweisungen aber auch, oft zu Einschränkungen durch den Gesetzgeber selbst oder aus teleologischen Gründen durch den Richter. Da Verweisungen durch Fiktionen ebenso pauschal sind wie bei Verweisungen auf Rechtsfolgen, ist dies kein Argument gegen Fiktionen als Rechtsfolgenverweisungen, sondern gegen selbige im Allgemeinen.

IV. Veranschaulichung

Der Vorteil von Rechtsfolgenverweisungen durch Fiktionen ist, dass dem Juristen veranschaulicht wird, was verknüpft wird und wo eventuelle Parallelen bestehen. Es gibt also einen didaktischen Nutzen, worauf bereits Bülow hinwies:

„[...] [W]eil die Fiktion – hierin liegt das psychologische Geheimniß ihres didaktischen Nutzens [...] – die Ueberleitung vom Bekannten zum Unbekannten erleichtert: sie pflegt [...] die Eindringlichkeit abstrakter Mittheilungen zu verstärken, die Lebhaftigkeit der Auffassung zu erhöhen. Die Fiktion dient der Gesetzgebung als Vereinfachungs- und Veranschaulichungsapparat.“¹¹¹⁵

V. Ersetzbarkeit der rechtsfolgenverweisenden Fiktionen

Das Argument der ökonomischen Regelungstechnik spricht klar für Rechtsfolgenverweisungen als Mittel des Gesetzgebers. Aber warum müssen es gerade rechtsfolgenverweisende *Fiktionen* sein? Man hätte sowohl *formulae fictiae* als auch die *lex Cornelia* bereits anders als durch Fiktionen regeln können. Interessant ist, dass man die etwas umständlichere Form der Fiktion gewählt hat.

Hinter dieser Frage steht die These, dass sich jede rechtsfolgenverweisende Fiktion jederzeit durch eine sprachlich nicht gekennzeichnete, d.h. ohne „gilt als“, „als ob“ etc., Rechtsfolgenverweisung ersetzen ließe. Man könnte Fiktionen gewissermaßen auflösen. Olivier vertritt, dass man anstatt Fiktionen im Gesetzestext lieber direkte Rechtsfolgenverweisungen, „validating past acts, comparison, and stipulative definition“ einsetzen sollte.

1115 Bülow, Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten, AcP 1879, 5.

Dies ist der wohl schwerste Einwand, da er den sog. ökonomischen Vorteil ausschließt: Dessen Bezugsgröße beim Vergleich der rechtsfolgenverweisenden Fiktion ist die Wiederholung der Rechtsfolgen, auf welche verwiesen wird. Hier wird der rechtsfolgenverweisenden Fiktion die „normale“, sprachlich nicht gekennzeichnete Rechtsfolgenverweisung gegenübergestellt.

„If a legislature has the power to create a world in which the Island of Minorca is part of London, one wonders why statutes are often written in such fictitious language. Why pretend one thing is another whenever one wishes to broaden the scope of a statute? Why not extend its scope directly?“¹¹¹⁶

Warum sollte man also zum Beispiel nicht, anstatt eine Erklärungsabgabe im Rahmen eines Prozesses zu fingieren, die Rechtsfolgen ansetzen? Warum kann das Ungeborne nicht ausnahmsweise Rechte haben?

VI. Weiche Verweisungstechnik, Betonung der Wichtigkeit von Rechtsprinzipien

Die Antworten hierauf sind vielfältig. Weigelin hält die vollständige Vermeidung zum Beispiel für nicht möglich, wegen „der Art des menschlichen Denkens und Sprechens.“¹¹¹⁷ Das Argument erinnert an Vaihingers und Kelsens Umweg- bzw. Bergsteigermetapher, vermag aber in dieser Form nicht zu überzeugen. Eine andere Antwort gibt Kerr:

„Deemings¹¹¹⁸ conceal the real rule behind a fictitious facade, softening its harsh impact and creating the impression that the law remains unchanged.“¹¹¹⁹

Dieses Argument der Abfederung der Offensichtlichkeit der Neueuerung, welche bei den rechtsfolgenverweisenden Fiktionen keine ist, ist bereits von den rechtsfortbildenden Fiktionen geläufig. Auch bei den rechtsfolgenverweisenden Fiktionen tritt dieses Phänomen auf, bezieht sich je-

1116 Kerr, Fictions and Deemings, in: Gray (Hrsg.), *The Philosophy of Law: An Encyclopedia*, 303.

1117 Weigelin, *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie* 1924, 24.

1118 Da, wie bereits festgestellt, den *deemings* die Fiktion entspricht, ist das Argument sinngemäß anwendbar.

1119 Kerr, Fictions and Deemings, in: Gray (Hrsg.), *The Philosophy of Law: An Encyclopedia*, 303.

doch nicht auf die Abfederung der Neuerung, sondern auf die Abfederung der Durchbrechung eines höheren Grundsatzes. Bülow sieht darin auch ein Ausdruck von Respekt vor den höheren Rechtsgrundsätzen, die er fälschlicherweise wohl auch immer für die älteren hält:

„Selbst über seine [des Gesetzgebers, Anm. KA] Absicht, eine Aenderung des bisherigen Rechtszustandes herbeiführen zu wollen, will der Gesetzgeber, sich einer Fiktion bedient, nicht eine Täuschung hervorrufen. [...] Er schont nur durch jene Ausdrucksweise die alten Begriffsgewohnheiten. Er schließt sich deshalb, statt seine Meinung gerade heraus zu sagen, in der Ausdrucksweise rücksichtsvoll den überlieferten juristischen Begriffen an.“¹¹²⁰

Darin offenbart sich ein weiterer Aspekt der rechtsfolgenverweisenden Fiktionen: Durch sie kann betont werden, wie wichtig das höhere Prinzip ist. Der Gesetzgeber kann also neben der bloßen Verweisung noch seine Einschätzung bezüglich der Wichtigkeit des höheren Prinzips ausdrücken.

VII. Erhöhte Komplexität des Gesetzestextes

Als wesentlicher Nachteil wird die erhöhte Komplexität des Gesetzestextes gesehen. Weigelin sieht das Problem in möglichen Verständnisproblemen, die bei nicht-fiktionaler Ausdrucksweise nicht bestehen würden.¹¹²¹ Larenz sieht eine erhöhte Gefahr für Fehlinterpretationen:

„Die Fiktion birgt vermöge der suggestiven Wirkung der Formulierung die Gefahr mit sich, daß die tatsächlich doch bestehende Verschiedenheit [...] (der Tatbestände) ignoriert, die Gleichsetzung daher über das sachlich vertretbare Maß hinaus ausgedehnt wird.“¹¹²²

Doch für einen Juristen, der mit den Methoden des Gesetzgebers vertraut ist, sollte es nicht schwieriger sein, den Inhalt des Textes zu verstehen. Was dennoch zugestanden werden muss, ist, dass fiktionale, beinahe metaphorischer Sprachgebrauch komplexer ist als das direkte Ausdrücken dessen, was eigentlich gesagt werden soll. Nachteil der direkten Ausdrucksweise ist, dass die Bedeutungsvielfalt und die dadurch zum Ausdruck kommenden Untertöne verloren gehen.

1120 Bülow, Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten, AcP 1879, 8.

1121 Weigelin, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie 1924, 24.

1122 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 252.

VIII. Verdeckung

Der größte Vorwurf, der den rechtsfolgenverweisenden Fiktionen gemacht wird, ist wie bei den rechtsfortbildenden Fiktionen der der Verdeckung, Verschleierung, der Verwirrung des Adressaten. Hier wird angeblich verschleiert, dass es zu einer Ausnahme von einem höheren Prinzip kommt bzw. ein Rechtssatz erweitert wird. Gegen dieses Argument spricht zweierlei: Zum einen ist jeder Jurist, welcher in der Regel der Adressat dieser Gesetze ist, in den verschiedenen Mitteln zur Rechtsfolgenverweisung geschult. Wer mit den Eigenheiten dieser Verweisungstechnik vertraut ist, kann von ihr nicht getäuscht werden.

„Der Gesetzgeber stellt sich zwar vermitteltst des Kunstgriffs der Fiktion so an, als ob er in eine Scheinwelt hinübergriffe. Aber es ist ein gar ehrbares nüchternes Spiel, das er treibt: es wird dem Ernste und der Würde von Gesetz und Recht nicht das mindeste vergeben. [...] [S]o giebt er doch aufs handgreiflichste zu erkennen, daß das, was der Richter sich vorstellen soll, nicht wahr sei, und ist auch weit entfernt davon, irgend Jemandem den Glauben an eine solche arge Unwahrheit [...] zuzumuten.“¹¹²³

Bülow bezieht sich im Punkt der Wahrheit auf Jhering und kommt zu dem Schluss, dass es der Fiktion durch den Gesetzgeber gegenüber der „mit Täuschungsabsicht vorgebrachte[n] tatsächliche[n] Unwahrheit“ an der „Absicht der Täuschung über die Wahrheit von Thatsachen“¹¹²⁴ mangeln würde.

Zum anderen ist auch dieser Fiktionstyp sprachlich gekennzeichnet, sodass selbst ein Laie verstehen kann, dass das Ungeborene nicht geboren ist in den Augen des Rechts. Dazu kommt, dass die Artifizialität in der Regel offensichtlich ist, sodass spätestens dann jedem Adressaten auffallen muss, dass er die Rezeptionshaltung ändern muss.

IX. Ergebnis

Die Problematik bei den rechtsfolgenverweisenden Fiktionen liegt in ihrem Nutzen im Vergleich mit nichtfiktionalen Rechtsfolgenverweisungen. Dafür, dass es Rechtsfolgenverweisungen an sich geben sollte, spricht

1123 *Bülow*, Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten, AcP 1879, 8.

1124 *Ibid.*

ihr ökonomischer Vorteil. Nachteile der *fiktionalen* Rechtsfolgenverweisung sind die Erhöhung der Komplexität des Gesetzestextes sowie die mögliche Ungenauigkeit der Verweisung, wodurch ein höherer Interpretationsaufwand einhergehen kann. Der Vorwurf der Verdeckung der Durchbrechung einer höheren Regel konnte mit der Kompetenz des Adressaten und der sprachlichen Kennzeichnung entkräftet werden. Für die Rechtsfolgenverweisung durch eine Fiktion spricht neben der langen Bewährung vor allem die Betonung der Wichtigkeit der höheren Rechtsregel und die didaktische Funktion der Veranschaulichung.

Daraus ist zu folgern, dass rechtsfolgenverweisende Fiktionen dann anzuwenden sind, wenn neben der Rechtsfolgenverweisung noch Nebenaspekte wie eine leichtere Verständlichkeit und die Wichtigkeit der höheren Rechtsregel herausgehoben werden sollen. Solche Fiktionen sollten wegen der erhöhten Komplexität des Gesetzestextes dann vermieden werden, wenn sich das Gesetz nicht an Juristen, sondern hauptsächlich an Laien richtet.

C. Fiktive Maßstabsfiguren – Vor- und Nachteile

Die Maßstabsfiguren erfüllen, wie bereits erläutert, verschiedene Funktionen. Hauptsächlich dienen sie jedoch der Veranschaulichung von Wertungen des Gesetzgebers.¹¹²⁵

Josef Esser kritisiert diesen Fiktionstypus, weil er es für wichtig hält, dass Recht stets an die „soziale Wirklichkeit“ anknüpfe.¹¹²⁶ Fiktionen wie die Personifikation¹¹²⁷ verhinderten dies, weshalb Esser diesen jede „Daseinsberechtigung“ abspricht.¹¹²⁸ Gegen diesen Fiktionstypus spricht weiterhin, dass er dazu verleitet, soziologische Betrachtungen anzustellen, was vom Anwender der Maßstabsfiguren jedoch gar nicht intendiert ist. Zudem wird kritisiert, dass er komplexe Wertungen durch die Personifikation vereinfache und dadurch verfälsche.¹¹²⁹ Gerade letzteres ist jedoch unumgänglich für die einfachere und dadurch teilweise auch effizientere Anwendung von rechtlichen Wertungen. Der Wert der Veranschaulichung steht

1125 Mehr dazu ab Seite 259.

1126 Esser, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen², 132.

1127 Ibid., 202.

1128 Ibid., 204.

1129 Kelsen, Zur Theorie juristischer Fiktionen, 634.

bei diesem Fiktionstypus ganz klar im Vordergrund.¹¹³⁰ Man mag hier vorwerfen, dass ein Jurist sich solcher Krücken nicht bedienen müsse, dass er auch mit abstrakten Wertungen hantieren könne. Wie die Praxis aber zeigt, besteht ein Bedarf an solchen Maßstäben, von den Passagieren des *Clapham omnibus* bis hin zum Verbraucher im EU-Recht. Bei diesem Fiktionstypus kommt es also wesentlich darauf an, dass die Personifikation nicht dazu führt, dass Wertungen des Gesetzgebers verloren gehen.

D. Fiktive Institute – Vor- und Nachteile

Der oben beschriebene deskriptive Fiktionsbegriff der fiktiven Institute zeigt an, wenn die gelebte Praxis nicht mehr mit den Ausgestaltungen von Instituten durch Gesetzgeber übereinstimmt. Ob die Fiktivität in diesem Sinne ein Vorteil oder ein Nachteil ist, hängt bei einem konkreten Beispiel immer von dem externen ethischen Bewertungsmaßstab ab, den man anlegt. So kann die Fiktivität zum einen anzeigen, dass das Recht in Rückschritt gerät zu gesellschaftlichen Entwicklungen. Es kann aber auch anzeigen, dass der Gesetzgeber den gesellschaftlichen Entwicklungen vorangeht. Im letzteren Fall hätte man es mit Vaihingers praktischen ethischen Fiktionen zu tun, mit idealen Fiktionen von „ungeheure[m] weltüberwindende[m] Wert“¹¹³¹. Andererseits können diese Fiktionen auch Fortschritte verzögern. Dennoch haben sie das Potential, positive gesellschaftliche Entwicklungen anzustoßen.

So positiv der Wert sein kann, muss bei diesem Fiktionstyp immer darauf geachtet werden, dass, das Recht nicht vollständig den Kontakt zur Praxis verliert, weil es sonst auf die Dauer nicht bestehen kann.¹¹³² Diese Einschränkung liegt insbesondere bei den „natürlichen Grenzen“¹¹³³ des jeweiligen Begriffs des Instituts. Nach Kelsen muss man jedes Institut insoweit beschränken, wie es der Begriff „kraft seiner Natur“ aushielte.¹¹³⁴ Wie am Beispiel der Rechtspersönlichkeit gesehen, entfällt die Anerkennung des Rechts durch den Adressaten, wenn die Begriffsgrenzen krass überschritten werden.

1130 Ibid., 636.

1131 *Vaihinger*, Die Philosophie des Als Ob, 67.

1132 Mehr dazu ab Seite 265.

1133 *Kelsen*, Zur Theorie juristischer Fiktionen, 638.

1134 Ibid.

Weiterhin problematisch ist es, wenn aus fiktiven Instituten extreme Rechtsfolgen resultieren. So zum Beispiel, wenn die Willensfreiheit widerlegt wäre, man sie aber dennoch als Grundlage des Strafrechts fingieren würde. Man könnte dagegen einwenden, dass doch nur die Willensfreiheit keine Referenz in der Realität habe, die dadurch ermittelten Rechtsfolgen aber immer noch möglich seien, welche zum Rechtsfrieden beitragen würden. Dies ließe sich etwa von Platon ableiten: „Was nun zunächst die poetische Kunst selbst betrifft, so ist es ein Fehler, wenn man Unmögliches dichtet; dennoch ist es in Ordnung, wenn sie damit ihr Ziel erreicht [...]. Wenn aber das Ziel eher oder nicht weniger gut erreicht werden kann, wenn man jene Regeln beachtet, dann ist der Fehler nicht zu entschuldigen.“ Man käme mit einem „sinnlosen“ Zwischenschritt zu einem „sinnvollen“ Ergebnis. Allerdings kommt es gerade bei derart massiven Rechtsfolgen wie einer Freiheitsstrafe nicht nur auf die Möglichkeit des Ergebnisses an. Wenn entscheidende Voraussetzungen fingiert werden, entfernt sich auch hier das Recht von der Realität. Daher ist in diesen Fällen besondere Obacht geboten.

E. Ergebnisüberblick

Bewertung	Rechtsfort- bildende Fiktion (Common Law)	Rechtsfolgen- verweisende Fiktion (Civil Law)	Personifikative Fiktion	Fiktives Rechtsinstitut
Pro	<ul style="list-style-type: none"> – Lange Bewäh- rung – Erprobung neuer Rechts- sätze – Mehr Gerech- tigkeit (iSv Equity) 	<ul style="list-style-type: none"> – Lange Bewäh- rung – Ökonomischer Vorteil, Vereinfachung, Eleganz – Veranschauli- chung – Weiche Verwei- sungstechnik, Be- tonung der Wichtigkeit be- stimmter Rechts- prinzipien 	<ul style="list-style-type: none"> – Veranschau- lichung, da- durch leichtere An- wendbarkeit 	<ul style="list-style-type: none"> – Gestaltung der Gesell- schaft durch das Recht: Die Fiktion kann fort- schrittliche Grundsätze, welche in die Gesellschaft implemen- tiert werden sollen, helfen durchzuset- zen
Contra	<ul style="list-style-type: none"> – Überholtes his- torisches Mit- tel zur Rechts- fortbildung – Verdeckung, Täuschung, Lüge, Betrug – Gesetzgebung durch den Richter (Ge- waltentren- nung) – Willkürlich- keit – Begriffsgren- zen werden missachtet 	<ul style="list-style-type: none"> – Ungenauigkeit der Verweisungs- technik – Ersetzbarkeit der Fiktion durch di- rekten Rechtsfol- genverweis – Erhöhte Komple- xität des Geset- zestextes – Verdeckung 	<ul style="list-style-type: none"> – Verleitet, empirische Betrachtun- gen anzustel- len – Komplexe Wertungen werden ver- einfacht 	<ul style="list-style-type: none"> – Entfrem- dung des Rechts von der Gesell- schaft: Veral- tete oder zu fremde Grundsätze können An- erkennung der Rechts- ordnung durch die Gesellschaft vermindern

Siebter Teil: Schluss

Der Mensch ist nicht nur der Schaffende des Rechts, er ist auch der Schaffende seiner Umwelt, insbesondere der Sprache für seine Umwelt. Nur, wenn der Mensch sich als Schöpfer all dessen vergisst, erhält er den Glauben an eine vollkommen objektive Außenwelt.

„Nur durch das Vergessen jener primitiven Metapherwelt, nur durch das Hart- und Starr-Werden einer ursprünglich in hitziger Flüssigkeit aus dem Urvermögen menschlicher Phantasie hervorströmenden Bilder-
dermasse, nur durch den unbesiegbaren Glauben, diese Sonne, dieses Fenster, dieser Tisch sei eine Wahrheit an sich, kurz *nur dadurch, dass der Mensch sich als Subjekt und zwar als künstlerisch schaffendes Subjekt vergisst, lebt er mit einiger Ruhe, Sicherheit und Konsequenz* (...).“¹¹³⁵

Nur dann kann er bei der Vorstellung ankommen, dass ein eines als ein anderes zu betrachten, welches ersterem ungleich ist, widernatürlich sei. Es gibt nichts natürlicheres als Ungleiches als Gleiches zu betrachten: Kein Blatt gleicht dem nächsten, kein Fenster dem nächsten. Und dennoch sehen wir die Begriffe des Blattes und des Fensters als unveränderlich, gar natürlich gegeben an. Nur, weil es seit hundert, ja tausenden von Jahren, durch die Menschheit praktiziert wird, gewisse Dinge als (un-) gleich anzusehen, darf man nicht vergessen, dass der Mensch selbst der Schöpfer seiner Betrachtungsweise ist. Natürlich gibt es Sinneseindrücke, wie Rotheit, Härte, etc. Aber nie gleicht ein Rot dem nächsten; Rotheit ist ein Spektrum auf der Frequenzskala der Lichtwellen, kein Punkt. Warum man gerade diesen Teil des Spektrums als Einheit ansieht, ist im Letzten nicht begründbar. Es ist eine Konvention. Wie man zu abstrakten, komplexen Begriffen gelangt, ist also nicht allein eine Frage der Wahrnehmungen, sondern hauptsächlich die Geschichte der Deutung von Wahrnehmungen. Überspitzt ausgedrückt: Wahrzunehmendes ist Sache der Naturwissenschaft, dessen Deutung Kulturwissenschaft. Begriffe sind daher auch immer Teil der Kulturgeschichte.

Und eben jene, von Vaihinger „Gemütsbewegung“ genannte Betrachtungsweise des „als ob“ kommt uns bei den Fiktionen entgegen. Fiktionen

1135 *Nietzsche*, Über Wahrheit und Lüge im aussermoralischen Sinne, 18. Hervorhebung nicht im Original.

sind daher im Aspekt der Art und Weise eigentlich nicht fremd oder verstörend. Sie verstören trotzdem, weil sie die sicher geglaubte Begriffsordnung wieder in Frage stellen.

Dieses Infragestellen der sicher geglaubten Begriffe ist bei den rechtsfolgenverweisenden und rechtsfortbildenden Fiktionen rein punktuell, zeitlich und auf einen Fall begrenzt. Fiktive Institute tun dies viel weniger auffällig, leise, zeitlich dabei unbegrenzt und unsere Wahrnehmung verändernd. Fiktive Institute stellen alte Konventionen in Frage. Wer Rechtssubjekt ist oder sein kann, ist nichts weiter als eine Konvention. Wenn nun Flüsse, Berge und Roboter zu Rechtssubjekten deklariert werden, so ist dies nichts weiter als ein Infragestellen einer Konvention. Die Veränderung ist also eine dauerhafte, grundlegende und muss daher viel kritischer unter dem Aspekt der gesollten Ordnung diskutiert werden als die rechtsfolgen- oder rechtsfortbildenden Fiktionen. Fiktive Institute verändern unsere gesamte Perspektive, unsere Wahrnehmung. Das wahrhaft Interessante an den Fiktionen sind also nicht jene Fiktionen im Recht, welche seit langem diskutiert werden und punktuellen, gar krasse Veränderungen im Recht herbeiführen. Was in der Diskussion viel mehr in den Mittelpunkt rücken sollte sind die fiktiven Institute, welche schleichend unsere gesamte Perspektive ändern.

Die Aktualität des Themas ist ungebrochen. Seit über 2000 Jahren finden wir Fiktionen in verschiedenen Rechtskreisen.

„Zeitlos und allgemeingültig gar ist die Bedeutung der Fiktion in der Ausdruckskunst des Gesetzes.“¹¹³⁶

Dennoch unterscheidet sich die Diskussion im angloamerikanischen Bereich stark von jenen im kontinentaleuropäischen Bereich. Lind sieht zudem im anglo-amerikanischen Bereich ab 1990 bis heute eine neue, von der zu Beginn des 20. Jahrhunderts abgewandte, Schule der Rechtsfiktionsforschung. Kennzeichen sei es, dass es nicht um ein philosophisch fundiertes Verständnis ginge, sondern nur noch um die Aufdeckung der Fiktivität von Instituten wie der Sklaverei oder ganzer Rechtsbereiche.¹¹³⁷ Diese würden in der Bewertung auch stets einseitig als irreführend, unnötig komplex etc. diffamiert. Dieselbe Kritik übte auch schon Oskar Bülow in der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts bezüglich des deutschsprachigen Diskurses. Die klassische Diskussion hingegen zieht sich durch und konzentriert sich auf rechtsfolgenverweisende und rechtsfortbildende Fiktionen. Bei

1136 Esser, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen², 5.

1137 Lind, The Pragmatic Value of Legal Fictions, 87 f.

dieser Debatte steht seit Beginn des 20. Jahrhundert auch die philosophische Fundierung im Zentrum. Was der Debatte fehlt, ist die Verbindung: Eine Analyse von fiktiven Rechtsinstituten mit einer philosophischen Fundierung. Letztere versucht diese Arbeit anzubieten.

Wichtig in der Diskussion ist stets eine gute Bewertung der Fiktionen: Das Label der „Fiktion“ funktioniert, von Platons lügenden Dichtern bis zu den heutigen Flüssen als Rechtspersonen, immer noch als Schlagwort für eine Kritik. Der Kampf um eine andere Perspektive auf Fiktionen und insbesondere ihre Rolle im Recht währt jedoch mindestens ebenso lange. Diese Arbeit versucht, eine ausgewogene Perspektive auf das Phänomen zu werfen und ein Schritt in die Vereinigung der anglo-amerikanischen und römisch-rechtlich geprägten Debatten zu sein.

Der Diskurs um die Fiktionen im Recht ist ein in vielen Hinsichten lohnender: Er erlaubt und fordert, sich sowohl mit vergangenen als auch mit fremden Rechtskulturen auseinanderzusetzen und dabei philosophische Grundfesten vorzustoßen. Wer Fiktionen schlicht verdammen möchte und am liebsten ausrotten würde, sei sich der Zeitlosigkeit dieses Mittels gewahr. Sie haben bereits den Kritikern Platons, Justinians, Benthams und (des frühen) Kelsens getrotzt. Wer ihnen den Kampf trotzdem ansagen möchte, sei mit Jherings Worten gewarnt:

„Der Kobold der Fiktion rächt sich oft bitterlich an denen, die ihn verfolgen!“¹¹³⁸

1138 Jhering, Geist des römischen Rechts, 310 in Fn. 425.

ERGEBNISÜBERBLICK

	Grundtyp	I		II	III
		Fiktive Annahmen im Recht	Personifikative Fiktion		
Definition	Fiktionen im Recht	Rechtsfortbildende Fiktion (Common Law)	Rechtsfolgenverweisen- de Fiktion (Civil Law)	Fiktives Rechtsinstitut	
		Eine <i>Rechtsfiktion</i> ist ein Vorstellungsgebilde im Recht, welches von einer ihm übergeordneten Regel des Rechts (welche sich auf das Vorstellungsgebilde bezieht) auf eine künstliche Weise abweicht, um damit einen Zweck des Rechts zu erfüllen.	Eine <i>Rechtsfortbildende Rechtsfiktion</i> ist eine Annahme im Recht, welche von einer ihr übergeordneten Regel des Rechts auf künstliche Weise und erkennbar abweicht, um damit mehr <i>equity</i> (durch eine Rechtsfortbildung) zu schaffen.		
Zweck der Fiktion	Zweck des Rechts	Ein Zweck der Rechtspraxis, z.B. Anpassung an gesellschaftliche Neuerungen iSd <i>equity</i>	Ein Zweck des Gesetzes, z.B. das ökonomische 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 zu erreichen.
Bezugswirklichkeit der Abweichung	Recht	Recht: Ältere Rechtslage (<i>lex posterior</i>)	Recht: Höherrangige Prinzipien/Grundsätze (<i>lex superior</i>)	Recht	Soziale Wirklichkeit, insofern sie Bezugswirklichkeit des Rechts ist

	Grundtyp	I		II	III
		Fiktive Annahmen im Recht	Personifikative Fiktion		
Art der Abweichung	Fiktionen im Recht	Rechtsfortbildende Fiktion (Common Law)	Rechtsfolgenverweisen-de Fiktion (Civil Law)	Übersteigung des Rechts durch Personifikation von rechtlichen Wertungen/ Normen	Fiktives Rechtsinstitut
		Artifizielle Abweichung von einem älteren Rechtsprinzip/ einer höheren Norm	Artifizielle Abweichung von einem höheren Rechtsprinzip/-grundsatz		
Sprachliche Kennzeichnung		Ja	Ja	Ja	Nein
Bewertung: Pro-Argumente		<ul style="list-style-type: none"> – Lange Bewährung Erprobung neuer Rechtssätze – Mehr Gerechtigkeit (iSv <i>equity</i>) 	<ul style="list-style-type: none"> – Lange Bewährung – Ökonomischer Vorteil, Vereinfachungs-Eleganz – Veranschaulichung – Weiche Verweisungs-technik, Betonung der Wichtigkeit bestimmter Rechtsprinzipien 	<ul style="list-style-type: none"> – Veranschaulichung, dadurch leichtere Anwendbarkeit 	<ul style="list-style-type: none"> – Gestaltung der Gesellschaft durch das Recht: Die Fiktion kann fortschrittliche Grundsätze, welche in die Gesellschaft implementiert werden sollen, helfen durchzusetzen

	Grundtyp	I		II	III
		Fiktive Annahmen im Recht	Personifikative Fiktion		
Bewertung: Contra-Argumente		Rechtsfortbildende Fiktion (Common Law)	Rechtsfolgenverweisen- de Fiktion (Civil Law)		Fiktives Rechtsinstitut
		<ul style="list-style-type: none"> – Überholtes historisches Mittel zur Rechtsfortbildung – Verdeckung, Täuschung, Lüge, Betrug – Gesetzgebung durch den Richter (Gewaltentrennung) – Willkürlichkeit – Begriffsgrenzen werden missachtet 	<ul style="list-style-type: none"> – Ungenauigkeit der Verweisungstechnik – Ersetzbarkeit der Fiktion durch direkten Rechtsfolgenverweis – Erhöhte Komplexität des Gesetzestextes – Verdeckung 		
Bewertung: Kriterien zur Verwendung		Ja, solange es ein Mittel der Rechtsfortbildung ist und die Richter für diese Art der Rechtsfortbildung ermächtigt sind	<p>(+) Anwenden, wenn Aspekte wie leichtere Verständlichkeit und die Wichtigkeit der höheren Rechtsregel herausgehoben werden sollen.</p> <p>(-) Nicht anwenden, wenn sich das Gesetz direkt an juristische Laien richtet und die erhöhte Komplexität zu Missverständnissen führen kann.</p>	Nur, wenn Anwendung des abstrakten Prinzips nicht anderweitig (zB durch legislative Maßnahmen) zu mehr Durchsetzbarkeit gebracht werden kann	Unter Abwägung des Vorteils der Gestaltung der Gesellschaft durch das Recht ggü. dem Nachteil der Entfremdung von Recht und Gesellschaft

Literaturverzeichnis

- Albert, Hans*: Traktat über kritische Vernunft, 5. Aufl. Tübingen 1991.
- Albrecht, Kristin Y./Kopp, Matthias*: Theorien im Recht – Theorien über das Recht: Bericht zur Tagung der IVR in Bremen, September 2016, in: *Archiv für Recht- und Sozialphilosophie* 2017, 419 – 426.
- Alexy, Robert*: Begriff und Geltung des Rechts, 3. Aufl. Freiburg 2011.
- Ando, Clifford*: Fact, Fiction and Social Reality in Roman Law, in: *Del Mar, Maksymilian/Twining, William* (Hrsg.): *Legal Fictions in Theory and Practice*, Heidelberg/New York/Dordrecht/London 2015, 295–324.
- Appiah, Kwame Anthony*: *As If: Idealization and Ideals*, Cambridge (USA)/London 2017.
- Aristoteles*: *Poetik*, Stuttgart 1994.
- Assmann, Aleida*: *Die Legitimation der Fiktion*, München 1980.
- Babusiaux, Ulrike*: *Wege zur Rechtsgeschichte: Römisches Erbrecht*, Köln/Weimar/Wien 2015.
- Baker, Alan*: *Simplicity*, in: *Zalta, Edward N.* (Hrsg.): *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2016, <<https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/simplicity/>> (29.3.2020).
- Bangemann, Martin*: *Bilder und Fiktionen in Recht und Rechtswissenschaft*, München 1963.
- Barnert, Elena*: *Der eingebildete Dritte, Grundlagen der Rechtswissenschaft*, Tübingen 2008.
- Becker, Sabina/Hummel, Christine/Sander, Gabriele*: *Grundkurs Literaturwissenschaft*, Stuttgart 2006.
- Behrends, Okko*: *Die Institutionen Justinians als Lehrbuch, Gesetz und Ausdruck klassischen Rechtsdenkens*, in: *Behrends, Okko/Knütel, Rolf* (Hrsg.), *Corpus Iuris Civilis I: Institutionen. Text und Übersetzung* 2. Aufl. Heidelberg 1997, 279–288.
- Behrends, Okko/Knütel, Rolf/Mommsen, Theodor/Seiler, Hans Hermann*: *Corpus iuris civilis: Text und Übersetzung. Müller Wissenschaft*, 4. Aufl. 2013.
- Behrends, Okko/Knütel, Rolf/Mommsen, Theodor/Seiler, Hans Hermann*: *Corpus iuris civilis: Text und Übersetzung*, Heidelberg 1995.
- Bein, Thomas*: *Germanistische Mediävistik, Eine Einführung*, 2. Aufl. Berlin 2005.
- Bentham, Jeremy*: *Theory of Legislation*, in: *Bentham, Jeremy*, *The Works of Jeremy Bentham*, 1843. <<https://heinonline.org/HOL/Index?index=beal%2Fworksjb&collection=beal>> (29.3.2020).
- Berger, Adolf*: *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, 7. Aufl. Clark, New Jersey 2008.

- Bernhard, Thomas*: Die Ursache: Eine Andeutung, 3. Aufl. München 2015.
- Berto, Francesco/ Plebani, Matteo*: Ontology and Metaontology: A Contemporary Guide, London 2015.
- Bianchi, Ernesto*: Fictio Iuris: ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea, Padova/Milani 1997.
- Biermann, Johannes*: Traditio Ficta: Ein Beitrag zum heutigen Civilrecht auf geschichtlicher Grundlage, Amsterdam 1968.
- Blackstone, William*: The Oxford Edition of Blackstone's: Commentaries on the Laws of England: Book III: Of Private Wrongs, Oxford 2016.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang*: Menschenwürde als normatives Prinzip, in: Juristen-Zeitung 2003, 809-815.
- Boerma, Eberhard*: Zur logischen Theorie der Fiktionen. Eine kritische Untersuchung über den Schritt von der Fiktionslehre zum Fiktivismus, in: Annalen der Philosophie 1923, 200–235.
- Bofinger, Peter*: Grundzüge der Volkswirtschaftslehre: eine Einführung in die Wissenschaft von Märkten, 4. Aufl. Hallbergmoos 2015.
- Borowski, Martin*: Die Lehre vom Stufenbau des Rechts nach Merkel, in *Paulson, Stanley/Stolleis, Michael*: Hans Kelsen, Tübingen 2005, 122–159.
- Brinz, Alois von*: Vorrede zu den Pandekten, Erlangen 1857.
- Brubns, Adrian*: Zur Ontologie fiktiver Entitäten und ihrer Beschreibung in der Fiktionstheorie und Literaturwissenschaft, Göttingen 2016.
- Bruna, Franciscus Joseph*: Lex Rubria: Caesars Regelung für die Richterlichen Kompetenzen der Minizipalmagistrate in Gallia Cisalpina, Leiden 1972.
- Brunner, Heinrich*: Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, 7. Aufl. München/ Leipzig 1921.
- Bülow, Oskar*: Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten, in: Archiv für die civilistische Praxis 1879, 1–96.
- Bydlinski, Franz*: Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, Wien/New York 1982.
- Campbell, Kenneth*: Fuller on Legal Fictions, in: Law and Philosophy 1983, 339–370.
- Chassagnard-Pinet, Sandrine*: La place de la fiction dans le raisonnement juridique, in: *Rahman, Shabid/Sievers, Juliele* (Hrsg.): Normes et Fiction, London 2011, 1–14.
- Cohn, Dorrit*: The Distinction of Fiction, Baltimore 1990.
- Coleridge, Samuel Taylor*: Biographia Literaria, London 1817.
- Currie, Gregory*: The Nature of Fiction, Cambridge 1990.
- Dekkers, René*: La fiction juridique: étude de droit romain et de droit comparé, Paris 1935.
- Del Mar, Maksymilian*: Introduction, in: *Del Mar, Maksymilian/Twining, William* (Hrsg.): Legal Fictions in Theory and Practice, Heidelberg/New York/ Dordrecht/London 2015, ix–xxix.

- Legal Fictions and Legal Change in the Common Law Tradition, in: *Del Mar, Maksymilian/Twining, William* (Hrsg.): Legal Fictions in Theory and Practice, Heidelberg/New York/Dordrecht/London 2015, 225–274.
- Demelius, Gustav*: Die Rechtsfiktion in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung, Weimar 1858.
- Dolinar, Hans/Roth, Marianne*: Zivilprozessrecht, 15. Aufl. Wien 2017.
- Dreier, Horst*: Die juristische Person als Grundrechtsträger, in: *Gröschner, Rolf/Kirste, Stephan/Lembcke, Oliver W.* (Hrsg.): Person und Rechtsperson: Zur Ideengeschichte der Personalität, Tübingen 2015, 323–343.
- Eco, Umberto*: Im Wald der Fiktionen, Wien 1994.
- Esser, Josef*: Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht, in: Archiv für die civilistische Praxis 1972, 97–130.
- Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen: Kritisches zur Technik der Gesetzgebung und zur bisherigen Dogmatik des Privatrechts, 2. Aufl. Frankfurt am Main 1969.
- Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen: Kritisches zur Technik der Gesetzgebung und zur bisherigen Dogmatik des Privatrechts, 1. Aufl. Frankfurt am Main 1940.
- Fergusson, Adam*: Versuch über die Geschichte der bürgerlichen Gesellschaft, Frankfurt 1986.
- Fuller, Lon L.*: Book Review: Bentham's Theory of Fictions, in: Harvard Law Review 1933, 367–370.
- Legal Fictions, Stanford 1967.
- Gabriel, Gottfried*: Fiktion, in: *Weimar, Klaus* (Hrsg.), Reallexikon der deutschen Literaturwissenschaft. Neubearbeitung des Reallexikons der deutschen Literaturgeschichte, Berlin 2007.
- Fact, Fiction and Fictionalism: Erich Auerbach's Mimesis in Perspective, in: *Scholz* (Hrsg.): Mimesis: Studien zur literarischen Repräsentation/Studies on Literary Interpretation, Tübingen/Basel 1998, 33–43.
- Zwischen Logik und Literatur, Stuttgart 1991.
- Fiktion und Wahrheit. Eine semantische Theorie der Literatur, Stuttgart 1977.
- Gaut, Berys*, Fiction, in: *Audi, Robert* (Hrsg.), The Cambridge Dictionary of Philosophy, 2. Aufl. Cambridge 1999.
- Genette, Gérard*: Fiktion und Diktion, Paderborn 1992.
- Gierke, Otto von*: Allgemeiner Teil und Personenrecht, Leipzig 1895.
- Gilbert, Margaret*: Walking together, in: Midwest Studies in Philosophy 1990, 1–14.
- Glenn, H. Patrick*: Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law, 4. Aufl. Oxford 2010.
- Goethe, Johann Wolfgang von*: Faust. Der Tragödie erster Theil, Weimar 1888.
- Hackl, Karl*: Vom „quasi“ im römischen zum „als ob“ im modernen Recht, in: *Zimmermann, Reinhard/Knütel, Rolf/Meincke, Jens Peter* (Hrsg.): Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik - Festschrift für Hans Hermann Seiler zum 24. Dezember 1999, Heidelberg 1999, 117–127.

- Haferkamp, Hans-Peter*, „Methodenehrlichkeit“ – Die juristische Fiktion im Wandel der Zeiten, in *Berger, Peter/Borges, Georg/Herrmann, Harald/Schlüter, Andreas/Wackerbarth, Ulrich* (Hrsg.), *Zivil- und Wirtschaftsrecht im Europäischen und Globalen Kontext, Private and Commercial Law in a European and Global Context – Festschrift für Norbert Horn zum 70. Geburtstag*, Berlin 2006, 1077–1089.
- Hamburger, Käte*: *Wahrheit und ästhetische Wahrheit*, Stuttgart 1979.
- *Die Logik der Dichtung*, 2. Aufl. Stuttgart 1968.
- Harke, Jan Dirk*: *Argumenta Iuventiana: Entscheidungsbegründungen eines hochklassischen Juristen*, Berlin 1999.
- Harris, Phil*: *An Introduction to Law*, 8. Aufl. Cambridge 2016.
- Hattenhauer, Hans*: *Europäische Rechtsgeschichte. Ius communitatis*, 4. Aufl. Heidelberg 2004.
- Hauriou, Maurice*: *Die Theorie der Institution und der Gründung*, in: *Schnur, Roman* (Hrsg.): *Die Theorie der Institution und zwei andere Aufsätze von Maurice Hauriou*, Berlin 1965.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich*: *Die Positivität der Christlichen Religion*, in: *Werke in 20 Bänden*, Band 1, Frankfurt/Main 1986, 104–190.
- Henrich, Dieter/Iser, Wolfgang*: *Entfaltung der Problemlage*, in: *Henrich, Dieter/Iser, Wolfgang* (Hrsg.): *Funktionen des Fiktiven*, München 1983, 9–14.
- Holmes, Oliver Wendell*, *The Path of the Law*, in: *Harvard Law Review* (1897), 457–478.
- Husa, Jaakko*: *Legal Families*, in: *Smits, Jan* (Hrsg.): *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham/Northampton 2009, 382–393.
- Iser, Wolfgang*: *Das Fiktive und das Imaginäre. Perspektiven literarischer Anthropologie*, 2. Aufl. Frankfurt am Main 2003.
- *Akte des Fingierens*, in: *Henrich, Dieter/Iser, Wolfgang* (Hrsg.): *Funktionen des Fiktiven*, München 1983, 121–151.
- *Das Fiktive im Horizont seiner Möglichkeiten*, in: *Henrich, Dieter/Iser, Wolfgang* (Hrsg.): *Funktionen des Fiktiven*, München 1983, 547–557.
- Jachmann, Monika*: *Die Fiktion im öffentlichen Recht*, Berlin 1998.
- Jacquette, Dale*: *David Lewis on Meinongian Logic of Fiction*, in: *Huemer, Wolfgang* (Hrsg.): *Writing the Austrian Traditions: Relations between Philosophy and Literature*, Edmonton 2003, 101–119.
- Jaeggi, Rahel*: *Was ist eine (gute) Institution?*, in: *Forst, Rainer/Hartmann/Jaeggi, Rahel/Saar, Martin* (Hrsg.): *Sozialphilosophie und Kritik*, Frankfurt/Main 2009, 528–544.
- *Zur Kritik von Lebensformen*, Frankfurt/Main 2014.
- Jansen, Ludger*: *Classifications*, in: *Munn, Katherine/Smith, Barry* (Hrsg.): *Applied Ontology: An Introduction*, Frankfurt am Main 159–172.
- Jellinek, Georg*: *Allgemeine Staatslehre*, Darmstadt 1959.
- *Allgemeine Staatslehre*, 3. Auflage Berlin/Heidelberg 1914.

- System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. Tübingen 1905.
- Jestaedt, Matthias*: Ein Klassiker der Rechtstheorie: Die "Reine Rechtslehre" aus dem Jahre 1960 (Vorwort zur Reinen Rechtslehre, 2. Auflage), Tübingen/Wien 2017.
- Jhering, Rudolf von*: Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Leipzig 1865.
- Kant, Immanuel*: Kritik der reinen Vernunft, AA III, Berlin 1911.
- Metaphysik der Sitten, AA VI, Berlin 1914.
- Kaser, Max*: Das römische Privatrecht. Handbuch der Altertumswissenschaft, 1. Aufl. München 1959.
- Das Römische Privatrecht, Handbuch der Altertumswissenschaft, 2. Aufl. München 1971.
- Kelsen, Hans*: The Pure Theory of Law, „Labandism“, and Neo-Kantianism. A Letter to Renato Treves, in: *Paulson, Stanley/Litschewski-Paulson, Bonnie* (Hrsg.): Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes, Oxford 2007, 169–175.
- Allgemeine Theorie der Normen, Wien 1979.
- Funktion der Verfassung, in: Die Wiener rechtstheoretische Schule: ausgewählte Schriften, 2. Band, Wien 1968, 1971–1977.
- Die Grundlage der Naturrechtslehre, in: *Schmölz, Franz-Martin* (Hrsg.): Das Naturrecht der politischen Theorie, Wien 1963, 1–37.
- Hauptprobleme der Staatsrechtslehre: entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, 2. Aufl. Aalen 1960.
- Reine Rechtslehre, 2. Aufl. Tübingen/Wien 1960.
- Zur Theorie juristischer Fiktionen, in: Annalen der Philosophie 1919, 630–658.
- Hauptprobleme der Staatsrechtslehre: entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen 1911.
- Kerber, Wolfram*: Die Quasi-Institute als Methode der römischen Rechtsfindung, Würzburg 1970.
- Kerr, Ian R.*: Fictions and Deemings, in: *Gray, Christopher* (Hrsg.): The Philosophy of Law: An Encyclopedia, New York 2013, 300–303.
- Kipp, Theodor*: Geschichte der Quellen des römischen Rechts, 4. Aufl. Leipzig 1903.
- Kirste, Stephan*: Rechtsbegriff und Rechtsgeltung, in: *Quante, Michael* (Hrsg.): Geschichte - Gesellschaft - Geltung: XXIII. Deutscher Kongress für Philosophie 28. September - 2. Oktober 2014 an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster. Kolloquienbeiträge, Hamburg 2016, 659–682.
- Die zwei Seiten der Maske – Rechtstheorie und Rechtsethik der Rechtsperson, in: Gröschner, Rolf/Kirste, Stephan/Lembcke, Oliver W. (Hrsg.): Person und Rechtsperson: Zur Ideengeschichte der Personalität, Tübingen 2015, 345–382.
- Die Hermeneutik der Personifikation im Recht: Rechtsperson und Rechtsgewalt, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 2015, 473–487.
- Einführung in die Rechtsphilosophie, Darmstadt 2010.

- Klauk, Tobias*: Fiktionalität in der Philosophie: Fiktionalismus, in: *Klauk, Tobias/Köppe* (Hrsg.): Fiktionalität: Ein interdisziplinäres Handbuch, Berlin/Boston 2014, 496–514.
- Klein, Dorothea*: Mittelalter, Lehrbuch Germanistik, Stuttgart/Weimar 2006.
- Kletzer, Christoph*: The Idea of a Pure Theory of Law, Oxford/Portland 2018.
- Knauer, Nancy J.*: Legal Fictions and Juristic Truth, in: *St. Thomas Law Review* 2010/11, 1–49.
- Knütel, Rolf/Kupisch, Berthold/Rüfner, Thomas/Seiler, Hans Herrmann* (Hrsg./Übers.): *Corpus Iuris Civilis: Text und Übersetzung, Band 5 (Digesten 28-34)*, Heidelberg 2012.
- Kodek, Georg E./Mayr, Peter G.*: Zivilprozessrecht, Wien 2018.
- Koebler, Gerhard*: Bilder aus der deutschen Rechtsgeschichte, München 1988.
- Kreittmayr, Wiguläus Freiherr von*: *Compendium Codicis Bavarici* - Reprint der Ausgabe von 1768, München 1990.
- Kripke, Saul A.*: Reference and Existence: The John Locke Lectures, Oxford 2013.
- Kroeschell, Karl*: Der Sachsenspiegel in neuem Licht, in: *Mohnhaupt, Brigitte* (Hrsg.): Rechtsgeschichte in den beiden deutschen Staaten (1988-1990), Beispiele, Parallelen, Positionen, Frankfurt/Main 1991, 232–244.
- Kümper, Hiram*: Sachsenspiegel, Nordhausen 2004.
- Kühnert, Hanno*: Zum Kreditgeschäft in den hellenistischen Papyri Ägyptens bis Diokletian, Freiburg 1965.
- Landau, Peter*: Die Entstehung des Sachsenspiegels, Eike von Repgow, Altzelle und die anglo-normannische Kanonistik, in: *Deutsches Archiv für Erforschung des Mittelalters* 2005, 73–101.
- Larenz, Karl*: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. Berlin 1991.
– Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie, Tübingen 1934.
- Lewis, David*: Truth in Fiction, in: *American Philosophical Quarterly* 1978, 37–46.
- Libet, Benjamin*: Do We Have Free Will?, in: *Journal of Consciousness Studies* 1999, 47–57.
- Lieberwirth, Rolf*: Eike von Repgow und der Sachsenspiegel, in: *Sitzungsberichte der Sächsischen Akademie der Wissenschaften zu Leipzig*, Berlin 1982.
- Lind, Douglas*: The Pragmatic Value of Legal Fictions, in: *Del Mar, Maksymilian/Twining, William* (Hrsg.): *Legal Fictions in Theory and Practice*, Heidelberg/New York/Dordrecht/London 2015, 83–112.
- Lobban, Michael*: Legal Fictions before the Age of Reform, in: *Del Mar, Maksymilian/Twining, William* (Hrsg.): *Legal Fictions in Theory and Practice*, Heidelberg/New York/Dordrecht/London 2015, 199–224.
- Loh, Wulf*: Konsens und Autonomie – Zur Legitimität völkerrechtlicher Normen, in: *Rechtsphilosophie - Zeitschrift für Grundlagen des Rechts* 1/2018, 58–78.

- Lohsse, Sebastian*: Die Beerbung des Kriegsgefangenen: Entwicklungsstufen der Auslegung der lex Cornelia de confirmandis testamentis, in: *Harke, Jan* (Hrsg.): Facetten des römischen Erbrechts, Berlin/Heidelberg 2012, 79–111.
- Maine, Henry Sumner*: Ancient Law, London 1959.
- Marmor, Andrei*: The Language of Law, Oxford 2014.
- Marquard, Odo*: Das Fiktive als Ens Realissimum, in: *Henrich, Dieter/Iser, Wolfgang* (Hrsg.): Funktionen des Fiktiven, München 1983, 489–495.
- Meinong, Alexius*: Untersuchungen zur Gegenstandstheorie und Psychologie, Leipzig 1904.
- Meurer, Dieter*: Fiktion und Strafurteil. Untersuchungen einer Denk- und Sprachform in der Rechtsanwendung, Berlin 1973.
- Meyer, Peter*: Fiktionen im Recht, Saarbrücken 1975.
- Mitchell, Oliver R.*: The Fictions of the Law: Have They Proved Useful or Detrimental to Its Growth?, in: Harvard Law Review 1893, 249–265.
- Molitor, Erich*: Der Gedankengang des Sachsenspiegels, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung 1947, 15–69.
- Montaigne, Michel de*: Essais avec les Notes de tous les Commentateurs, 3. Aufl. Paris 1873.
- Neumann, Ulfried*: Wahrheit im Recht: Zu Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform, Baden-Baden 2004.
- Newton, Isaac*: Philosophiae Naturalis Principia Mathematica, Glasgow/London 1833.
- Nietzsche, Friedrich*: Jenseits von Gut und Böse, 2. Aufl. München 1954.
- Nussbaum, Martha*: Die Grenzen der Gerechtigkeit, Frankfurt/Main 2010.
- Nörr, Dieter*: Causa mortis: auf den Spuren einer Redewendung, München 1986.
- Ogden, Charles K.*: Bentham's theory of fictions, London 1932.
- Olechowski, Thomas*: Kelsens Rechtslehre im Überblick, in: *Ehs, Tamara* (Hrsg.): Hans Kelsen: Eine politikwissenschaftliche Einführung, Baden-Baden/Wien 2009, 47–65.
- Olivier, Pierre Johannes Jeremias*: Legal Fictions: An analysis and evaluation, Leiden 1973.
- Legal fictions in practice and legal science, Rotterdam 1975.
- Paulson, Stanley*: Four Phases in Hans Kelsen's Legal Theory? Reflections on a Periodization, in: Oxford Journal of Legal Studies 1998, 153–166.
- Hans Kelsen et les Fictions Juridiques, in: Droits 1995, 65–81.
- Metamorphosis in Hans Kelsen's Legal Philosophy, in: The Modern Law Review 2017, 860–894.
- Petroski, Karen*: Fiction and the Languages of Law, Abingdon 2018.
- Potacs, Michael*: Die Grundnormproblematik, in: *Griller, Stefan/Rill, Heinz* (Hrsg.): Rechtstheorie: Rechtsbegriff – Dynamik – Auslegung, Wien 2011, 135–152.
- Pringsheim, Fritz*: Symbol und Fiktion in antiken Rechten, Mailand 1956, 209–236.

- Quinn, Michael: Fuller on Legal Fictions: A Benthamic Perspective, in: *Del Mar, Maksymilian/Twining, William* (Hrsg.): Legal Fictions in Theory and Practice, Heidelberg/New York/Dordrecht/London 2015, 55–82.
- Rath, Jürgen: Das Verhältnis des Wertes und des Sollens zum Sein. Ein reflexives Erreichen der Zusammenhänge – unter besonderer Berücksichtigung der Begründungsproblematik im Bereich der Humangenetik, Hamburg 2004.
- Rath, Matthias: Fiktion und Heteronomie: Hans Kelsens Normtheorie zwischen Sein und Sollen, in: *Archiv für Recht- und Sozialphilosophie* 1988, 207–217.
- Raz, Joseph: *The Concept of a Legal System*, 2. Aufl. Princeton 1977.
- Reckwitz, Andreas: Grundelemente einer Theorie sozialer Praktiken: Eine sozialtheoretische Perspektive, in: *Zeitschrift für Soziologie* 2003, 282–301.
- Repgow, Eike von: *Der Sachsenspiegel*, München 2002.
- Röhl, Klaus/Röhl, Hans Christian: *Allgemeine Rechtslehre*, 3. Aufl. Köln/München 2008.
- Ronen, Ruth: *Are Fictional Worlds Possible?*, Cambridge 1994.
- Roth, Thomas A.: *Ausgestaltungen der Rechtsfähigkeit im 19. und 20. Jahrhundert*, . Rechtshistorische Reihe, Frankfurt am Main 2008.
- Russell, Bertrand: *Principles of Mathematics*, Cambridge 1903.
- Rüthers, Bernd/Fischer, Christian/Birk, Axel: *Rechtstheorie*, 10. Aufl. München 2018.
- Saint-Exupéry, Antoine de: *Der kleine Prinz*, 2018. <<https://www.derkleineprinz-online.de/>> (30.04.19).
- Saleilles, Raymond: *De la Personnalité Juridique: Histoire et Théories*, Paris 1922.
- Savigny, Friedrich Carl von: *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlin 1840.
- *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814.
- Schauer, Frederick: Legal Fictions Revisited, in: *Del Mar, Maksymilian/Twining, William* (Hrsg.): Legal Fictions in Theory and Practice, Heidelberg/New York/Dordrecht/London 2015, 113–130.
- Precedent, in: *Marmor, Andrei* (Hrsg.): *The Routledge Companion to Philosophy of Law*, New York/Oxon 2012, 123–136.
- Scheibelreiter, Philipp: *Der Kreditkauf im griechischen Recht. Proceedings of a Colloquium supported by the University of Szeged*. Budapest 2012, 181–212.
- Schiemann, Gottfried: *Fictio*, *Der Neue Pauly: Enzyklopädie der Antike*, Stuttgart 1998.
- Schmid, Wolfgang: *Elemente der Narratologie*, 3. Aufl. Berlin/Boston 2014.
- Schmidt-Wiegand, Ruth: Eike von Repgow, in: *Die deutsche Literatur des Mittelalters – Verfasserlexikon*, Bd. 2, 2. Aufl. Berlin/New York 1980.
- Schmitt, Carl: Juristische Fiktionen, in: *Deutsche Juristen-Zeitung* 1913, 804–806.
- Schmölz, Franz-Martin: *Diskussion*, Wien 1963.
- Schnur, Roman: Einführung, in: *Die Theorie der Institution und zwei andere Aufsätze von Maurice Hauriou*, Berlin 1965.
- Schöll, Rudolf/Kroll, Guilelmus: *Corpus iuris civilis*, 8. Aufl. Hildesheim 1963.

- Schroeder, Klaus-Peter*: Vom Sachsenspiegel zum Grundgesetz, Eine deutsche Rechtsgeschichte in Lebensbildern, 2. Aufl. München 2011.
- Searle, John R.*: Der logische Status fiktionaler Rede, in: *Reicher, Maria* (Hrsg.): Fiktion, Wahrheit, Wirklichkeit. Philosophische Grundlagen der Literaturtheorie, 2. Aufl. Paderborn 2010.
- Die Konstruktion der gesellschaftlichen Wirklichkeit: Zur Ontologie sozialer Tatsachen, Hamburg 1997.
- Shakespeare, William*: Romeo and Juliet, Reclam 1976.
- Shmilovits, Liron*: Review on Legal Fictions in Theory and Practice. Edited by Maksymilian Del Mar and William Twining, in: The Cambridge Law Journal 2017, 683–686.
- Simon, Gerd*: Chronologie Vaihinger, Hans, Tübingen 2013.
- Singer, Wolf*: Ein neues Menschenbild?, Frankfurt/Main 2003.
- Smith, Peter*: New Legal Fictions, in: Georgetown Law Review 2007.
- Solms, Hans-Joachim/Weinert, Jörn*: Eike von Repgow und der Sachsenspiegel, in: *Seidel, Andrea* (Hrsg.): Dô tagte ez, Deutsche Literatur des Mittelalters in Sachsen-Anhalt, Dössel 2003.
- Somek, Alexander*: Der Gegenstand der Rechtserkenntnis: Epitaph eines juristischen Problems, Baden-Baden 1996.
- Rechtstheorie zur Einführung, Hamburg 2017.
- Spitzer, Martin*: Problemfälle des Abstammungsverfahrens, in: Zeitschrift für Familien- und Erbrecht 2013, 101–104.
- Stern, Simon*: Legal Fictions and Exclusionary Rules, in: *Del Mar, Maksymilian/Twining, William* (Hrsg.): Legal Fictions in Theory and Practice, Heidelberg/New York/Dordrecht/London 2015, 157–173.
- R. v. Jones (1703): The Origins of the “Reasonable Person”, in: *Handler, Phil/Mares, Henry/Williams, Ian* (Hrsg.): Landmark Cases in Criminal Law, Oxford 2017, 59–79.
- Legal and Literary Fictions, in: *Anker, Elizabeth/Meyler, Bernadette* (Hrsg.): New Directions in Law and Literature, 2017, 313–326.
- Stolzenberg, Nomi Maya*: Bentham’s Theory of Fictions – A „Curious Double Language“, in: Cardozo Law & Literature 1999, 223–249.
- Ströker, Elisabeth*: Zur Frage der Fiktionalität theoretischer Begriffe, in: *Henrich, Dieter/Iser, Wolfgang* (Hrsg.): Funktionen des Fiktiven, München 1983, 95–118.
- Tadié, Alexis/Scholar, Richard*: Introduction, in: *Tadié, Alexis/Scholar, Richard* (Hrsg.): Fiction and the Frontiers of Knowledge in Europe 1500-1800, Farnham/Burlington 2010, 1–15.
- Tesak, Gerhild*: Fiktion, in: *Rehfus, Wulff D.* (Hrsg.): Handwörterbuch Philosophie, Göttingen 2003.
- Thomale, Chris*: Rechtsfähigkeit und juristische Person als Abstraktionsleistungen: Savignys Werk und Kants Beitrag, in: *Gröschner, Rolf/Kirste, Stephan/Lembcke, Oliver W.*: Person und Rechtsperson: Zur Ideengeschichte der Personalität, Tübingen 2015, 175–187.

- Thomasson, Amie: Fictional characters and literary practices, in: *British Journal of Aesthetics* 2003, 138-157.
- *The Ontology of Fiction: A Study of Dependent Objects*, University of California 1995.
- Todescan, Franco: *Diritto e Realtà: Storia e Teoria della Fictio Iuris*, Mailand 1979.
- Tourtoulon, Pierre de: Philosophy in the Development of Law, in: *International Journal of Ethics* 1923, 212–213.
- Twining, William: Preface, in: *Del Mar, Maksymilian/Twining, William* (Hrsg.): *Legal Fictions in Theory and Practice*, Heidelberg/New York/Dordrecht/London 2015, v–vii.
- Usadel, Dirk: *Die Korporation im Werk Kreittmayrs*, München 1984.
- Vaihinger, Hans: *Die Philosophie des Als Ob*, Berlin 1911.
- Wagner, Astrid: Fiktion/Fiktionalismus, in: *Sandkühler, Hans Jörg* (Hrsg.): *Enzyklopädie Philosophie*, Hamburg 1999, 710.
- Walton, Kendall L.: *Précis of Mimesis as Make-Believe: On the Foundations of the Representational Arts*, in: *Philosophy and Phenomenological Research* 1991, 379–382.
- Weigelin, Ernst: Über rechtliche und sittliche Fiktionen, in: *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie* 1924, 23–29.
- Weinberger, Ota: *Norm und Institution: Eine Einführung in die Theorie des Rechts*, Wien 1988.
- Werner, Jan C.: Fiktion, Wahrheit, Referenz, in: *Klauk/Köppe* (Hrsg.): *Fiktionalität: Ein interdisziplinäres Handbuch*, Berlin/Boston 2014, 125–158.
- Whittuck, E.: *Institutiones or Insitutes of Roman Law by Gaius with a Translation and Commentary by the late Edward Poste*, 4. Aufl. Oxford 1904.
- Wright, G. H. von: Deontic Logic, in: *Mind* 1951, 1–15.
- Zetterberg Gjerlevsen, Simona, Fictionality, in *Hühn, Peter* (Hrsg.): *The Living Handbook of Narratology* <<http://www.lhn.uni-hamburg.de/article/fictionality>> (30.04.2019).
- Zinsmaier, Thomas: Fiktion, in: *Ueding, Gert* (Hrsg.) *Historisches Wörterbuch der Rhetorik*, Berlin 1996.
- Zipfel, Frank: *Fiktion, Fiktivität, Fiktionalität. Analysen zur Fiktion in der Literatur und zum Fiktionsbegriff in der Literaturwissenschaft*, Berlin 2001.
- Zippelius, Reinhold: *Juristische Methodenlehre*, 7. Aufl. München 1999.
- Zweigert, Konrad/Kötz, Hein: *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, 3. Aufl. Tübingen 1996.

Sachregister

1. Spalte: Stichwort
2. Spalte: Seitenzahlen
3. Spalte: Verweise

Abbild	31, 71, 73	
ABGB		Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
Abstraktion	15, 30, 49, 51, 58, 66, 79, 178, 185, 186, 201, 238, 244, 263-265, 268	
Abweichung	25, 72, 78, 178 f., 181, 183 f., 186, 215, 221, 227, 229, 237 ff. , 252, 280, 310	
<i>actiones ficta</i>		Fiktion (Römisches Recht)
<i>actiones utilis</i>		Fiktion (Römisches Recht)
<i>aequitas</i>		Fiktion (Römisches Recht)
Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch	19, 54, 58, 86, 195, 213-215, 223, 231, 239, 243, 257, 262, 282, 297	
Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten	54-58, 298	
Alltagssprache	15, 78, 265-268, 280	
als ob	17, 23, 27, 36, 37, 40 f., 44 f., 54, 67, 69 ff. , 80 ff., 85 f., 91, 95 f., 103, 109, 111, 131, 141, 142, 146, 161, 167, 170, 176, 194, 208, 224 f., 241 f., 247 ff. , 265, 277, 292, 299, 302, 307	Signalwörter für Fiktionen
Analogie	18, 71, 79, 86, 99, 101, 104, 118, 145, 147, 222 ff.	
Anerkennung	19, 46, 57, 98, 159, 206, 207, 224, 243, 266, 272 f. , 275, 278, 280 ff., 285, 304, 306, 312	
Annahme	15, 17, 33, 34, 38, 44, 45, 50, 55, 60, 70 f., 79, 84, 86, 91, 99, 103 f., 106, 110 f., 116 f., 131, 136, 141, 147, 150, 163, 165 f., 168-171, 175 f., 180 f., 193-195, 206 f., 209 f., 224, 230 ff. , 240 f., 252 f., 256 ff. , 273, 280, 284, 287, 310 f.	
Antirealismus	150, 164, 175 ff. , 193	Siehe auch: Fiktion (Ontologie/Erkenntnistheorie)

Artefakt	166 f., 151, 183, 185, 215, 239 ff. , 244, 249, 258, 264, 280, 293, 295, 302	Artifizialität
Artefaktualismus	166 f.	Thomasson, Amie, Fiktions- theorie
Artifizialität	29, 130, 142, 151, 163, 167, 183 f. , 185 f., 211, 214, 221 , 226, 229, 230, 239 ff. , 244, 245, 249, 251, 252 f., 255, 258, 264 f., 280, 293, 295, 302, 310	Siehe auch: Thomasson, Amie, Fiktionstheorie
assertion		Annahme
<i>attractive nuisance</i>	131, 185	<i>Fiktion (Common Law)</i>
Ausnahme	42 f., 45, 47 f., 114, 122, 140, 197, 203, 212, 239, 258, 282, 287, 290, 302, 310	
Bezugswirklichkeit	124, 148, 177, 178 ff. , 194, 237, 240, 252, 264	
Bill of Middlesex	133, 136 ff.	Siehe auch: <i>Fiktion (Common Law)</i>
Billigkeit	31	
<i>bonorum possessor</i>	36	Fiktion (Römisches Recht)
Bürgerlicher Tod	57, 146	
Clapham Omnibus	133 ff. , 146, 260 ff., 304	Siehe auch: Fiktion (Common Law)
Code Civil	54, 57, 298	
Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis	54 ff.	
<i>Common Law</i>	20, 25, 45, 47, 62, 103, 105 ff. , 185, 203, 219 ff., 239, 252, 255 ff., 288 f., 290 f., 293 f., 296, 306	Siehe auch: Fiktion (Common Law)
<i>contra legem</i>	48, 184 ff. , 238 ff.	Fiktion (Definitionsmerkmale)
<i>contra realitatem</i>	48, 178 ff. , 237 ff.	Fiktion (Definitionsmerkmale)
corporate personhood	131, 133, 278	Juristische Person
Corpus Iuris Civilis		Siehe auch: Fiktion (Römisches Recht)
Court of Exchequer	137	<i>Fiktion (Common Law)</i>
Court of King's Bench	137 ff. , 208	<i>Fiktion (Common Law)</i>
Darlehen, fiktiv	32 f.	
deeming	25, 123 ff., 131, 138, 141, 219, 245, 300	Siehe auch: Signalwörter für Fiktionen <i>Siehe auch: Fiktion (Common Law)</i>

Dogmatischen Fiktionen	62, 64 f., 222, 232	
Echte Fiktionen	74, 82, 277	Vaihinger, Hans, Fiktions- theorie
<i>edictum perpetuum</i>	35	Fiktion (Römisches Recht)
<i>emancipatio</i>	45 f.	Fiktion (Römisches Recht)
<i>ens morale</i>	56	
<i>Equity</i>	107, 115, 117, 136 f., 219, 252 f., 257 f., 293, 296, 306, 310	Siehe auch: Fiktion (Com- mon Law)
Erkenntnisbedingung	89	Grundnorm
Erkenntniserweiterung	70, 72, 77, 79, 84, 161, 202, 209 f., 229, 233 ff. , 255 f., 262, 277, 280	Siehe auch: Vaihinger, Hans, Fiktionstheorie
Erzählung	48, 152, 156 f., 169, 194, 213, 240, 242	
<i>falsa simulatione</i>	39 f.	Simulation
<i>Fictio extensiva</i>	51	
<i>Fictio inductiva</i>	50	
<i>Fictio privativa</i>	50	
<i>Fictio translativa</i>	50	
<i>fictional entities</i>	108 ff.	Bentham, Jeremy, Fiktions- theorie
Fiktion (Civil Law)	29 ff. , vgl. 257 f.	
Fiktion (Common Law)	105 ff. , vgl. 257 f.	
Fiktion (Definitionsmerkma- le)	225 ff.	
Fiktion (Etymologie)	27 f.	
Fiktion (Ontologie/Erkennt- nistheorie)	147 ff.	
Fiktion (Römisches Recht)	30 ff.	
Fiktionalismus	17, 18, 69, 95, 161, 163, 164, 172, 175 ff. , 180	Fiktion (Ontologie/Erkennt- nistheorie)
Fiktionssignale		Signalwörter für Fiktionen
Fiktivkaufmann	19	
<i>fingamus</i>	47	Fiktion (Etymologie) Signalwörter für Fiktionen
<i>fingere</i>	27, 34, 42, 47, 167	Fiktion (Etymologie) Signalwörter für Fiktionen
<i>Finte</i>	28	Fiktion (Etymologie) Signalwörter für Fiktionen
<i>formulae fictiae</i>	35, 39, 42, 43, 48, 291, 299	Fiktion (Römisches Recht)

<i>game of make-believe</i>	152, 154, 158, 194, 242 f. , 247	Walton, Kendall, Fiktions- theorie
Gesetzesfiktion	20, 22, 23, 44, 104	
Gesetzgeber, Fiktion durch	20 f., 30, 35, 44, 66 f., 75, 84 f., 100, 119, 138 f., 141, 158, 162, 167, 177, 184 f., 203, 212, 212 f. , 229, 240 f. (242),	Siehe auch: Prätor
Gilt als	123 , 131, 141, 158, 196, 207 f. , 241 , 247 f. , 258, 269, 298,	Signalwörter für Fiktionen
Gleichsetzung	101, 104, 207, 214, 223, 239, 301	
Gleichstellung (von Frau und Mann)	66, 158 f.	
Grundnorm	81 f., 87 ff. , 161 f.	Siehe auch: Kelsen, Hans, Fiktionstheorie
Hilfskonstruktion	28, 68, 230, 264	
Hypothese	17, 34, 70, 73, 75 f., 92, 134, 211 ff. , 246, 298	
Identität		Gleichsetzung
<i>ignorantia facti</i>	220 f.	
Imaginäres	204 ff.	
<i>imaginarias venditiones</i>		Scheingeschäft
<i>in sacris simulata pro veris accipiuntur</i>	66	Siehe auch: Fiktion (Römisches Recht)
Institute, fiktiv	135, 256, 265 ff. , 304 ff. , 308	
Institution		Institute, fiktiv
<i>ius postliminii</i>	41	Siehe auch: Fiktion (Römisches Recht)
<i>Judges do not make law</i>	133	<i>Siehe auch: Fiktion (Common Law)</i>
Juristische Person	50, 58 f., 61, 64 f., 97 f., 131, 201, 266, 272 ff., 281 ff.	
Juristische Vermutung	215 ff.	
Kaufmann		Fiktivkaufmann
Kelsen, Hans, Fiktionstheorie	23, 80 ff. , 234, 263, 288, 295, 304	
Kodex Hammurabi	30	
Konstruktion		Fiktion (Definitionsmerkmale)
Kontrafaktizität	60, 65, 178 ff., 237 f.	Siehe auch: Fiktion (Definitionsmerkmale)

Kreationismus	166 f.	Siehe auch: Fiktion (Ontologie/Erkenntnistheorie)
Kriegsgefangenschaft	40 ff.	Siehe auch: Fiktion (Römisches Recht)
Kunstgriff des Denkens	77, 230	Siehe auch: Vaihinger, Hans, Fiktionstheorie
Legal fiction		<i>Fiktion (Common Law)</i>
Legal person		Juristische Person
Letztbegründung	89 ff., 162	Siehe auch: Grundnorm
<i>lex Cornelia</i>	40 ff., 297, 299	Siehe auch: Fiktion (Römisches Recht)
<i>Lex Gallia Cisalpina</i>	138	Siehe auch: Fiktion (Römisches Recht)
Lüge	292 ff.	Siehe auch: Fiktion (Definitionsmerkmale)
<i>make-accept</i>	243 ff.	
Maßstabsfiguren, fiktiv	259 ff., 303 ff.	
Meinonganismus	166 ff.	Siehe auch: Fiktion (Ontologie/Erkenntnistheorie)
Menschenbild	18, 202	
Metapher	60, 207 ff., 242	
Möglichkeit des Fingierten	250 ff.	Siehe auch: Fiktion (Definitionsmerkmale)
<i>mors civilis</i>		Bürgerlicher Tod
<i>Mostyn v Fabrigas</i>	136 ff.	Siehe auch: Fiktion (Common Law)
Notlüge		Lüge
Paraphrase	110, 176, 192 ff.	
<i>persona moralis</i>	55 ff.	
<i>persona mystica</i>	55	
<i>persona(e) naturalis</i>	56	
Personifikation	84, 98, 186, 245, 248, 253, 259 ff. (264), 303 ff.	
<i>personne juridique</i>		Juristische Person
Phantasie	84, 204, 264, 307	
Philosophie des Als Ob		Siehe auch: Vaihinger, Hans, Fiktionstheorie
Possibilismus	168 f.	Siehe auch: Fiktion (Ontologie/Erkenntnistheorie)

Prätor		Siehe auch: Fiktion (Römisches Recht)
<i>pro veritate</i>	30, 189 ff.	Siehe auch: Fiktion (Definitionsmerkmale)
Pseudofiktionen	86	
Realismus, fiktiver	166 ff.	
Realität, Fiktion und	147 ff.	
<i>reasonable man</i>	20, 133 ff., 185, 260 ff.	<i>Siehe auch: Fiktion (Common Law)</i> <i>Siehe auch: Personifikation</i>
Recht als Fiktion	15, 87, 103, 146, 151 ff.	
Rechtsfolgenverweisung		Siehe auch: Fiktion (Civil Law)
Rechtsfortbildung		Siehe auch: Fiktion (Common Law)
Rechtsinstitut, fiktives		Institute, fiktiv
Rechtskreis	25	Siehe auch: Fiktion (Common Law) Siehe auch: Fiktion (Civil Law)
Rechtsperson	56 f., 61, 84 f., 97, 222, 238 ff., 265 ff., 282, 284, 304, 309	Siehe auch: Juristische Person
Rechtspersönlichkeit		Rechtsperson Siehe auch: Juristische Person Siehe auch: Rechtsinstitut
Rechtssubjekt		Rechtsperson Siehe auch: Juristische Person Siehe auch: Rechtsinstitut
Referenz	27, 60, 102, 153 ff., 167, 187 ff., 242, 265, 305	Siehe auch: Rechtsinstitut
Richter	21 f., 33 ff., 65 ff., 107 ff., 117, 120 ff., 130, 136, 139 ff. , 185, 203, 216, 228 f., 257 ff.	Siehe auch: Fiktion (Common Law)
Römisches Recht		Fiktion (Römisches Recht)
Sachsenspiegel	51 ff., 284, 294	
Scheingeschäft	45 f., 51 ff., 102, 293	
Semifiktion	71 ff.	Siehe auch: Vaihinger, Hans, Fiktionstheorie
<i>si civis esset</i>		Fiktion (Römisches Recht)
<i>si heres esset</i>		Fiktion (Römisches Recht)

Signalwörter für Fiktionen	158, 244	Siehe auch: Fiktion (Definitionsmerkmale)
<i>simulacra pro veris accipiuntur</i>		Fiktion (Römisches Recht)
Simulation	28, 33, 39, 40, 101, 232, 250	Fiktion (Definitionsmerkmale)
Soziale Institution		Institution
Soziale Praxis		Siehe auch: Institution
soziale Realität		Realität
Stufenbau der Rechtsordnung		Kelsen, Hans, Fiktionstheorie
Symbol		Siehe auch: Fiktion (Römisches Recht)
Symbolismus	30, 33, 51, 72, 291	
Täuschung	292 ff.	
<i>Terra nullius</i>	240	Siehe auch: Fiktion (Common Law)
the King can do no wrong		Siehe auch: Fiktion (Common Law)
<i>traditio ficta</i>		Fiktion (Römisches Recht)
Unwahrheit	67, 118, 203	Siehe auch: Fiktion (Definition)
Unwiderlegbare Vermutung	103, 122, 215 ff.	Vermutung
<i>usucapio</i>		Siehe auch: Fiktion (Römisches Recht)
Vaihinger, Hans, Fiktions-theorie	69 ff.	
Vaterschaft	243	Siehe auch: Fiktion (Civil Law)
Veranschaulichung	31, 84 f., 185, 229, 236, 263, 299 ff.	
Verdeckung	67, 130, 141, 245, 249 f., 292 f., 302	
Vermutung	49, 103, 121 f., 141, 215 ff., 243	
Verweisung		Siehe auch: Fiktion (Civil Law) Rechtsfolgenverweisende Fiktion
Vorläufigkeit	74, 83, 129	
Vorstellungsgebilde	233	Siehe auch: Kelsen, Hans, Fiktionstheorie
Wahrheit	189 ff.	Siehe auch: Fiktion (Definition)

Sachregister

Walton, Kendall, Fiktions- theorie	145, 154, 194, 242, 247	
Weiterentwicklung des Rechts	32, 38, 65, 95, 115, 117 ff., 136, 236, 250, 281, 291	Siehe auch: Rechtsfortbil- dung
Whanganui	265 ff., 282	Siehe auch: Institut, fiktiv
Widerlegbare Vermutung		Vermutung
Willensfreiheit	19 f., 74 f., 80, 84 f., 158, 160, 187 f., 204, 241 f., 305	Siehe auch: Institut, fiktiv
Wirklichkeit	147 ff.	Siehe auch: Fiktion (Ontolo- gie/Erkenntnistheorie)
<i>Writ of Quominus</i>	136 f.	Siehe auch: Fiktion (Com- mon Law)