

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 Krufft 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 <i>genus proximum</i> über den Zweck	227
II. Bestimmung des <i>genus proximum</i> 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. <i>Contra veritatem</i>	237
2. <i>Contra realitatem</i>	237
3. <i>Contra legem</i>	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