

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 ebenderselben 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 Zeitpunkte 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 Frankenstein's 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 Gegenstell[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.