

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

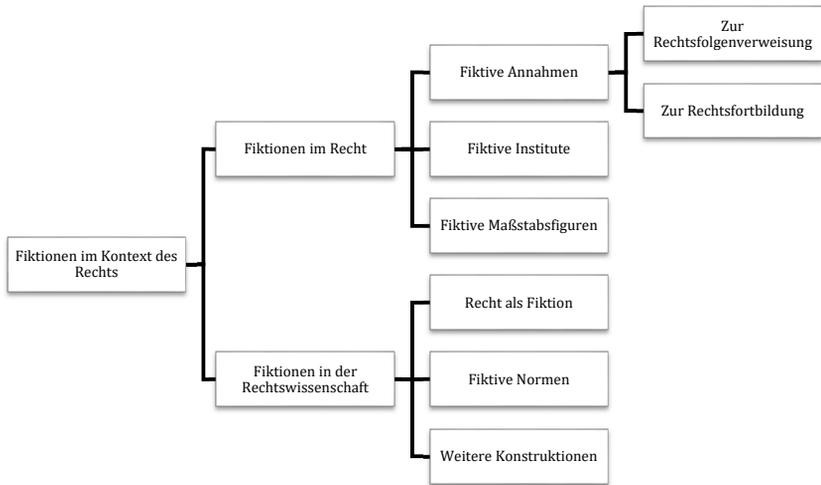
967 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 252.

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. Gerechtigkeitserwägungen 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 be 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-biologisches 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 Konkretheit 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 Weltanschauung 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

I. 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 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 bedeutende 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 „Instituts Garantien“ 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.*, 34f.

welche bzw. welches sich wiederum auf der Objektsebene auspräge. Für Hauriou findet bei den Personeninstitutionen also ein Perspektivwechsel statt: Die faktische Gruppe verselbständigt 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 Frankensteins 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 Theorieansatz 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 befehlst, 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.