

Zweiter Teil: Historische Grundlegung

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

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

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

56 Begriff im Sinne Gottlob Freges als Bedeutung des Begriffsausdrucks.

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

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

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

60 *Ibid.*

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

62 *Ibid.*, 201.

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

64 *Aristoteles*, Poetik, 29.

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

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

65 *Hamburger*, Die Logik der Dichtung.

66 *Ibid.*, 53 f.

67 *Genette*, Fiktion und Diktion.

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

69 *Tesak*, Fiktion.

70 *Meyer*, Fiktionen im Recht, 3.

71 *Searle*, Sprechakte, 12.

A. Fiktionen im römisch-rechtlichen Rechtskreis

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

Die Hauptthesen dieses Kapitels sind,

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

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

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

I. Frühste Quellen, römisches und griechisch-hellenistisches Recht

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

1. Die Geburt der Fiktionen im Recht

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

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

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

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

75 *Esser*, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen², 21.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

„[...] ἐδάνεισεν Διονύσιος Ἀπολλωνίου Γαζαῖος τῶν περὶ Δεῖνωνα Ἰσιδώροι Θράκι τεσσερακονταρῶροι τῶν Λυκό-

80 Kaser, Das Römische Privatrecht, 28.

81 Ibid.

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

83 Ibid., 199.

φρονος ἀργυρίου δραχμᾶς τριακοντατέσσαρας, τοῦτο δ' ἐστὶν ἡ τιμὴ τοῦ βασιλικοῦ σίτου, τόκου ὡς δύο δραχμῶν τῆι μνᾷ ἐκάστη τὸν τομ μῆνα ἕκαστον.⁸⁴

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

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

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

86 Ibid.

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

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

89 Ibid., 81.

2. Die Entwicklung der Fiktionen im römischen Recht

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

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

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

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

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

90 *Vaithinger* , Die Philosophie des Als Ob, 48.

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

92 *Ibid.* , 9.

93 *Ibid.* , 12.

94 *Ibid.*

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

96 *Behrends* , Die Institutionen Justinians als Lehrbuch, 284.

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

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

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

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

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

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

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

99 Ibid.

100 Kaser, Das Römische Privatrecht, 225.

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

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

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

Gaius Inst. 4.36 (*usucapio fingitur*):

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

107 Kaser, Das Römische Privatrecht, 28 f.

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

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

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

109 *Harke*, Argumenta Iuventiana, 29.

110 *Ibid.*, 31 f.

111 *Ibid.*, 29.

112 *Nörr*, Causa mortis.

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

Die Merkmale der Gaianischen Fiktionen sind somit:

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

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

C. 5.12.30.2:

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

Diese Stelle wird von Jhering folgendermaßen interpretiert:

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

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

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

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

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

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

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

Javolen D. 28.3.12: ¹¹⁸

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

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

116 Berger, Encyclopedic Dictionary of Roman Law, 43.

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

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

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

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

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

Justinian Inst. 1.12.5:

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

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

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

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

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

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

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

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

Damit wäre ein weiteres Fiktionsverständnis gefunden:

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

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

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

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

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

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

126 *Ibid.*, 156.

127 *Ibid.*, 156.

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

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

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

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

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

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

130 *Bruna*, *Lex Rubria*, 4.

131 *Ibid.*, 52.

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

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

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

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

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

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

Justinian Inst. 1.12.6:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Paulus in D. 1.5.7:¹³⁸

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

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

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

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

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

Inst. 2.22.3:

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Resümee

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

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

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

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

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

142 Vgl. dazu die Definitionen, 225 ff.

143 *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 58.

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

II. Mittelalter

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

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

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

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

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

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

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

148 *Ibid.*, 13 f.

149 *Ibid.*, 13.

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

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

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

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

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

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

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

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

150 Ibid., 15.

151 Ibid., 16.

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

153 Ibid.

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

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

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

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

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

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

155 Biermann, Traditio Ficta, 71.

156 Ibid., 73.

157 Ibid., 71.

158 Ibid., 70.

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

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

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

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

161 *Schmidt-Wiegand*, Eike von Repgow, 403.

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

163 *Schmidt-Wiegand*, Eike von Repgow, 403.

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

165 *Kümper*, Sachsenspiegel, 27.

166 *Ibid.*, 25.

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

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

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

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

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

Ssp. Landrecht I, 48:

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

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

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

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

171 Praefatio rhythmica, Z. 151-154.

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

173 Hervorhebungen nicht im Original.

174 *von Repgow*, Der Sachsenspiegel, 42.

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

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

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

III. Neuzeit

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

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

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

CMBC, Part. I Cap. III § 2:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

179 Johann Nicolaus Hert gem. Ibid., 79.

180 Ibid., 86.

181 Ibid., 94.

182 Dazu detailliert später, 69 ff.

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

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

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

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

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

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

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

184 Dreier, Die juristische Person als Grundrechtsträger, 324.

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

186 Ibid., 153.

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

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

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

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

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

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

IV. 19. Jahrhundert

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

1. Friedrich Carl von Savigny

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

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

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

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

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

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

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

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

192 *Ibid.*, § 60.

193 *Ibid.*, § 90.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Rudolf von Jhering

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

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

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

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

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

197 Jhering, Geist des römischen Rechts, 303.

198 Ibid., 277.

199 Ibid., 277.

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

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

a. „Historische Fiktionen“

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

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

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

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

200 Ibid., 278.

201 Ibid., 306.

202 Ibid., 308.

203 Ibid., 309, Fn. 422a.

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

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

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

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

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

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

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

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

207 Jhering, Geist des römischen Rechts, 306.

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

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

210 Jhering, Geist des römischen Rechts, 305.

211 Ibid.

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

213 Ibid., 305.

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

b. „Dogmatische Fiktionen“

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

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

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

c. Rechtsfolgenverweisungen

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

214 Ibid., 306.

215 Ibid., 308.

216 Ibid., 306 f.

217 Ibid., 308.

218 Ibid.

219 Ibid.

220 Ibid., 307.

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

d. Resümee

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

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

221 Ibid., 306.

222 Ibid.

223 Ibid., 307.

224 Ibid.

225 Ibid.

226 Ibid.

227 Ibid., 281 (in der Fußnote).

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

3. Gustav Demelius

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

4. Oskar Bülow

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

228 *Esser*, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen¹, 35.

229 *Demelius*, Die Rechtsfiktion.

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

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

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

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

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

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

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

„Die wissenschaftliche [...] Fiktion ist eine *contradictio in adjecto*, eine Selbsttäuschung, ja eine Bankrotterklärung der Wissenschaft!“²³⁶
„Diese Täuschung [dass nicht existierende Tatsachen für das Recht doch existieren, Anm. KA] hat die wissenschaftliche Entwicklung in unberechenbarer Weise zurückgehalten. Die [...] Fiktion hat viele bedeutende Rechtswahrheiten so dicht verhüllt, daß nicht einmal der Versuch gemacht worden ist, ihnen nachzuspüren.“²³⁷

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

233 Ibid., 7 f.

234 Ibid., 8.

235 Ibid.

236 Ibid., 7.

237 Ibid., 9.

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

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

Ein letztes Positives kann Bülow dann gerade doch noch finden:

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

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

V. 20. Jahrhundert

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

238 Ibid.

239 Ibid., 6.

240 Ibid., 9.

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

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

1. Hans Vaihinger

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

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

242 *Wagner*, Fiktion/Fiktionalismus, 710.

243 *Ibid.*, 710.

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

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

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

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

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

244 *Simon*, Chronologie Hans Vaihinger, 22.

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

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

247 *Ibid.*, 129 ff.

248 *Ibid.*, 131.

249 *Ibid.*

250 *Ibid.*, 136.

251 *Simon*, Chronologie Hans Vaihinger, 32.

a. Fiktionen im Allgemeinen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

255 *Ibid.*, 157.

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

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

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

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

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

256 Ibid., 54 ff.

257 Ibid., 55.

258 Ibid., 174.

259 Ibid., 174.

260 Ibid., XVI.

261 Ibid., 23.

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

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

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

262 Ibid., 93.

263 Ibid., 110 ff.

264 Ibid., 113.

265 Ibid.

266 Ibid., 111.

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

268 Ibid., 11 f.

die ohne unser Zutun geschehenen Ereignisse zu berechnen und unsere Willensimpulse nach den Direktiven der logischen Gebilde zweckentsprechend auszuführen²⁶⁹ bzw. kürzer: es geht Vaihinger um die „Ermöglichung der Berechnung des Geschehens und des Einwirkens auf das letztere“.²⁷⁰ Dies ist letztendlich das Erkenntnisinteresse an den Vorgängen der Natur. Nach dem Kriterium der praktischen Erprobung halten all jene Vorstellungsgelbe stand, die physikalische Vorgänge (ermöglichen zu) erklären.

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

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

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

269 Ibid., 5.

270 Ibid., 7.

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

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

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

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

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

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

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

274 Vaihinger, Die Philosophie des Als Ob, 30.

275 Ibid..

276 Ibid., 173.

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

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

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

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

Vaihingers wissenschaftstheoretisches Fiktionsverständnis umfasst also folgende Merkmale:

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

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

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

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

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

b. Juristische Fiktionen

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

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

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

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

279 Ibid., 17.

280 Ibid., 19.

281 Ibid., 18.

282 Ibid., 46.

283 Ibid.

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

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

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

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

284 Ibid., 48.

285 Ibid., 70.

286 Ibid., 46.

287 Ibid., 47.

288 Ibid., 50.

289 Ibid., 48.

290 Ibid., 49.

291 Ibid., 46.

292 Ibid., 49.

c. Praktische (ethische) Fiktionen

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

d. Resümee

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

293 Ibid., 59.

294 Ibid.

295 Ibid., 60 f.

296 Ibid., 60.

297 Ibid., 59.

298 Ibid., 61.

299 Ibid.

300 Ibid., 67.

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

2. Hans Kelsen

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

a. Fiktionsbegriff

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

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

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

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

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

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

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

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

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

303 *Ibid.*, 861.

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

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

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

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

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

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

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

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

307 *Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, XVII.

308 *Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 56.

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

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

311 *Ibid.*, 631.

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

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

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

312 Ibid., 632.

313 Ibid.

314 Ibid., 633.

315 Ibid., 631.

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

317 Ibid., 173.

318 Ibid., 172 f.

319 Ibid., 173.

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

- Viertes Merkmal, das von Vaihinger an der Stelle selbst zwar nicht als solches bezeichnet wird, aber für ihn als selbstverständlich vorausgeht: Der Zweck der Erkenntniserweiterung bzgl. der Wirklichkeit durch die Fiktion; bei Kelsen abgewandelt zu Erkenntnissen bzgl. des Rechts. Kelsen unterscheidet nun zwischen „rechtstheoretischen Fiktionen“ und *fictiones iuris*, d.h. Fiktionen durch den Gesetzgeber oder des Rechtsanwenders.³²¹

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

320 Ibid.

321 Kelsen, Zur Theorie juristischer Fiktionen, 638.

322 Ibid., 633.

323 Vaihinger, Die Philosophie des Als Ob, 198.

324 Kelsen, Zur Theorie juristischer Fiktionen, 651.

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

326 Kelsen, Zur Theorie juristischer Fiktionen, 633.

327 Ibid., 634.

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

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

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

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

328 Ibid.

329 Ibid., 636.

330 Ibid., 638.

331 Ibid.

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

333 Ibid., 638.

334 Ibid., 639.

335 Ibid., 643.

336 Ibid., 644.

337 Ibid.

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

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

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

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

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

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

338 Ibid., 645.

339 Ibid.

340 Ibid., 647.

341 Ibid., 649.

342 Ibid., 650.

343 Ibid., 648.

344 Ibid.

345 Ibid., 654.

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

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

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

a. Die Grundnorm

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

353 *Ibid.*, 172.

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

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

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

354 Ibid.

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

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

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

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

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

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

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

Dies inkludiert auch das Verständnis der Grundnorm als erkenntnistheoretische Notwendigkeit.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

368 Dies wird im nächsten Abschnitt genauer erläutert.

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

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

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

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

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

371 *Somek*, Rechtstheorie, 112, 136.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

374 *Albert*, Traktat über kritische Vernunft, 10.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

379 *Ibid.*, 135.

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

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

382 *Somek*, *Rechtstheorie*, 112.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

b. Die juristische Person

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

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

Dann folgt Kelsens entscheidende Stellungnahme:

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

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

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

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

388 *Ibid.*, 313.

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

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

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

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

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

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

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

391 *Kelsen*, Reine Rechtslehre², 314.

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

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

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

c. Wahrheit im Recht

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

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

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

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

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

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

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

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

398 *Ibid.*, 136 f.

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

d. Resümee

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

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

3. Josef Esser

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

401 Esser, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen², 5.

402 Ibid., 199; 37–127.

403 Ibid., 199.

404 Ibid., 201.

405 Ibid., 5.

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

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

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

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

4. Pierre J.J. Olivier

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

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

407 *Larenz*, Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie, 15.

408 *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 253.

409 *Esser*, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen², 201.

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

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

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

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

411 *Ibid.*, 56.

412 *Ibid.*, 57.

5. Dieter Meurer

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

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

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

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

414 Meurer, Fiktion und Strafurteil, 73.

415 Ibid., 75.

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

B. Fiktionen im anglo-amerikanischen Rechtskreis

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I. 18. Jahrhundert

1. William Blackstone

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Jeremy Bentham⁴²⁸

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

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

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

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

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

426 *Kerr*, *Fictions and Deemings*, 301.

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

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

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

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

431 *Ibid.*, 235.

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

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

a. „Fictious Entities“

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

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

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

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

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

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

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

435 *Ogden*, Bentham’s Theory of Fictions, 114.

436 *Ibid.*, 12.

437 *Ibid.*, 15.

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

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

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

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

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

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

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

440 Ibid.

441 Ibid.

442 Ibid., 60.

443 Ibid.

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

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

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

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

444 Ibid., 61.

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

446 Ibid., 138 f.

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

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

b. „Fictions“

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

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

Es lässt sich also zusammenfassen:

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

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

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

449 *Bentham*, Theory of Legislation, 1840, 91.

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

451 *Ibid.*, 67.

452 *Ibid.*, 65.

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

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

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

c. Resümee

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

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

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

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

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

457 *Ibid.*, 228.

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

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

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

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

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

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

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

460 *Simon*, Chronologie Hans Vaihinger, 184.

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

462 *Ibid.*

463 *Ibid.*

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

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

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

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

II. 19. und 20. Jahrhundert

1. Henry Sumner Maine

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

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

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

466 Maine, Ancient Law, 22.

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

468 Maine, Ancient Law, 1.

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

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

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

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

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

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

469 Ibid., 20.

470 Ibid., 18.

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

472 *Maine*, Ancient Law, 20.

473 Ibid.

474 Ibid.

475 Ibid.

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

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

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

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

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

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

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

477 *Maine*, *Ancient Law*, 18.

478 *Ibid.*

479 *Ibid.*, 21.

480 *Ibid.*

481 *Ibid.*, 21 f.

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

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

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

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

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

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

482 Ibid., 27.

483 Ibid.

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

485 Ibid.

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

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

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

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

2. Oliver R. Mitchell

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

486 Ibid.

487 Ibid., 23.

488 Ibid.

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

490 Ibid., 36.

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

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

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

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

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

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

492 *Ibid.*, 251.

493 *Ibid.*, 265.

494 *Ibid.*

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

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

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

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

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

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

495 Ibid., 252.

496 Ibid., 249.

497 Ibid., 264.

498 Ibid.

499 Ibid., 265.

500 Ibid.

Zusammenfassend versteht Mitchell unter Fiktionen

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

3. Lon L. Fuller

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

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

a. Fiktion und Vermutung

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

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

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

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

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

504 *Fuller*, Legal Fictions, 50.

505 *Ibid.*, 9.

506 *Ibid.*, 45.

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

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

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

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

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

507 Ibid., 44.

508 Ibid., 43.

509 Ibid., 44.

510 Ibid., 44 f.

511 Ibid., 42.

512 Ibid.

b. Fiktion und „Deeming“

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

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

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

c. Fiktion und Definition

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

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

514 *Fuller*, *Legal Fictions*, 47 f.

515 *Ibid.*

516 *Ibid.*, 48.

517 *Ibid.*, 20 f.

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

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

d. Fiktion und Wahrheit

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

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

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

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

518 Ibid., 21.

519 Ibid.

520 Ibid., 22.

521 Ibid., 1.

522 Ibid.

523 Ibid., 28.

524 Ibid., 29.

525 Ibid.

526 Ibid.

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

e. Fiktionsbegriff

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

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

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

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

527 Ibid., 29 ff.

528 Ibid., 9.

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

f. Bewertung von Fiktionen

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

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

Und seine Antwort lautet:

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

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

g. Kritik

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

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

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

531 *Fuller*, Legal Fictions, 22.

532 Ibid.

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

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

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

III. 21. Jahrhundert

1. Kwame Anthony Appiah

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

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

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

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

536 *Fuller*, Legal Fictions, 38 ff.

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

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

539 *Ibid.*, 112 ff.

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

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

541 *Appiah*, *As If: Idealization and Ideals*, 113.

542 Inwiefern die „Philosophie des Als Ob“ als „neglected“ zählen kann, ist aufgrund der Rezeption im großen zeitlichen, internationalen und interdisziplinären Bereich fragwürdig.

543 *Appiah*, *As If: Idealization and Ideals*, x.

544 *Ibid.*, xvi: Dort explizit: „So I take the notion of truth for granted, without relying on an answer to the question how it should be understood metaphysically for each class of theories I’m discussing.“

545 *Ibid.*, x.

546 *Ibid.*, 114, 138 ff.

547 *Ibid.*, 130; es sei angemerkt, dass Appiah immer „controlling the world“ als Ziel von Theorien im Sinne Vaihingers angegibt, obwohl Vaihinger selbst von Erkenntniserweiterung spricht. Vgl. für Appiahs Vaihinger-Interpretation dazu *Ibid.*, 20.

ne von, dass es die Welt besser mache)⁵⁴⁸ an, ein absolutes Tötungsverbot als gegeben anzunehmen obwohl man wisse, dass dies „strictly speaking, false“⁵⁴⁹ sei. Auf was es letztendlich ankäme, sei das folgende:

„So the kind of truth that matters most [...] is not just truth in the actual world, as it is, but truth in possible worlds [...]; or if you are a skeptic about those, then let us just say that what matters is the truth about what is possible.“⁵⁵⁰

Zusammenfassend kann man sagen, dass die Anregungen Appiahs nützlich sind, um Vaihingers Theorie im Bereich ihrer Anwendungen auf die Philosophie exemplarisch zu aktualisieren.

2. Maksymilian Del Mar

Im Anschluss an Maine konzentriert sich Maksymilian Del Mar⁵⁵¹ auf die Funktion von Fiktionen und einen neuen Weg beim Kriterium der Wahrheit. Del Mar sieht Fiktionen als Mittel zur Rechtsfortbildung, wobei er vor allem die Vorläufigkeit einer Fiktion als deren Stärke sieht, da sie die Kommunikation über die Zeit hinweg zwischen den Gerichten ermöglichte und daher „flexibility and responsiveness with stability and predictability“⁵⁵² kombiniere.

„They [legal fictions, Anm. KA] [...] are a way of probing – a form of trail-and-error – across time, enabling communication [...] between past, present and future courts.“⁵⁵³

Einen anderen Aspekt bringt er neu ins Spiel: Ist ein unterstellter Sachverhalt fiktional, wenn er angenommen wird, aber nicht abschließend geklärt

548 Ibid., 135; bzw. pragmatischer ausgedrückt auf 136: „These people are taking up an option that fits Vaihinger’s framework. They are acting as if something they concede to be false is true, because that helps them control their social world, in the sense of having it go the way they would like it to go.“

549 Ibid., 133.

550 Ibid., 172.

551 Berücksichtigt wurden nur die Veröffentlichungen bis Ende 2019.

552 Del Mar, Legal Fictions and Legal Change in the Common Law Tradition, in: Twining/Del Mar (Hrsg.), Legal Fictions in Theory and Practice, 250. Ersteren wird der Fiktionscharakter beispielsweise abgesprochen von Olivier, Legal Fictions in Practice and Legal Science, 61.

553 Del Mar, Legal Fictions and Legal Change in the Common Law Tradition, in: Twining/Del Mar (Hrsg.), Legal Fictions in Theory and Practice, 250.

werden kann, ob er tatsächlich vorliegt? Shmilovits kommt in seiner Rezension zum Schluss, dass Del Mar hier eine Zwischenposition einnehme in der Diskussion, ob Fiktionen wahr oder falsch seien.⁵⁵⁴ Dies ist verkürzt, da Del Mar das Kriterium der Wahrheit um das der Beweisbarkeit ergänzt.

3. Simon Stern

Simon Stern⁵⁵⁵ wehrt sich bei Fiktionen vor allem gegen den Vorwurf der Falschheit: Es käme vielmehr auf den Abbruch einer willkürlichen kausalen Begründungskette durch den Richter an.⁵⁵⁶ Den anderen Forschern, welche sich auf die Falschheit von Fiktionen stützen, käme es im Übrigen weniger auf die Falschheit, als auf den bewussten Einsatz der Fiktion an.⁵⁵⁷ Was eigentlich den Widerspruch hervorrufe, sei nicht die die Artifizialität, sondern deren Sichtbarkeit.

Die Anwendung einer Fiktion sage viel mehr über die Stellung des Gerichts zu Fragen der Kompetenz von Gerichten „to manipulate the law at will“ aus.⁵⁵⁸ Gerichte flüchteten sich oft in Fiktionen, legten dies aber durch eine sprachliche Kennzeichnung immer offen. Der Vorwurf der Verdeckung, der oft erhoben wird (man denke nur an Maines Aussage, dass die eigentliche Fiktion sei, dass das Recht dasselbe geblieben sei), teilt Stern also nicht. Bei Fiktionen käme es stets zu einer Offenlegung ihrer Künstlichkeit – es ginge dabei weniger um die Grade ihrer Artifizialität, sondern um die Grade der Sichtbarkeit der Artifizialität.⁵⁵⁹ Gerade die offene Darstellung sei es, was Widerspruch provoziere.⁵⁶⁰

Stern unterscheidet zwei Arten von Fiktionen: Zum einen die, die dauerhaft in die Rechtswelt integriert würden, „yielding new and often unforeseen results as they interact with the rest of the system“,⁵⁶¹ ohne dabei

554 *Shmilovits*, Review on Legal Fictions in Theory and Practice. Edited by Maksymilian Del Mar and William Twining., *The Cambridge Law Journal* 2017, 683–686.

555 An dieser Stelle möchte ich *Simon Stern* herzlich für die Diskussion danken.

556 Dies andeutend in *Stern*, *Legal and Literary Fictions*, 314.

557 *Ibid.*, 322.

558 *Ibid.*,

559 *Ibid.*, 314.

560 *Ibid.*,

561 *Ibid.*, 323.

Aussagen über die soziale Wirklichkeit zu treffen⁵⁶². Beispiele hierfür seien die juristische Person und der bürgerliche Tod.⁵⁶³

„Legal fictions, it might be argued, are fictional because they identify legal actors, or objects of legal analysis, in ways that are inconsistent with our experience when we consider them from a nonlegal perspective. [...] This explanation quickly crumbles [...] (because) nonlegal persons do not figure in the doctrine of corporate personhood.”⁵⁶⁴

Andererseits die Fiktionen, die nur zur Herbeiführung einer speziellen Rechtsfolge geschaffen und sonst nicht berücksichtigt würden, und dabei eine bewusst falsche Annahme über die soziale Wirklichkeit trafen.

„ [...] [A] (consciously false) assertion about the world outside the courtroom as a means of reaching the legal conclusion, rather than moving directly to the conclusion.”⁵⁶⁵

Beispiele für diesen Typus von Fiktionen seien „*filiius nullius*“-Doktrin (s. römisches Recht) sowie die „attractive nuisance“-Doktrin. Letztere beinhaltet, dass wenn ein Kind sich auf einem Grundstück an einem gefährlichen Gegenstand verletzt, der Eigentümer des Grundstücks haftungsrechtlich so behandelt wird, als ob er es eingeladen hätte.⁵⁶⁶ Diese Unterscheidung erscheint für das *Common Law* sehr klug und soll später wieder aufgegriffen werden. Sie muss für das *Civil Law* jedoch neu gedacht werden: Dort findet man die nur gezielt wirkende Fiktionen, denkt man etwa an die Annahme des ungeborenen Kindes als geboren, auch dauerhaft institutionalisiert im Recht. Ein weiterer Punkt ist die Verknüpfung dieser Unterscheidung mit Fiktionen aus den Literaturwissenschaften: Stern vergleicht etwa die juristische Person mit dem Plot von Frankenstein oder Matrix, bei welchen Maschinen menschliche Eigenschaften zugeschrieben werden.⁵⁶⁷

Interessant ist auch Sterns Unterscheidung von *deeming provisions* und *fictions*. *Deeming provisions* sind all jene Regelungen, welche das Verb „deem“ (erachten/betrachten) enthalten. Dies entspricht am ehesten dem „gilt als“ in der deutschen Sprache. Teilweise werden Fiktionen und *deemings* als zwei sich ausschließende Kategorien betrachtet. Stern geht davon aus,

562 Ibid., 316.

563 Ibid., 315.

564 Ibid., 319.

565 Ibid., 316.

566 Ibid.

567 Ibid., 317.

dass manche *deeming provisions* Fiktionen sind, dass es also auf etwas anderes als die bloße Formulierung ankommt, wenn es um die Kategorisierung als Fiktion geht.

IV. Bewertung des anglo-amerikanischen Diskurses

Olivier⁵⁶⁸ resümiert vernichtend bezüglich der anglo-amerikanischen Forschungen bis Fuller, „that the Anglo-American writers do not provide a new or independent conception of the legal fiction but basically follow the traditional, Romanistic conception. Neither have we found any deep or complete analysis of the fiction concept, or any discussion of all the elements of the fiction.“⁵⁶⁹ Zuzustimmen ist Olivier insofern, als dass die Bearbeitungen sich immer auf diesen Fiktionstypus beziehen.⁵⁷⁰ Er übersieht die Möglichkeit, dass man nicht nur von einem Fiktionstypus ausgehen könnte. Der gleiche Fehler wie den Juristen des *Common Law* unterläuft jedoch auch den kontinentalen Juristen, welche den Fiktionstypus im *Common Law* überhaupt nicht weiterverfolgen. Den anglo-amerikanischen Juristen, insbesondere Maine, ist jedoch zu Gute zu halten, dass sie in größerer Perspektive das Verhältnis von Fiktion und sozialer Wirklichkeit besprechen.

Nach einem Stillstand der Forschung nach Fuller (1930) sind Fiktionen spätestens seit 2010 wieder ein Thema in der anglo-amerikanischen Forschung.⁵⁷¹ Die Publikationen beschränken sich inhaltlich dabei meist auf Fußnoten zu Maine, Bentham und Fuller. So zu sehen beispielsweise in dem Sammelband „Legal Fictions in Theory and Practice“ von 2015, in welchem die hauptsächlich bearbeiteten Autoren Blackstone, Bentham,

568 Er selbst sieht sich, obwohl er Südafrikaner ist, außerhalb dieser Tradition, da er sich hauptsächlich auf die Glossatoren und Kommentatoren beruft. Daher soll seine Ansicht auch nicht in diesem Kapitel besprochen werden.

569 Olivier, *Legal Fictions in Practice and Legal Science*, 35 f.

570 Dies bedeutet jedoch nicht, dass die *Civil Law* Autoren nicht rezipiert worden wären; so hat Fuller beispielsweise noch eine erstaunliche Kenntnis der deutschsprachigen Quellen: Fuller, *Legal Fictions*, 29.

571 Stolzenberg, *Bentham's Theory of Fictions – A „Curious Double Language“*, 224 f.; Man kann auch Stolzenberg bereits als Wiederaufnahme des Forschungsthemas werten; da sich nach einer Arbeitsgruppe bei der Tagung der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) 2011 in Frankfurt zum Thema von Fullers Werk die Veröffentlichungen gehäuft haben, ist jedoch eher 2010 als Grenzstein heranzuziehen.

Vaihinger, Kelsen (mit seinem Aufsatz von 1919) und Fuller sind.⁵⁷² Die dort besprochenen Beispiele beschränken sich hauptsächlich auf Fiktionen des *Common Law*. Sie streben, wie Olivier es auch bereits für die Autoren davor kritisiert hat, meist keine Definition an und die Rezeption anderssprachiger Quellen scheint – ganz im Gegensatz noch zu Fuller – beinahe gänzlich zum Erliegen gekommen zu sein. Doch waren es gerade die genannten Autoren im *Common Law*, welche eine profunde Kenntnis von Klassikern des anderen Rechtskreises an den Tag legen; hier wäre eine Rückkehr zu den Wurzeln wünschenswert.

V. Beispiele aus der Rechtspraxis

Aus der Rechtspraxis werden häufig die gleichen Beispiele diskutiert, von welchen einige im Anschluss besprochen werden:

- Juristische Person (*corporate personhood*)
- *Judges do not make law*-Doktrin
- *King can do no wrong*-Doktrin
- *Terra nullius*-Doktrin
- *Mostyn v Fabrigas*
- Bill of Middlesex
- Writ of Quominus

1. Fiktive Personen: Die Passagiere des Clapham Omnibus

2014 wurde der Fall *Healthcare at Home Limited (Appellant) v The Common Services Agency (Respondent)* (Scotland) vom englischen Supreme Court entschieden. Im Sachverhalt geht es um die Verlängerung eines Vertrages auf Grundlage von Bestimmungen des EU-Rechts. Hierbei wird ein im EU-Recht eingeführter rechtlicher Maßstab angewendet durch Lord Reed, welcher diesen folgendermaßen einführt:

„1. The Clapham omnibus has many passengers. The most venerable is the reasonable man, who was born during the reign of Victoria but remains in vigorous health. Amongst the other passengers are the right-thinking member of society, familiar from the law of defamation, the

572 *Del Mar*, Introduction, in: Twining/Del Mar (Hrsg.), *Legal Fictions in Theory and Practice* (2015), x.

official bystander, the reasonable parent, the reasonable landlord, and the fair-minded and informed observer, all of whom have had season tickets for many years.

2. [...] But its most famous passenger, and the others I have mentioned, are legal fictions.⁵⁷³ They belong to an intellectual tradition of defining a legal standard by reference to a hypothetical person, which stretches back to the creation by Roman jurists of the figure of the *bonus paterfamilias*.⁵⁷⁴

Lord Reed behauptet, dass die unter Nr. 1 angeführten Figuren *legal fictions* seien.⁵⁷⁵ Die Passagiere des Clapham Omnibusses wären rechtliche Standards, die durch eine hypothetische Figur ausgedrückt würden. Diese Figuren entstünden im Rahmen einer Tradition des Definierens von rechtlichen Standards. Fraglich ist, warum Lord Reed von hypothetischen Figuren spricht. Ohne vorweggreifen zu wollen, unterscheiden sich Hypothesen und Fiktionen dadurch, dass erstere nur so lange gehalten werden, bis sie bewiesen oder widerlegt werden. Fiktionen hingegen sind auf ontologischer Ebene von der Faktenlage unabhängig. Lord Reed könnte diese vorgestellten dritten Personen als hypothetisch insofern ansehen, als dass sie dazu gemacht sind, angewendet zu werden:

„3. [...] The behaviour of the reasonable man is not established by the evidence of witnesses, but by the application of a legal standard by the court. The court may require to be informed by evidence of circumstances which bear on its application of the standard of the reasonable man in any particular case; but it is then for the court to determine the

573 Hervorhebung nicht im Original.

574 *Healthcare at Home Limited (Appellant) v The Common Services Agency (Respondent)* (Scotland), Nr. 1 und 2.

575 Man darf beim hervorgehobenen Satz nicht den in Kommata gerahmten Halbsatz als Nebensatz verstehen, sondern als Teil des Hauptsatzes. Eine angemessene Übersetzung lautet also: „Aber sowohl sein berühmtester Passagier als auch die anderen, die ich erwähnt habe, sind rechtliche Fiktionen.“ Dass eine andere Übersetzung falsch wäre, legen zwei Umstände nahe: Erstens würde ein grammatistischer Fehler entstehen, da der erste Halbsatz im Singular („passenger“), der dritte Halbsatz aber im Plural („are“) steht. Zweitens würde ein kategorialer Fehler entstehen, da *legal fictions* zugleich die berühmtesten Passagiere und alle anderen Passagiere aber auch *legal fictions* wären. Diese Schrödinger’schen Passagiere wären aber im höchsten Maße ungewöhnlich.

outcome, in those circumstances, of applying that impersonal standard.“⁵⁷⁶

Demnach werden als Fiktionen

- Rechtliche Standards, die man sich als
- Imaginierte Personen vorstellt,

angesehen. Als Beispiele hierfür nennt Lord Reed den *reasonable man*, *right-thinking member of society*, *the officious bystander*, *the reasonable parent*, *the reasonable landlord*, *the fair-minded and informed observer*⁵⁷⁷ und aus dem aktuellen EU-Recht den *reasonably well-informed and normally diligent tenderer*⁵⁷⁸. Man erkennt diese Fiktionen an der Vorstellung als Person (*bystander*, *parent*, *landlord*, *observer*, *man* etc.) und an den Signalwörtern wie *reasonable*, *fair-minded* etc.

2. Fiktive Institute: Vergewaltigung in der Ehe

„A husband cannot be guilty of rape [...] upon his unlawful wife [...].“⁵⁷⁹

Bis in die zweite Hälfte des 20. Jahrhunderts bestand in vielen Rechtsordnungen keine Möglichkeit der Vergewaltigung in einer Ehe. Es wurde eine generelle Einwilligung beider Partner zum Geschlechtsverkehr während der Zeit der Ehe angenommen. Dass die Ehe so zu einem Deckmantel für unkonsentierten Geschlechtsverkehr werden konnte, sahen die Richter. Jedoch fingierten sie die Einwilligung der Partner lange Zeit aufgrund bestimmter gesellschaftlicher Vorstellungen von den Rollen der Ehegatten sowie religiösen Interpretationen der Institution Ehe.

Doch kann etwas fiktiv sein, was rechtlich definiert wird? Ähnlich gelagert ist der Fall der Sklaverei: Dort wird definiert, dass bestimmte Menschen nicht Subjekt, sondern nur Objekte des Rechts sind. In beiden Fällen ist es nicht mit der heutigen Vorstellung von der sozialen Institution der Ehe bzw. der Persönlichkeit vereinbar, was das Recht definiert. Das rechtliche Institut war an die damals bestehende soziale Institution angelehnt, hat sich dann aber nicht mit dem Wandel der sozialen Institution

576 Healthcare at Home Limited (Appellant) v The Common Services Agency (Respondent) (Scotland), Nr. 3.

577 Ibid., Nr. 1.

578 Ibid., Nr. 4.

579 Matthew Hale in *Historia Placitorum Coronae* (1736).

weiterentwickelt. Das rechtliche Institut blieb hinter der gesellschaftlichen Weiterentwicklung zurück. Wie später noch ausführlich begründet werden soll, sind diese rechtlichen Institute als fiktiv zu bezeichnen.⁵⁸⁰

3. Fiktive Annahme: Writ of Quominus, Bill of Middlesex und Mostyn v. Fabrigas

„*King’s Bench stole business from Common Pleas; Common Pleas stole it back again from King’s Bench. Falsehood, avowed falsehood, was their common instrument.*”⁵⁸¹

Die Ausweitung der Gerichtszuständigkeiten durch Rechtsfiktionen der Gerichte selbst war gängige Praxis in England seit der Entwicklung eines eigenen Rechtssystems. Hierzu ein wenig Hintergrund bezüglich des englischen Jurisdiktionssystems: Dieses entwickelte sich nach Inbesitznahme durch William the Conqueror 1066; davor gab es lokale, niedergeschriebene Rechtssammlungen. Zunächst (ca. 1150-1852) gab es das *Common Law* i.e.S., welches auch als *writ*-System bezeichnet wird. Im 15. Jahrhundert kam (zunächst subsidiär) das *equity*-System hinzu, welches sich 1852 gegen das *writ*-System durchgesetzt hat und bis heute aktiv ist. Im Gegensatz zur kontinentaleuropäischen Rechtsgeschichte ist die englische Rechtsgeschichte weniger durch tiefgreifende soziale Umbrüche oder Kodifikationen geprägt als durch Streitigkeiten zwischen Gerichten um Zuständigkeiten. Was aus Sicht Kontinentaleuropas nur minimale Umbrüche sein mögen, ist aus Sicht des stabilen englischen *Common Law* äußerst relevant.

Beim *writ*-System bzw. *Common Law*-System i.e.S. heißt die Klage *writ*. Sie wurde beim zentralen Gericht in London eingereicht, welches die Klage dann an den lokal zuständigen *county court* weiterleitete. Die Klageform war streng gebunden („where there’s no writ, there’s no right“), vergleichbar in etwa dem römischen Formularprozess.

Richter ist im *equity*-System der König selbst bzw. sein Lord Chancellor. Die Mitarbeiter des letzteren, genannt *chancery*, bildeten (gemeinsam mit dem Lord Chancellor) ab circa dem 15. Jahrhundert den Court of Chancery, welcher sich mit dem Ausgleich von Härtefällen im Sinne des *equity*-Gedankens befasst. (Davor gab es das System auch schon, nur nicht als eigene Institution.) Nach dem Writ of Quominus war auch der Court of Ex-

580 Ab S. 265.

581 Ogden, Bentham’s theory of fictions, 145.

chequer wieder für *equity*-Angelegenheiten zuständig. Da es zunächst nur um Härtefälle geht, ist das System subsidiär zur *Common Law*-Jurisdiktion. Im *equity*-System wird eine Klage (*petition*) beim König eingereicht. Die Form ist im Gegensatz zum *writ*-System frei. Maßstab der Entscheidung ist zunächst nur *justice* und *fairness*; später treten durch eine Selbstbindung der Gerichte die entwickelten Maximen und Grundsätze hinzu.

Die wichtigsten Gerichte waren für viele Jahrhunderte der Court of Common Pleas, der Court of Exchequer und der Court of King's Bench. Der Court of Common Pleas war ursprünglich für die *Common Law*-Jurisdiktion zuständig (und abwechselnd dann auch für *equity*). Seine Jurisdiktionsgewalt wurde u.a. durch den Bill of Middlesex (zugunsten des Court of King's Bench) und den Writ of Quominus (zugunsten des Court of Exchequer) eingeschränkt. Diese beiden werden in der anglo-amerikanischen Rechtswissenschaft als klassische Rechtsfiktionen eingestuft.

Der Writ of Quominus, in Kraft zwischen ca. 1230 und 1883 diente der Erweiterung der Zuständigkeit des Court of Exchequer für gewisse Fälle des Court of Common Pleas.

„The court of exchequer is inferior in rank not only to the court of king's bench, but to the common pleas also.“⁵⁸²

Der Court of Exchequer war nur für Fälle zuständig, die den König selbst betrafen, d.h. „to order the revenues of the crown, and to recover the king's debts and duties.“⁵⁸³ Um sich in Fällen zwischen zwei Personen für zuständig zu erklären, welche aber beide nichts mit dem König zu tun hatten, wurde im Writ of Quominus eine Rechtsfiktion geschaffen:

„The writ upon which all proceedings here [the Court of Exchequer, Anm. KA] are grounded is called a quo minus in which the plaintiff suggests that he is the king's farmer or debtor, and that the defendant hath done him the injury or damage complained of [...].“⁵⁸⁴

„The amusing writ of Quo minus, by which the Court of Exchequer gained jurisdiction in certain cases, which proceeded upon the allega-

582 *Blackstone*, Commentaries on the Laws of England: Of Private Wrongs, 42 (Book III, Chap. IV); Wenn der Court of Exchequer niedriger ist im Rang als der Court of Common Pleas, so hat das niedrigere Gericht dem höheren Zuständigkeiten abgenommen durch den Writ of Quominus, was einigermaßen ungewöhnlich ist.

583 *Ibid.*

584 *Ibid.*, 44 (Book III, Chap. IV).

tion that the plaintiff was debtor to the Crown and unable to account through the defendant's default [...].

D.h. der Kläger behauptet, er habe Verpflichtungen gegenüber dem König, denen er nicht nachkommen könne, weil der Beklagte ihm einen Schaden bzw. eine Verletzung zugefügt habe. Die Fiktion liegt darin, dass es keinerlei Verpflichtungen gegenüber dem König gibt.

Auf die gleiche Weise erweiterte der Court of King's Bench seine Jurisdiktionsgewalt durch den Bill of Middlesex. Diese umfasste:

„[T]he king's bench [was intended, Anm. KA.] to correct all crimes and misdemeanours that amount to a breach of the peace, the king being then plaintiff, as the withholding and non-payment thereof is an injury to his *jura fiscalia*. But, as by a fiction almost all sorts of civil actions are now allowed to be brought in the king's bench [...].“⁵⁸⁵

Durch den Bill of Middlesex wurde das Gericht für nahezu alle zivilrechtlichen Klagen zuständig, indem man jede zivilrechtliche Pflichtverletzung als Verletzung des königlichen (Rechts-)Friedens ansah.

Ähnlich gelagert ist der 1773 entschiedene Fall *Mostyn vs. Fabrigas*: Hierbei verklagte der ehemals auf der britischen Kolonie Menorca stationierte Fabrigas den dort stationierten General Mostyn. Nachdem Menorca kein Teil des britischen Empires mehr war, die beiden aber noch dort waren, hat General Mostyn Fabrigas in ein Gefängnis stecken lassen. Dieser klagte am Court of King's Bench (in London) dagegen. Dieser hatte das Problem, dass er für Vorgänge in ehemaligen Kolonien nicht zuständig war. Wie konnte man dies lösen? Man verlegte die Insel Menorca komplett nach London. Diese Entscheidung erinnert an die *Lex Gallia Cisalpina* – hier wurden Vorgänge aus der Region nach Rom verlegt, um die Zuständigkeit der dortigen Gerichte zu begründen.

Die Fiktionen in diesem Zusammenhang beziehen sich also auf:

- Einen Sachverhalt, dessen Ort verlegt wird (entweder es wird nur der Sachverhalt verlegt oder der ganze Ort, an dem er sich ereignet hat)
- Um die Zuständigkeit eines Gerichts zu begründen, d.h. Verfahrensvoraussetzungen zu erfüllen.

Die Fiktionen durch den Gesetzgeber sind aufgrund dessen nicht so stark ausgebildeter Rolle im *Common Law* seltener, nehmen aber seit der zunehmenden Positivierung zu. Die Gruppe der *statutory deemings*, wie oben besprochen, werden teilweise zu den Fiktionen im Recht gezählt. Diese *de-*

585 Ibid.

emings gestalten sich in gleicherweise aus wie die gesetzlichen Fiktionen im *Civil Law*.

VI. Resümee

Warum sind Fiktionen nun häufiger im *Common Law*? Die Darstellung hat gezeigt, dass sie eine andere Funktion als im *Civil Law* erfüllen: Im *Common Law* dienen Fiktionen der punktuellen Rechtsfortbildung. Diese ist im Wesentlichen die Kompetenz des parlamentarischen Gesetzgebers im *Civil Law*. Diese Rechtsweiterentwicklungen finden dort auch nicht punktuell statt, sondern werden direkt in die Kodifikation eingewebt. Im *Common Law* ist die wesentliche Rechtsquelle aber nicht das parlamentarische Gesetz, sondern das durch die Richter gesetzte Recht.

„Now there are two sorts of law, by either of which, or by a mixture of both, a judicial practice may be legalized: one is common, alias unwritten law; and this is the sort of which law [...] has for its makers the judges themselves; since it is by their own practice that it is made. The other is statute law [...].“⁵⁸⁶

Die Richter wurden ursprünglich vom König eingesetzt, um für diesen Recht zu sprechen.

„The course of justice flowing in large streams from the king, as the fountain, to his courts of record; and being then subdivided into smaller channels, till the whole and every part of the kingdom were plentifully watered and refreshed.“⁵⁸⁷

„Yet, though the king himself used to sit in this court [the court of king’s bench, Anm. KA], and still is supposed so to do; he did not, neither by law is he empowered to, determine any cause or motion, but by the mouth of his judges, to whom he committed his whole judicial authority.“⁵⁸⁸

586 *Bentham*, The Works of Jeremy Bentham, 93.

587 *Blackstone*, Commentaries on the Laws of England: Of Private Wrongs, 30 (Book III, Chap. IV).

588 *Blackstone*, Commentaries on the Laws of England, 41 (Book III, Chap. IV); diese Metapher erinnert stark an Montesquieus Lehre der Richter als „bouche de la loi“.

Heutzutage ist die höchste Legitimationsquelle allerdings nicht mehr der König, sondern:

„According to the constitution, Parliament or, more correctly, the ‘Queen in Parliament’, is the sovereign law-maker in Britain. This means although the judges have a role in the law-making process, they must bow to the superior powers of the legislature who may override judge-made ‘common law’ rules by Acts of Parliament.“⁵⁸⁹

Dennoch ist das Richterrecht immer noch „one of the oldest and most fundamental features of the English legal system.“⁵⁹⁰ Die Legitimation der Richter war und ist seit jeher weitaus höher als von Richtern im *Civil Law*, wodurch ihre Macht zur Rechtssetzung gerechtfertigt war. Diese ist eingeschränkt durch (u.a.) eines der Grundprinzipien des englischen Rechts: Die Bindung an die Entscheidung früherer Fälle durch Richter in ähnlichen Angelegenheiten, d.h. *precedent*⁵⁹¹.

„Precedent is centrally about the (not necessarily conclusive) obligation of a decision-maker to make the same decision that has been made on a previous occasion about the same or similar matters.“⁵⁹²

„Precedent is the basis of common law: the body of law emerging from cases as they are decided by the judges.“⁵⁹³

Wie Del Mar bereits feststellt, ist daher ein Mittel zur vorsichtigen Andeutung einer Rechtsfortbildung sehr wichtig: Der Richter kann eine Fiktion, die nur auf den Einzelfall bezogen wirkt, nutzen, um quasi mit späteren Gerichten darüber zu kommunizieren, ob sie diese „Ausnahme“ zu einer neuen Regel machen wollen. Der Richter lässt bewusst offen, ob die Fiktion wiedereingesetzt werden und vielleicht sogar zu einer Rechtsregel werden soll. Diese Bindung ist im *Civil Law* in der Regel nicht so streng ausgestaltet wie im *Common Law*. Daher finden sich Fiktionen zur punktuellen Rechtsfortbildung durch die Richter viel mehr im *Common Law*.

Zudem sind Juristen im *Common Law* daran gewöhnt, mit fiktiven Sachverhalten zu argumentieren, was im *Civil Law* viel schwächer ausgeprägt

589 *Harris*, An Introduction to Law, 181.

590 *Ibid.*, 190.

591 Zu unterscheiden ist weiterhin zwischen vertikaler und horizontaler Bindung der Gerichte; letzteres ist die Bindung des Gerichts an seine eigenen vorhergehenden Urteile, sog. *stare decisis*. Weiterführend siehe: *Schauer*, *Precedent*, in: Marmor (Hrsg.), *The Routledge Companion to Philosophy of Law*, 124.

592 *Ibid.*, 123.

593 *Harris*, An Introduction to Law, 190.

ist, da man nicht versucht, durch Abwägung vieler Fälle die richtige Regelung zu ermitteln, sondern von einem Normtext ausgeht, den man versucht methodengeleitet auszulegen. Bei so einer bildlich-konkreten Argumentationsweise liegt es viel näher, Fiktionen in diesem Sinne zu bilden und rechtsverbindlich zu machen.

Was man der anglo-amerikanischen Rechtswissenschaft fruchtbarerweise entnehmen kann, ist die Kategorie der *deeming provisions* (hier: *deemings*). „(To) deem“ bedeutet etwas betrachten bzw. erachten; ob etwas zur Kategorie der *deemings* gehört, hängt dabei nur von der Verwendung des Verbs „deem“ ab. Teilweise wird daher angenommen, dass *deemings* auch Fiktionen sein können (Simon Stern), da die methodische Bedeutung des Wortes variieren kann.⁵⁹⁴ Dies geht von der Vorstellung aus, dass es bei der Aufstellung der Kategorie nicht darum geht, ob diese Formulierung zu den Vermutungen, Definitionen oder Fiktionen gehört. Andererseits sind *deemings* in ihrem Anwendungsgebiet im Gegensatz zu Fiktionen (im Sinne des *Common Law*) nicht allein auf einen speziellen Fall beschränkt, sondern können größere Rechtsregeln werden.⁵⁹⁵ Ein Äquivalent hierzu gibt es im *Civil Law* nicht.

Es ist daher äußerst wichtig, die unterschiedlichen Perspektiven bei der Erörterung der Fiktionsfrage zu beachten: Wenn Rechtswissenschaftler des *Common Law*s diskutieren, haben sie durch Richter geschaffene nur für den Einzelfall wirkende Annahmen zur Durchbrechung einer höheren Regel im Sinn, die den Zweck der Rechtsfortbildung hat (und oft zutreffend: der Erweiterung der Zuständigkeit des Gerichts dient). Ein Rechtswissenschaftler des *Civil Law*s kennt solche Fiktionen gar nicht. Wenn man von Fiktionen spricht, hat man ausschließlich vom *Common Law*-Rechtswissenschaftler als *deemings* bezeichnete Konstruktionen durch den Gesetzgeber im Kopf, die der Rechtsfolgenverweisung (also keinesfalls einer Rechtsfortbildung) dienen. Alles, was beiden gemein ist, ist der damit einhergehende offene Bruch einer Regel, der durch die Formulierungsweise quasi verdeckt wird. (Von vollständiger Verdeckung könnte man nur sprechen, wenn eine „ist“-Formulierung gewählt würde – dies ist bei *deemings*/Fiktionen jedoch nicht der Fall: hier steht immer ein „als ob“ bzw. „gilt als“ im Normtext.) Die *deemings* des *Civil Law*-Juristen, welche dieser als Fiktionen bezeichnen würde, können für den *Common Law*-Juristen ebenfalls fictions sein. Dies hängt allerdings von der Definition ab. Gemeinsam ist beiden

594 Stern, Legal Fictions and Exclusionary Rules, in: Twining/Del Mar (Hrsg.), Legal Fictions in Theory and Practice, 169.

595 Ibid.

Diskursen der Bezug zum römischen Recht, in welchem jeder Fiktionstyp seinen Ursprung finden soll.

C. Zusammenfassung

Mit Vaihinger kommt es zu einem (scheinbaren) Wandel bei der Betrachtung von Fiktionen: Aus der Lüge wird ein zweckorientiert eingesetztes Mittel, mit dem man neue Erkenntnisse erlangen kann. Die bisher erzählte Geschichte ist, dass es von einem negativen Blick auf Fiktionen, der geprägt war von der Wahrheitskomponente, zu einem positiven Bild von Fiktionen kommt, welches von der Zweckkomponente geprägt ist. Ähnlich wie es bei der *mimesis* von Platons negativem Blick und der Beschimpfung, dass alle Dichter Lügner seien, zu Aristoteles' positiverem Bild der Dichtung gekommen ist.

Doch in beiden Fällen gilt, wenn man näher hinschaut, wie es hier in den letzten Kapiteln geschehen ist, dass das Mittel der Fiktion in verschiedensten Varianten auftritt, aber stets dasselbe ist. Alles was sich verändert hat, ist der Blickwinkel bei der Bewertung. Doch weder die Postglossatoren, Bentham, Vaihinger oder Fuller kommen bei der Bestimmung der Merkmale einer Fiktion um die artifizielle kontrafaktische Konstruktion herum. Der Blickwinkel, der sich ändern muss, ist der von der Bewertung hin zu den Definitionsmerkmalen. Und bei den dortigen ist man sich im Kern seit jeher auch einig: Fiktiv ist, egal ob wissenschaftlich oder ästhetisch, eine kontrafaktische, ja sogar artifizielle Konstruktion eines Objekts, sei es konkreter oder abstrakter Natur, welche erst auf einer zweiten Interpretationsebene ihren Zweck offenbart. Die Fiktion ist nicht Fiktion, weil sie einen bestimmten Zweck erfüllt (denn hier gibt es viele Konstruktionen). Sie ist es auch nicht, weil sie zum Beispiel durch bestimmte Wörter, wie beispielsweise dem „als ob“, gekennzeichnet ist. Was sie ausmacht, ist eine Kombination der Faktoren. Wie diese bei einzelnen Fiktionen im Recht genau aussieht, ist in den nächsten Kapiteln zu erörtern. Was uns die Geschichte der Fiktionen und der Wissenschaft von ihnen lehrt, ist, dass bisher zu sehr von der Bewertung gedacht wurde, welche entweder am Mittel oder am Zweck aufgehängt wurde. Das kennzeichnende Merkmal für eine Fiktion ist aber nicht nur ihr Zweck, sondern vor allem ihr *modus operandi*. Und dieser ist gerade deswegen interessant, weil er sehr weit von allen anderen Methoden des Rechts entfernt erscheint. Fiktionen lassen sich, bei tiefgehender Betrachtung, nicht auf bloße Rechtsfolgenverweisungen reduzieren und (wie so häufig) in einem kurzen Absatz eines

Methodenlehrelehrbuchs abhandeln, auch wenn ihr ihr Zweck schlicht und nicht „troubling“⁵⁹⁶ sein mag. Aber ihr Mittel durchzieht in verschiedenen Formen jedes Gesetz, jedes Urteil und auch die Rechtswissenschaft.

596 Als Antwort auf die erwähnte eröffnende Frage von William Twining, was denn „troubling“ an Fiktionen im Recht sei.