

## Siebter Teil: Schluss

Der Mensch ist nicht nur der Schaffende des Rechts, er ist auch der Schaffende seiner Umwelt, insbesondere der Sprache für seine Umwelt. Nur, wenn der Mensch sich als Schöpfer all dessen vergisst, erhält er den Glauben an eine vollkommen objektive Außenwelt.

„Nur durch das Vergessen jener primitiven Metapherwelt, nur durch das Hart- und Starr-Werden einer ursprünglich in hitziger Flüssigkeit aus dem Urvermögen menschlicher Phantasie hervorströmenden Bilder- und Formmasse, nur durch den unbesiegbaren Glauben, diese Sonne, dieses Fenster, dieser Tisch sei eine Wahrheit an sich, kurz *nur dadurch, dass der Mensch sich als Subjekt und zwar als künstlerisch schaffendes Subjekt vergisst, lebt er mit einiger Ruhe, Sicherheit und Konsequenz (...)*.“<sup>1135</sup>

Nur dann kann er bei der Vorstellung ankommen, dass ein eines als ein anderes zu betrachten, welches ersterem ungleich ist, widernatürlich sei. Es gibt nichts natürlicheres als Ungleiches als Gleiches zu betrachten: Kein Blatt gleicht dem nächsten, kein Fenster dem nächsten. Und dennoch sehen wir die Begriffe des Blattes und des Fensters als unveränderlich, gar natürlich gegeben an. Nur, weil es seit hundert, ja tausenden von Jahren, durch die Menschheit praktiziert wird, gewisse Dinge als (un-) gleich anzusehen, darf man nicht vergessen, dass der Mensch selbst der Schöpfer seiner Betrachtungsweise ist. Natürlich gibt es Sinneseindrücke, wie Rotheit, Härte, etc. Aber nie gleicht ein Rot dem nächsten; Rotheit ist ein Spektrum auf der Frequenzskala der Lichtwellen, kein Punkt. Warum man gerade diesen Teil des Spektrums als Einheit ansieht, ist im Letzten nicht begründbar. Es ist eine Konvention. Wie man zu abstrakten, komplexen Begriffen gelangt, ist also nicht allein eine Frage der Wahrnehmungen, sondern hauptsächlich die Geschichte der Deutung von Wahrnehmungen. Überspitzt ausgedrückt: Wahrzunehmendes ist Sache der Naturwissenschaft, dessen Deutung Kulturwissenschaft. Begriffe sind daher auch immer Teil der Kulturgeschichte.

Und eben jene, von Vaihinger „Gemütsbewegung“ genannte Betrachtungsweise des „als ob“ kommt uns bei den Fiktionen entgegen. Fiktionen

---

1135 Nietzsche, Über Wahrheit und Lüge im aussermoralischen Sinne, 18. Hervorhebung nicht im Original.

sind daher im Aspekt der Art und Weise eigentlich nicht fremd oder verstörend. Sie verstören trotzdem, weil sie die sicher geglaubte Begriffsordnung wieder in Frage stellen.

Dieses Infragestellen der sicher geglaubten Begriffe ist bei den rechtsfolgenverweisenden und rechtsfortbildenden Fiktionen rein punktuell, zeitlich und auf einen Fall begrenzt. Fiktive Institute tun dies viel weniger auffällig, leise, zeitlich dabei unbegrenzt und unsere Wahrnehmung verändernd. Fiktive Institute stellen alte Konventionen in Frage. Wer Rechtssubjekt ist oder sein kann, ist nichts weiter als eine Konvention. Wenn nun Flüsse, Berge und Roboter zu Rechtssubjekten deklariert werden, so ist dies nichts weiter als ein Infragestellen einer Konvention. Die Veränderung ist also eine dauerhafte, grundlegende und muss daher viel kritischer unter dem Aspekt der gesollten Ordnung diskutiert werden als die rechtsfolgen- oder rechtsfortbildenden Fiktionen. Fiktive Institute verändern unsere gesamte Perspektive, unsere Wahrnehmung. Das wahrhaft Interessante an den Fiktionen sind also nicht jene Fiktionen im Recht, welche seit langem diskutiert werden und punktuellen, gar krasse Veränderungen im Recht herbeiführen. Was in der Diskussion viel mehr in den Mittelpunkt rücken sollte sind die fiktiven Institute, welche schleichend unsere gesamte Perspektive ändern.

Die Aktualität des Themas ist ungebrochen. Seit über 2000 Jahren finden wir Fiktionen in verschiedenen Rechtskreisen.

„Zeitlos und allgemeingültig gar ist die Bedeutung der Fiktion in der Ausdruckskunst des Gesetzes.“<sup>1136</sup>

Dennoch unterscheidet sich die Diskussion im angloamerikanischen Bereich stark von jenen im kontinentaleuropäischen Bereich. Lind sieht zudem im anglo-amerikanischen Bereich ab 1990 bis heute eine neue, von der zu Beginn des 20. Jahrhunderts abgewandte, Schule der Rechtsfiktionsforschung. Kennzeichen sei es, dass es nicht um ein philosophisch fundiertes Verständnis ginge, sondern nur noch um die Aufdeckung der Fiktivität von Instituten wie der Sklaverei oder ganzer Rechtsbereiche.<sup>1137</sup> Diese würden in der Bewertung auch stets einseitig als irreführend, unnötig komplex etc. diffamiert. Dieselbe Kritik übte auch schon Oskar Bülow in der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts bezüglich des deutschsprachigen Diskurses. Die klassische Diskussion hingegen zieht sich durch und konzentriert sich auf rechtsfolgenverweisende und rechtsfortbildende Fiktionen. Bei

---

1136 *Esser*, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen<sup>2</sup>, 5.

1137 *Lind*, The Pragmatic Value of Legal Fictions, 87 f.

dieser Debatte steht seit Beginn des 20. Jahrhundert auch die philosophische Fundierung im Zentrum. Was der Debatte fehlt, ist die Verbindung: Eine Analyse von fiktiven Rechtsinstituten mit einer philosophischen Fundierung. Letztere versucht diese Arbeit anzubieten.

Wichtig in der Diskussion ist stets eine gute Bewertung der Fiktionen: Das Label der „Fiktion“ funktioniert, von Platons lügenden Dichtern bis zu den heutigen Flüssen als Rechtspersonen, immer noch als Schlagwort für eine Kritik. Der Kampf um eine andere Perspektive auf Fiktionen und insbesondere ihre Rolle im Recht währt jedoch mindestens ebenso lange. Diese Arbeit versucht, eine ausgewogene Perspektive auf das Phänomen zu werfen und ein Schritt in die Vereinigung der anglo-amerikanischen und römisch-rechtlich geprägten Debatten zu sein.

Der Diskurs um die Fiktionen im Recht ist ein in vielen Hinsichten lohnender: Er erlaubt und fordert, sich sowohl mit vergangenen als auch mit fremden Rechtskulturen auseinanderzusetzen und dabei philosophische Grundfesten vorzustoßen. Wer Fiktionen schlicht verdammen möchte und am liebsten ausrotten würde, sei sich der Zeitlosigkeit dieses Mittels gewahr. Sie haben bereits den Kritikern Platons, Justinians, Benthams und (des frühen) Kelsens getrotzt. Wer ihnen den Kampf trotzdem ansagen möchte, sei mit Jherings Worten gewarnt:

„Der Kobold der Fiktion rächt sich oft bitterlich an denen, die ihn verfolgen!“<sup>1138</sup>

---

1138 *Jhering*, Geist des römischen Rechts, 310 in Fn. 425.

ERGEBNISÜBERBLICK

	I		II	III	
	Grundtyp	Fiktive Annahmen im Recht			Personifikative Fiktion
<b>Definition</b>	<b>Fiktionen im Recht</b>	<b>Rechtsfortbildende Fiktion (Common Law)</b> Eine <i>rechtsfortbildende Rechtsfiktion</i> ist eine Annahme im Recht, welche von einer ihr übergeordneten Regel des Rechts auf artifizielle Weise und erkennbar abweicht, um damit mehr <i>equity</i> (durch eine Rechtsfortbildung) zu schaffen.	<b>Rechtsfolgenverweisen- de Fiktion (Civil Law)</b> Eine <i>rechtsfolgenverweisende Rechtsfiktion</i> ist eine Annahme im Recht, welche von einer ihr übergeordneten Regel des Rechts erkennbar auf artifizielle Weise abweicht, um damit dem ökonomischen Prinzip des Rechts (durch eine Rechtsfolgenverweisung) zu dienen.	Eine <i>personifikative Rechtsfiktion</i> ist ein Vorstellungsgebilde im Recht, welches von einer ihm übergeordneten Regel des Rechts auf artifizielle Weise abweicht, um damit die Anwendbarkeit des Rechts zu vereinfachen.	Eine <i>fiktives Rechtsinstitut</i> ist ein Rechtsinstitut, welches von einer sozialen Institution, auf welche es referiert, auf artifizielle Weise (d.h. hier: wesentlich) abweicht, um damit eine gesellschaftliche Neuerungen <i>oder</i> eine Einflussnahme auf die Gesellschaft durch das Recht iRv gesetzlichen Wertvorstellungen zu erreichen.
	<b>Zweck der Fiktion</b>	Zweck der Rechtspraxis, z.B. Anpassung an gesellschaftliche Neuerungen iSd <i>equity</i>	Ein Zweck des Gesetzes, z.B. das ökonomische Prinzip	Erleichterung der Anwendbarkeit des Rechts, d.h. Zweck der effizienten Rechtsdurchsetzung	Anpassung des Rechts an gesellschaftliche Neuerungen <i>oder</i> Einflussnahme auf die Gesellschaft durch das Recht iRv gesetzlichen Wertvorstellungen
<b>Bezugswirklichkeit der Abweichung</b>	Recht	Recht: Ältere Rechtslage ( <i>lex posterior</i> )	Recht: Höherrangige Prinzipien/Grundsätze ( <i>lex superior</i> )	Recht	Soziale Wirklichkeit, insofern sie Bezugswirklichkeit des Rechts ist

	I		II	III
	Grundtyp	Fiktive Annahmen im Recht		
	Fiktionen im Recht	Rechtsfortbildende Fiktion (Common Law)	Rechtsfolgenverweisen- de Fiktion (Civil Law)	
<b>Art der Abweichung</b>	Artifizuell	Artizielle Abweichung von einem älteren Rechtsprinzip/ einer höheren Norm Ja	Artizielle Abweichung von einem höheren Rechtsprinzip/-grundsatz Ja	Wesentliche Inkongruenz von rechtlichem Institut und sozialer Institution
<b>Sprachliche Kennzeichnung</b>		Ja	Ja	Nein
<b>Bewertung: Pro-Argumente</b>		<ul style="list-style-type: none"> <li>- Lange Bewährung</li> <li>- Erprobung neuer Rechtssätze</li> <li>- Mehr Gerechtigkeit (iSv <i>equity</i>)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Lange Bewährung</li> <li>- Ökonomischer Vorteil, Vereinfachungs-Eleganz</li> <li>- Veranschaulichung</li> <li>- Weiche Verweisungs-technik, Betonung der Wichtigkeit bestimmter Rechtsprinzipien</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Gestaltung der Gesellschaft durch das Recht: Die Fiktion kann fortschrittliche Grundsätze, welche in die Gesellschaft implementiert werden sollen, helfen durchzusetzen</li> </ul>

	Grundtyp Fiktionen im Recht	I		II Personifikative Fiktion	III Fiktives Rechtseinstitut
		Fiktive Annahmen im Recht	Rechtsfolgenverweisen- de Fiktion (Civil Law)		
<b>Bewertung: Contra-Argu- mente</b>		<p><b>Rechtsfortbildende Fiktion (Common Law)</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Überholtes historisches Mittel zur Rechtsfortbildung</li> <li>- Verdeckung, Täuschung, Lüge, Betrug</li> <li>- Gesetzgebung durch den Richter (Gewaltentrennung)</li> <li>- Willkürlichkeit</li> <li>- Begriffsgrenzen werden missachtet</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Ungenauigkeit der Verweisungstechnik</li> <li>- Ersetzbarkeit der Fiktion durch direkten Rechtsfolgenverweis</li> <li>- Erhöhte Komplexität des Gesetzestextes</li> <li>- Verdeckung</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Verleitet, empirische Betrachtungen anzustellen</li> <li>- Komplexe Wertungen werden vereinfacht</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Entfremdung des Rechts von der Gesellschaft; Veraltete oder zu fremde Grundsätze können Anerkennung der Rechtsordnung durch die Gesellschaft vermindern</li> </ul>
<b>Bewertung: Kriterien zur Verwendung</b>		<p>Ja, solange es ein Mittel der Rechtsfortbildung ist und die Richter für diese Art der Rechtsfortbildung ermächtigt sind</p>	<p>(+) Anwenden, wenn Aspekte wie leichtere Verständlichkeit und die Wichtigkeit der höheren Rechtsregel herausgehoben werden sollen.                      (-) Nicht anwenden, wenn sich das Gesetz direkt an juristische Laien richtet und die erhöhte Komplexität zu Missverständnissen führen kann.</p>	<p>Nur, wenn Anwendung des abstrakten Prinzips nicht anderweitig (zB durch legislative Maßnahmen) zu mehr Durchsetzbarkeit gebracht werden kann</p>	<p>Unter Abwägung des Vorteils der Gestaltung der Gesellschaft durch das Recht ggü. dem Nachteil der Entfremdung von Recht und Gesellschaft</p>