
Fiktionen im Recht

Von

Professor P. Krückmann, Münster (Westf.)

Zu diesem Thema hat Egbert Munzer in einer fleißigen und scharfsinnigen Schrift: Über Gesetzesfiktionen mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechtes eine eingehend begründete Theorie aufgestellt, zu der aber doch einiges zu bemerken ist. Munzer unterscheidet ganz richtig den Rechtssatz als Norm und Imperativ (S. 33 ff.). Norm ist ihm der Beurteilungsmaßstab: nach dem Muster der Normen, die etwa in der Industrie für ihre Erzeugnisse aufgestellt werden, ist dies ja auch haltbar. Juristisch wird sonst Rechtsnorm mit dem Befehl gleichgesetzt. Immerhin hat Munzer richtig gesehen, daß auch der Befehl da ist, der die Menschen zu einem bestimmten Verhalten vermögen will. Du sollst. Was soll nun im Rechte die Partei? Was soll der Richter? Sich verhalten, d. h. da das Verhalten eine bestimmte Richtung haben muß, sich gegen bestimmte Personen in bestimmter Weise verhalten. Das heißt nun aber wieder andere Personen in bestimmter Weise behandeln, sich von anderen in bestimmter Weise behandeln lassen. Der Befehl: Achte fremdes Eigentum, kann auch wiedergegeben werden mit den Worten: Behandle den Eigentümer als Eigentümer. Der Befehl kann aber auch lauten und lautet in der Tat recht häufig so: Behandle den Nichteigentümer als Eigentümer. Munzer sieht nur in diesem zweiten Befehl eine Fiktion, will (S. 31 ff.) Geschehnissen und Verhältnissen Wirklichkeit zusprechen und muß daher nicht bloß dem Eigentumsbegriff, sondern auch dem einzelnen Eigentumsrecht Wirklichkeit zusprechen. M. E. ist auch das einzelne Eigentumsrecht eine Fiktion. Nehmen wir, wie wir doch wohl müssen, den Begriff wirklich als notwendig mit „gegenwärtig“ verbunden, vielleicht sogar identisch mit ihm, dann sind Verände-

rungen in der Außenwelt, die schon zeitlich zurückliegen, nicht wirklich, mag ihre geschichtliche Wahrheit unbestreitbar sein. Das Recht arbeitet aber nur mit zeitlich zurückliegenden Geschehnissen, da erst diese als Ursache für die rechtlichen Wirkungen in Betracht kommen. Ob nun die bloß gedachten Verhältnisse, die immerhin dem Erfordernisse der Gegenwärtigkeit genügen, als wirklich anzusehen sind, ist doch zweifelhaft und wird bestritten, je nachdem von welchem Wirklichkeitsbegriff man ausgeht. Daß sie sich zur Geltung bringen können, ist kein Beweis, denn auch Fiktionen bringen sich zur Geltung. Die praktische Wirksamkeit entscheidet nicht. Bevor nicht das konkrete Eigentum als unfingiert zweifelsfrei erwiesen ist, wird man in dem Befehl: *Behandle den Eigentümer als Eigentümer*, auch nur eine Anwendung der Fiktion zu erblicken haben. Zu diesem Schluß hat sich Munzer nicht verstanden, er sucht vielmehr (S. 29 ff.) den Begriff des Wirklichen sehr weit auszudehnen. Aber selbst wenn man sich ihm grundsätzlich anschließt, sich auf seinen Boden stellt, bleibt doch noch die Möglichkeit, verschiedenes anders aufzufassen als er es tut.

Munzer verkennt selber die Befehlsnatur der Rechtssätze nicht und sieht aber trotzdem in rein sprachlichen Verweisungen gedankliche Fiktionen. Dies ist zu bestreiten. Es wird fiktional gesprochen aber unfiktional gedacht. Man vergleiche: § 24 BGB. Als Sitz eines Vereins gilt, wenn nichts ein anderes bestimmt ist, der Ort, an dem die Verwaltung geführt wird. Hier ist „gilt“ schlechthin gleich „ist“. Korrekt hätte es lauten müssen: *Der Verein hat, wenn nicht ein anderes bestimmt ist, seinen Sitz da, wo die Verwaltung geführt wird.* Oder noch kürzer: *Sitz der Verwaltung ist Sitz des Vereins, wenn nicht usw.*

§ 496 Satz 2: *War die Sache dem Käufer zum Zweck der Probe oder der Besichtigung übergeben, so gilt sein Schweigen als Billigung.* Das heißt, der Verkäufer darf den Käufer so behandeln wie einen Käufer, der gebilligt hat, d. h. er darf die Rechtssätze, die für einen solchen Käufer gelten, für sich anrufen. Es wird nicht vorgeschrieben: *Der Verkäufer soll sich den Käufer denken als einen Käufer, der . . .* Es wird auch nicht gesagt: *Das BGB. denkt sich den Käufer als einen Käufer, der . . .* Sondern es wird gesagt: *Du darfst den Käufer behandeln, wie einen Käufer, der gebilligt hat, gleichgültig, was du denkst. Wem es Vergnügen macht, fingierend zu denken, dem steht es frei, das imperativische BGB. befiehlt äußerlich fingierend, denkt aber nicht fingierend.*

Aber selbst der fingierende Befehl ist dies oft nur scheinbar.
§ 1923 II: Wer zur Zeit des Erbfalls noch nicht lebte, aber bereits erzeugt war, gilt als vor dem Erbfall geboren.

Ein Seitenstück dazu ist § 84: Wird die Stiftung erst nach dem Tode des Stifters genehmigt, so gilt sie für Zuwendungen des Stifters als schon vor dem Tode entstanden.

Diese Vorgänge erklären wir uns heute anders, mit dem subjektlosen Zweckvermögen. Wir hatten uns ausschließlich daran gewöhnt, uns die einzelnen Berechtigungen nur verbunden mit berechtigten Subjekten vorzustellen, diese tatsächliche Gewohnheit hatte die Juristen zu dem Trugschluß verleitet, daß die subjektiven Rechte gar nicht ohne berechtigtes Subjekt bestehen könnten. Wir verwechselten wieder einmal Fiktion und Undenkbarkeit. Weder stellt die Stiftung jemals ein Rechtssubjekt dar, noch ist nach unseren Denkgepflogenheiten die Leibesfrucht ein Rechtssubjekt. Begriffliche Hindernisse, sie als solches anzuerkennen, bestehen nicht, es entscheidet aber wieder einmal nicht, was gedacht werden kann oder was gedacht werden muß, sondern was gedacht wird. Entnimmt man daraus den Maßstab, dann ist eben die Verlassenschaft subjektlos und wird nur für die Leibesfrucht aufbewahrt. Munzer denkt sich augenscheinlich in das Problem der Subjektlosigkeit nicht hinein und verwendet daher die Fiktion auch an Stellen, wo wir statt dessen besseres haben, die Subjektlosigkeit. Diese ist nun einmal da, denn es gibt Fälle, in denen wir ohne subjektlose Rechte gar nicht auskommen können (Rechte der nudum concepti, Sammelvermögen für Abgebrannte, Überschwemmte, Vertriebene).

Ausschließlich mit Fiktion erklärt Munzer die Rückwirkung jeder Art. Aber auch hier haben wir besseres in der Ermächtigung. Könnte man mit ihr schon die §§ 496 II, 1923 II, 84 erklären, so gilt dies verstärkt von Bestimmungen wie §§ 142, 389, 390 II, 333 und den Vorschriften über die Rückwirkung bei anfechtbaren und nichtigen Ehen. Da wir aus den von uns geschaffenen Begriffen nicht heraus können, gibt es auch keine echte Rückwirkung. Sie wird aber praktisch dadurch erreicht, daß die Partei ermächtigt wird, den Gegner so zu behandeln als ob die Wirkung längst eingetreten wäre. Hier wird nicht fingierend gedacht, sondern es wird befohlen: Behandle, laß dich behandeln, als ob. Du bist ermächtigt oder der Gegner ist ermächtigt, zu behandeln nach dem Muster eines bestimmten Rechtszustandes.

Mit der Ermächtigung ist auch das ganze große Gebiet des Rechtserwerbes im guten Glauben zu erklären. Der irrigerweise in das Grundbuch als Eigentümer eingetragene Nichteigentümer kann einem gutgläubigen Erwerber das Eigentum an dem Grundstück übertragen. Entsprechendes *mutatis mutandis* gilt von dem Besitzer einer beweglichen Sache. Man kann dies nun dahin ausdrücken: Sie werden behandelt, als ob sie Eigentümer wären. Juristisch ist damit aber nichts gewonnen, denn es sind damit die rechtlichen Wirkungen ihres Handelns noch nicht juristisch erklärt. Dies geschieht erst durch Verwendung des Ermächtigungsbegriffes: Der eingetragene Nichteigentümer, der Besitzer beweglicher Sache ist ermächtigt, das Eigentum an einen gutgläubigen Erwerber zu übertragen.

Die Ermächtigung ist die umfassendere Erscheinung, enger ist der Rechtsbesitz. Dieser ist Ermächtigung plus Legitimation; Legitimation ist aber die sofortige, gegenwärtige außerprozessuale und innerprozessuale Beweisbarkeit der Ermächtigung oder des Rechtes selbst (Einlaßkarte zum Theater, Konzert). Dieser Rechtsbesitz oder allgemein die Ermächtigung ist ein Mittelding zwischen vollem Recht und vollem Nichtrecht, legt allerdings die Fiktion nahe, bedarf ihrer aber nicht. Ermächtigung und Rechtsbesitz bekommen ihren Inhalt nach dem Vorbild des echten Rechtes, der Rechtsinnehabung, täuschen dadurch ein Recht vor, ohne es doch zu sein. Damit entfallen für die Fiktion sehr viele Fälle, die sich heute mit einem fiktionsfreien Begriff erklären lassen.

Munzer zieht unter die Fiktionen auch die Fälle, in denen ein Rechtsverhältnis noch Nachwirkungen äußert. Viel verhandelt sind die Vereine, Gesellschaften des BGB. und des HGB. in Liquidation. Sie werden während der Liquidation als noch bestehend behandelt. In Wirklichkeit bestehen sie noch vollkommen zu Recht und schließlich läuft Munzers Darstellung hierauf auch hinaus (S. 60f.). Wenn das BGB. sagt, §§ 41ff., der Verein gehe unter durch Auflösungsbeschluß, Konkursöffnung, Entziehung der Rechtsfähigkeit, so wird dies durch die folgenden Bestimmungen über die Liquidation schlüssig widerlegt. Der Verein geht erst unter, wenn er tot liquidiert ist. Das Gesellschaftsverhältnis geht erst unter durch die Totliquidation, ebenso die Testamentsvollstreckung wie überhaupt grundsätzlich jedes Rechtsverhältnis, denn auch die Vertragserfüllung ist nichts anderes als Totliquidation. Nur das Konkursverfahren macht eine Ausnahme, weil hier der

behördliche Schlußpunkt hinter die Tätigkeit des behördlich eingesetzten Verwalters gesetzt wird. Aber auch dieser Schlußpunkt soll erst gesetzt werden, wenn die Masse tot liquidiert ist. Der umfangreiche Streit über die rechtlichen Eigenheiten des Liquidationstadiums, über den Munzer S. 62 Anm. 109, S. 64 Anm. 112 berichtet, leidet an einer falschen Fragestellung, die juristische Person in Liquidation geht unter durch Totliquidation, nicht durch Auflösungsbeschluß, Konkurseröffnung usw. Es ist ein unrichtiger Ausdruck, wenn das BGB. sagt, der Verein gelte insofern als fortbestehend, er besteht fort, aber mit eingeschränkten Aufgaben. Alle Fälle eines scheinbaren Nachlebens eines Rechtsverhältnisses nach dem Untergang werden unrichtig gesehen, wenn man BGB. und HGB. wörtlich nimmt. Die Totliquidation erklärt sich ohne Fiktion. Die Ausdrucksweise des Gesetzes legt freilich zunächst die Vorstellung der Fiktion nahe, aber der sachliche Inhalt der Vorschriften muß entscheiden. Nun wird Munzer und wird mit ihm der Philosoph sagen: Ob die Rechtswissenschaft durch ihre eigenen Begriffe den Gebrauch der Fiktionen umgehen könne und umgehe, sei unerheblich, philosophisch angesehen bleibe es doch bei der Fiktion. Darüber ist natürlich nicht zu streiten, aber es ist festzuhalten, daß die juristische Natur der Erscheinungen nur mit juristischen Mitteln in einer für die praktischen Zwecke des Rechtes brauchbaren Weise erfaßt werden kann. So ist am letzten Ende das rein juristische nicht notwendig eine Widerlegung des philosophischen.

Anders steht es um die Frage, ob die eine ganze Hälfte der Arbeit einnehmenden und vorzüglich mit den Gedankengängen Lotzes arbeitenden philosophischen Darlegungen, wie sie Munzer gibt, überall haltbar sind. Darüber mögen die Philosophen mit ihm rechten. Immerhin dürfte es auch den jeden wissenschaftlich interessierten Leser fesseln, den Gedankengängen des Verfassers sowohl im philosophischen wie im rein juristischen nachzugehen.
