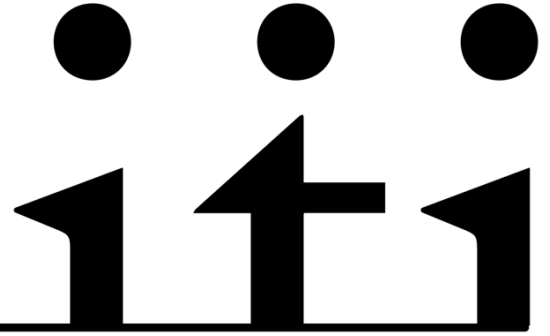


cognitio

studentisches Forum für Recht und Gesellschaft



Die (Rechts-)Philosophie des «Als-Ob»

Unter besonderer Berücksichtigung von Fiktionen im Recht

MIRJAM GRBAC

Zitiervorschlag

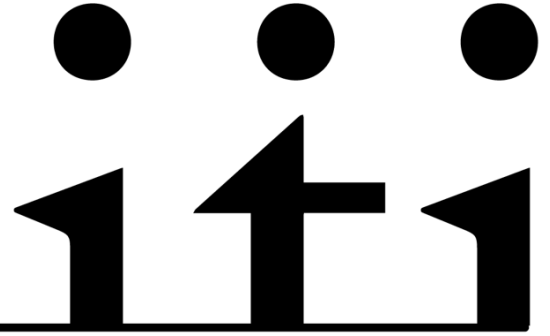
GRBAC, Die (Rechts-)Philosophie des «Als-Ob», in: cognitio 2022/1.

URL: cognitio-zeitschrift.ch/2022-1/Grbac

DOI: [10.5281/zenodo.5850230](https://doi.org/10.5281/zenodo.5850230)

ISSN: 2624-8417





Die (Rechts-) Philosophie des «Als-Ob»

Unter besonderer Berücksichtigung von Fiktionen im Recht

MIRJAM GRBAC*

Basierend auf der Philosophie des «Als-Ob» von Hans Vaihinger beschäftigt sich dieser Beitrag mit der Rolle der Fiktion im Recht. Die Autorin untersucht die Gefahren und Möglichkeiten dieser Theorie aus einer rechtswissenschaftlichen Perspektive. Die Rechtsdogmatik charakterisiert die Aufgabe von Fiktionen insbesondere im künstlichen Gleichsetzen von Tatbeständen. Damit dienen Fiktionen der Gewinnung von Erkenntnissen im Spannungsfeld von Nützlichkeit und Wahrheit. Diese Differenzen werden im folgenden Beitrag näher untersucht.

Inhaltsübersicht

I. Einleitung	2
II. Der Zweck der Fiktion	3
III. Die Philosophie des «Als-Ob»	4
A. Philosophischer Hintergrund	4

B. Fiktionsbegriff von VAIHINGER	5
C. Die juristische Fiktion	7
D. Hauptthesen der Philosophie des Als-Ob	8
1. Fiktion als Kunstgriffe des Denkens	9
2. Trennung von Wahrheit und Nützlichkeit	9
3. Korrektur der Fiktion, Handeln Als-Ob	10
E. Kritik an der Philosophie des Als-Ob	11
IV. Bedeutung der Philosophie des Als-Ob für das Recht	12
A. Verhältnis der Philosophie des Als-Ob im Recht	12
B. HANS KELSEN und die reine Rechtslehre	13
V. Fazit	14

* Studentin der Rechtswissenschaften an der Universität Luzern.
Dieser gekürzte Beitrag wurde als Seminararbeit im Rahmen des Seminars «Recht und Wahrheit» von Prof. Dr. Malte-Christian Gruber, Prof. Dr. Vagias Karavas und Prof. Dr. Michele Luminati im Herbstsemester 2020 an der Universität Luzern verfasst. Für Rückfragen wenden Sie sich bitte an: mirjam@grbac.com.

I. Einleitung

Das Rechtssystem stellt kein klar bestimmbares oder gar lückenloses System dar. Vielmehr ist das Gegenteil der Fall. Es gehört zu einer der wichtigsten Aufgaben einer Juristin oder eines Juristen, Normen auszulegen und nach dem eigentlichen Sinn des Gesetzestextes zu suchen.¹ Hierbei kommen unter anderem Fiktionen zum Einsatz. Der Begriff «Fiktion» (lat. *fictio*) leitet sich vom lateinischen Begriff *fingere* ab.² *Fingere* bedeutet «bilden», «erdichten» oder «gestalten».³ Folglich ist die Fiktion das Annehmen von etwas, das nicht der Wirklichkeit entspricht. Eine Erkenntnis wird so umgestaltet, dass das Ziehen einer Schlussfolgerung vereinfacht wird.⁴ Im Recht stellen Fiktionen ein Mittel dar, um die Rechtsfolge eines Tatbestandes auf andere Tatbestände zu übertragen. Es handelt sich um ein künstliches Gleichsetzen

von Tatbeständen.⁵ Dabei kann es namentlich zu einem Spannungsverhältnis zwischen der Nützlichkeit der Fiktion und der Begründung der Wahrheit kommen.⁶ Sowie in einem weiteren Schritt eine Spaltung zwischen der Rechtswissenschaft und der Wirklichkeit fördern. Ob sich eine solche Gefahr in der heutigen Rechtswissenschaft zeigt und worin mögliche Vorteile der Fiktion bestehen könnten, versucht dieser Beitrag im Folgenden auszuführen. Dabei konzentriert sich die Verfasserin primär auf HANS VAIHINGER, einen Philosophen und Kant-Forscher des 19. Jahrhunderts aus Tübingen.⁷

Mit seinem Hauptwerk «Die Philosophie des Als Ob, System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus, Mit einem Anhang über Kant und Nietzsche»⁸ etablierte VAIHINGER eine neue Sichtweise auf den Fiktionalismus.^{9, 10} Seine

¹ AMSTUTZ MARC/NIGGLI MARCEL ALEXANDER, Recht und Wittgenstein III, Vom Gesetzeswortlaut und seiner Rolle in der rechtswissenschaftlichen Methodenlehre, in: Forstmoser Peter/Honsell Heinrich/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, Methodenlehre und Privatrecht, Zivilprozess- und Wettbewerbsrecht, Festschrift für Hans Peter Walter, Bern 2005, S. 9 ff., S. 31; KRAMER ERNST A., Juristische Methodenlehre, 6. Aufl., Bern 2019, S. 52 f.

² ALBRECHT KRISTIN Y., Fiktionen im Recht, Diss. Salzburg 2019, Baden-Baden 2020, S. 27; VAIHINGER HANS, Die Philosophie des Als Ob, System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus. Mit einem Anhang über Kant und Nietzsche., 9./10. Aufl., Leipzig 1927, S. 129.

³ ALBRECHT (Fn. 2), S. 27; GABRIEL GOTTFRIED, Fiktion, in: Braungart Georg/Fricke Harald/Grubmüller Klaus/Müller Jan-Dirk/Vollhardt Friedrich/Weimar Klaus (Hrsg.), Realexikon der deutschen Literaturwissenschaft: Neubearbeitung des Reallexikons der deutschen Literaturgeschichte. Bd. I: A-G, 3. Aufl., Berlin/New York 2007, S. 594 ff., S. 595; VAIHINGER (Fn. 2), S. 129.

⁴ HONSELL HEINRICH/MAYER-MALY THEO, Rechtswissenschaft, Die Grundlagen des Rechts, 7. Aufl., Bern 2017, S. 107; VAIHINGER (Fn. 2), S. 19.

⁵ ESSER JOSEF, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen: Kritisches zur Technik der Gesetzgebung und zur bisherigen Dogmatik des Privatrechts, 2. Aufl., Frankfurt am Main 1969, S. 200; HONSELL HEINRICH/MAYER-MALY THEO (Fn. 4), S. 108; LARENZ KARL/CANARIS CLAUDIUS WILHELM, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg 1995, S. 82 f.

⁶ Zum Spannungsfeld zwischen Nützlichkeit und Wahrheit: III.D.2.

⁷ M.w.H. SIMON GERD, Leben und Wirken Vaihingers in: Neuber Matthias (Hrsg.), Fiktion und Fiktionalismus, Beiträge zu Hans Vaihingers «Philosophie des Als Ob», Würzburg 2014, S. 21 f., 23, 28 ff.; VAIHINGER HANS, Wie die Philosophie des Als Ob entstand, in: Schmidt Raymund (Hrsg.), Die deutsche Philosophie der Gegenwart in Selbstdarstellungen, 1921/2, S. 175 ff., S. 175, 179 f.

⁸ VAIHINGER (Fn. 2).

⁹ KLAUK TOBIAS, Fiktionalität in der Philosophie: Fiktionalismus, in: Klauk Tobias/Köppe Tilman (Hrsg.), Fiktionalität, Ein interdisziplinäres Handbuch, S. 496 ff., S. 496 ff. Es werden verschiedene Arten des Fiktionalismus unterschieden. Gemeinsam haben dabei alle, dass sie mittels Fiktionen versuchen zu erklären, weswegen das Festhalten an unwahren Sätzen nützlich sein kann; Vgl. auch III.D.2 zur Nützlichkeit von Fiktionen.

interdisziplinäre Vorgehensweise führte dazu, dass sein Werk auch bei Rechtswissenschaftlerinnen und Rechtswissenschaftlern Interesse weckte.¹¹ Vor allem HANS KELSEN brachte die Philosophie des Als-Ob in den juristischen Diskurs ein.¹²

Die Ausführungen VAHINGERS eröffneten eine neue Sichtweise auf die Fiktion. Er zeigt auf, dass sie mehr als nur ein Widerspruch zur Wirklichkeit ist. Sie fungiert als nützliches Hilfsmittel bei wissenschaftlichen Erkenntnissen.¹³ Insofern setzt sich dieser Beitrag massgebend mit HANS VAHINGER und seiner Philosophie des Als-Ob auseinander.

Zuerst wird der Zweck der Fiktion genauer betrachtet (II). Darauf folgt eine Einführung in die Philosophie des Als-Ob. Diese umfasst Ausführungen zu ihrem Hintergrund (III.A), zum Fiktionsbegriff von VAHINGER (III.B), eine genauere Betrachtung der juristischen Fiktion (III.C), die Darlegung einiger Hauptthesen (III.D) sowie eine Behandlung der wichtigsten Kritikpunkte, die an ihr geübt werden (III.E). Unter IV wird die Konzentration sodann auf den Einfluss, der die Philosophie des Als-Ob auf die Rechtswissenschaft hat, gelegt. Schliesslich werden im Fazit (V) die wichtigsten Aspekte nochmals resümiert.

II. Der Zweck der Fiktion

Im römischen Recht lag der Zweck der Fiktion in der Rechtsfortbildung.¹⁴ VAHINGER,

auf dessen Ausführungen nachfolgend genauer eingegangen wird,¹⁵ bezeichnet als Zweck der Fiktion dagegen die Erkenntnis der Wirklichkeit.¹⁶ Ihr Ziel ist es, indem sie in einem ersten Schritt von der Wirklichkeit abweicht, einen Umweg des Denkens zu finden. Dafür setzt sie verschiedene Mittel wie z.B. Kunstgriffe¹⁷ oder den Widerspruch ein.¹⁸ In einem zweiten Schritt fällt die Fiktion und damit auch der Widerspruch zur Wirklichkeit wieder weg.¹⁹ Als Ergebnis erhält man eine wirklichkeitsgetreue Feststellung.²⁰

Solche Umwege des Denkens können vorwiegend in komplexen Gebieten dazu dienen, Fortschritte zu erreichen. Wenn einzelne Erkenntnisse nicht unmittelbar ersichtlich sind, unternimmt das Gehirn Kunstgriffe.²¹ Zuerst werden die wichtigsten Aspekte betrachtet und daraus Schlussfolgerungen gezogen.²² Besonders die wissenschaftliche Arbeit steht diffizilen Fragen gegenüber. Aus diesem Grund werden Fiktionen in den verschiedensten Wissenschaftsdisziplinen²³ ein-

den genutzt, um das Recht weiterzuentwickeln und zu erklären.; m.w.H. ALBRECHT (Fn. 2), S. 30 ff.

¹⁵ Vgl. III.

¹⁶ KELSEN HANS, *Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als Ob*, in: Schmidt Raymund/Vaihinger Hans (Hrsg.), *Annalen der Philosophie*, 1919/1, Leipzig, S. 630 ff., S. 631; VAHINGER (Fn. 2), S. 27, 175 ff.

¹⁷ Zum Begriff des Kunstgriffes vgl. III.D.1.

¹⁸ KELSEN (Fn. 16), S. 631.

¹⁹ Vgl. III.D.3.

²⁰ VAHINGER (Fn. 2), S. 194.

²¹ SARRIS VIKTOR, *Methodologische Grundlagen der Experimentalpsychologie*, Band 1: Erkenntnisgewinnung und Methodik der experimentellen Psychologie, München 1990, S. 20 ff.; VAHINGER (Fn. 2), S. 29.

²² VAHINGER (Fn. 2), S. 28 ff.

²³ Meines Erachtens können neben den Beispielen von VAHINGER auch die Psychologie sowie die Soziologie, als Anwendungsgebiete genannt werden. Beides sind Wissenschaftsgebiete, die mehrheitlich empirisch arbeiten. Gerade bei Umfragen, Experimenten oder ähnlichem ist man auf Kategorien und Begrifflichkeiten angewiesen.

¹⁰ ALBRECHT (Fn. 2), S. 69, 142. VAHINGER führte einen Wandel hinsichtlich der Betrachtungsweise der Fiktion herbei. Für ihn stellt die Fiktion nicht nur eine Lüge, einen Widerspruch zur Wirklichkeit dar. Er sieht in ihr vor allem den Zweck, die wissenschaftliche Arbeit voranzubringen.

¹¹ ALBRECHT (Fn. 2), S. 69; Siehe IV.

¹² ALBRECHT (Fn. 2), S. 100; vgl. IV.B.

¹³ ALBRECHT (Fn. 2), S. 142.

¹⁴ ALBRECHT (Fn. 2), S. 34, 48. Die Fiktionsarten, die das heutige Recht kennt, entwickelten sich im römischen Recht, wo sie vor allem der Fortentwicklung des Sakralrechts dienten. Sie wur-

gesetzt. Für HANS VAHINGER stellen besonders die Mathematik wie auch die Rechtswissenschaft wichtige Anwendungsgebiete dar.²⁴

Die Bedeutung von Fiktionen im Recht resultiert unter anderem aus der Vielzahl von Fällen, mit denen die Rechtswissenschaft in Berührung kommt. Es ist unmöglich für jeden Einzelfall, eine eigene Regelung zu erarbeiten. Vielmehr müssen Umwege gefunden werden. Zum Beispiel, indem Sachverhalt A analog zu Sachverhalt B beurteilt wird.²⁵ Infolgedessen unterscheidet sich VAHINGERS Ansicht bezüglich des Zweckes der Fiktion nicht stark von jener des römischen Rechts. Denn das Erzielen von neuen Erkenntnissen dient gerade primär der Fortentwicklung der Wissenschaften.

Mit VAHINGERS Ausführungen zur Fiktion soll sich im Weiteren noch genauer befasst werden.

III. Die Philosophie des «Als-Ob»

HANS VAHINGER beschäftigte sich in der Philosophie des Als-Ob mit der Problematik, wie wir trotz falscher Annahmen richtig handeln können.²⁶ Das Ziel der Wissenschaft sei, die Wirklichkeit durch widerspruchslose Vorstellungen nachzuweisen.²⁷ Dafür versucht unser natürliches Denken Annahmen (sog. «Vorstellungsgebilde»)²⁸ zu bilden.²⁹ Diese können jedoch kein vollständiges Abbild der Wirklichkeit darstellen. Zum einen ist die Menge an Informationen und Eindrücken, die sekundlich aufgenommen werden, zu gross.³⁰ Zum anderen kann

sich unser Denken nicht gänzlich von subjektiven Aspekten lösen.³¹ Um das Ziel der Abbildung der Wirklichkeit dennoch zu erreichen, arbeitet unser Denksystem mit verschiedenen Hilfsmitteln.³² Die Fiktion stellt ein solches Hilfsmittel dar.³³

Bevor unter III.B genauer auf VAHINGERS Verständnis der Fiktion eingegangen wird, soll der Hintergrund der Philosophie des Als-Ob genauer erläutert werden.

A. Philosophischer Hintergrund

VAHINGER befasste sich bereits in seiner Jugend mit Arbeiten unterschiedlicher Autorinnen, Philosophen und Theologinnen.³⁴ Dies zeigt sich auch in der Philosophie des Als-Ob. Sie basiert insbesondere auf Überlegungen von FRIEDRICH ALBERT LANGE, IMMANUEL KANT und FRIEDRICH NIETZSCHE.³⁵

FRIEDRICH ALBERT LANGE war ein deutscher Philosoph des 19. Jahrhunderts.³⁶ Er stellte einen objektiven Erkenntnisanspruch der Philosophie in Frage. Für ihn galten als eigentliche Wissenschaften lediglich die Naturwissenschaften.³⁷ Gemäss VAHINGER

²⁴ VAHINGER (Fn. 2), S. 46 f., 69 f.

²⁵ VAHINGER (Fn. 2), S. 46.

²⁶ HONEGGER HANS, *Die Philosophie des als ob*, in: *Wissen und Leben, 1919–1920/22*, S. 514 ff., S. 515; VAHINGER (Fn. 2), S. XXIV.

²⁷ VAHINGER (Fn. 2), S. 21.

²⁸ VAHINGER (Fn. 2), S. 21.

²⁹ VAHINGER (Fn. 2), S. 21.

³⁰ VAHINGER (Fn. 2), S. 29, 46.

³¹ M.w.H. BIERKENS PIETER B., *Die Urteilsbildung in der Psychodiagnostik*, München 1968, S. 14, 17 ff.; GARMS-HOMOLOVÁ VJENKA, *Sozialpsychologie der Einstellungen und Urteilsbildung, Lässt sich menschliches Verhalten vorher-sagen?*, Berlin 2020, S. 33; VAHINGER (Fn. 2), S. 22.

³² VAHINGER (Fn. 2), S. 182.

³³ VAHINGER (Fn. 2), S. 182.

³⁴ VAHINGER (Fn. 7), S. 175 f.

³⁵ VAHINGER (Fn. 2), S. 613–733, S. 753–771, S. 771–790.

³⁶ ZWEIG ARNULF, Lange, Friedrich Albert (1828–1875), in: Borchert Donald M. (Hrsg.), *Encyclopedia of Philosophie*, Vol. 5, USA 2006, S. 186 f., S. 186.

³⁷ HEIDELBERGER MICHAEL, Hans Vaihinger und Friedrich Albert Lange. Mit einem Ausblick auf Ludwig Wittgenstein, in: Neuber Matthias (Hrsg.), *Fiktion und Fiktionalismus, Beiträge zu Hans Vaihingers «Philosophie des Als Ob»*, Würzburg 2014, S. 43 ff., S. 48 f.; LANGE FRIEDRICH ALBERT, *Geschichte des Materialis-*

kann dagegen kein Urteil ohne Fiktion bestehen. Demzufolge behandelt er naturwissenschaftliche Theorien als Hilfsmittel für den Umgang mit der Welt und nicht als wortwörtliche Beschreibungen der Wirklichkeit.³⁸ Ebenso nehmen die Theorien von IMMANUEL KANT einen wichtigen Einfluss auf die Arbeit von VAHINGER. Dies zeigt sich namentlich an regelmässigen Verweisen auf seine Schriften.³⁹ Die von KANT gestellte Frage, ob synthetische Urteile a priori⁴⁰ möglich sind,⁴¹ führt durch eine Konkretisierung zur Ausgangsfrage der Philosophie des Als-Ob:⁴² Wie kann mittels bewusst falschen Vorstellungen Richtiges erreicht werden?⁴³ Als Dritter ist FRIEDRICH NIETZSCHE zu erwähnen.⁴⁴ Er befasste sich mit dem Schein, der bewusst anerkannt wird.⁴⁵ Genau in die-

sem Vorgang findet sich der Hauptaspekt der Philosophie des Als-Ob.⁴⁶

Bei der Philosophie des Als-Ob handelt es sich dementsprechend um eine Abfassung, der die Betrachtung zahlreicher Theorien und Gedankengänge vorangegangen ist.⁴⁷ Die Interdisziplinarität von VAHINGERS Ausführungen zeigt sich nicht zuletzt an der Ausarbeitung unterschiedlicher Fiktionsarten.⁴⁸ Auf welche nach einer allgemeinen Definition der Fiktion im Sinne VAHINGERS näher eingegangen wird.

B. Fiktionsbegriff von VAHINGER

HANS VAHINGER beschreibt die Fiktion als Mittel der Logik mit erkenntnistheoretischem Charakter, dessen Hauptmerkmal die Abweichung von der Wirklichkeit ist.⁴⁹ Anders formuliert: eine Fiktion stellt eine bewusst falsche Annahme dar.⁵⁰

Für die Definition einer Fiktion entwickelte er mehrere Merkmale:⁵¹

1. Es besteht ein Widerspruch zur Wirklichkeit.⁵²
2. Fiktionen müssen wieder wegfallen, da sie nur dann einen Wert haben, wenn sie provisorisch verwendet

mus und Kritik seiner Bedeutung in der Gegenwart, Zweites Buch, Geschichte des Materialismus seit Kant, Waltrop/Leipzig 2003, S. 154 ff.

³⁸ M.w.H. HEIDELBERGER (Fn. 37), S. 51 f.; VAHINGER (Fn. 2), S. 88 f. VAHINGER bezeichnet diese Anschauung als «kritischen Positivismus».

³⁹ M.w.H. BOURIAU CHRISTOPHE, [Hans Vaihingergs Die Philosophie des Als-Ob: Pragmatismus oder Fiktionalismus?](#), in: *Philosophia Scientiæ*, 2016/20-1, S. 77 ff., S. 79; VAHINGER (Fn. 2), S. 109 ff., 264 ff., 613 ff.

⁴⁰ ERDMANN BENNO (HRSG.)/KANT IMMANUEL, *Kritik der reinen Vernunft*, 6. Aufl., Berlin/Boston 2019, S. 42 f. Erkenntnisse a priori finden ihren Ursprung in der Vernunft und nicht in der Erfahrung. Urteile, die auf Erfahrung beruhen, bezeichnet KANT dagegen als Erkenntnisse a posteriori.

⁴¹ ERDMANN (HRSG.)/KANT (Fn. 40), S. 50 ff.; M.w.H. GENTILI CARLO, Kant, Nietzsche und die «Philosophie des Als-Ob», in: *Nietzscheforschung*, 2013/20-1, S. 103 ff., S. 110; m.w.H. HÖFFE OTFRIED, *Immanuel Kant*, 8. Aufl., München 2014, S. 57 ff.

⁴² HONEGGER (Fn. 26), S. 515.

⁴³ GENTILI (Fn. 41), S. 109 f.; VAHINGER (Fn. 2), S. XXIV.

⁴⁴ M.w.H. FRENZEL IVO, *Friedrich Nietzsche, rowohlts monographie*, 31. Aufl., Hamburg 2000, S. 7.

⁴⁵ NIETZSCHE FRIEDRICH, *Der Wille zur Macht, Eine Auslegung alles Geschehens*, Neu ausgewählt und geordnet von Brahn Max (Hrsg.), Leipzig 1919, S. 185 ff., 206 ff.

⁴⁶ M.w.H. GENTILI (Fn. 41), S. 106; m.w.H. VAHINGER (Fn. 2), S. 771 ff.; VAHINGER (Fn. 7), S. 195.

⁴⁷ M.w.H. VAHINGER (Fn. 2), S. 613 ff.; m.w.H. VAHINGER (Fn. 7), S. 175 ff.

⁴⁸ VAHINGER (Fn. 2), S. 25 ff. Als Beispiele können die schematische, die symbolische, die praktische/ethische, die juristische oder auch die mathematische Fiktion genannt werden.

⁴⁹ KELSEN (Fn. 16), S. 631; VAHINGER (Fn. 2), S. 20, 175 ff.

⁵⁰ SCHMIDT RAYMUND, [Prolegomena zu Vaihingergs Philosophie des Als Ob](#), in: *Vaihinger Hans/Schmidt Raymund (Hrsg.), Annalen der Philosophie*, 1923/3, S. 474 ff., S. 480; VAHINGER (Fn. 2), S. 27.

⁵¹ KELSEN (Fn. 16), S. 631, 651; SCHMIDT (Fn. 50), S. 482; VAHINGER (Fn. 2), S. 171 ff.

⁵² KELSEN (Fn. 16), S. 651; SCHMIDT (Fn. 50), S. 482; VAHINGER (Fn. 2), S. 172.

werden. Das Ziel ist immer ein widerspruchloses Resultat.⁵³

3. Es besteht eine Vorstellung der Fiktivität, d.h. ein Bewusstsein darüber, dass es sich um eine Fiktion handelt.⁵⁴
4. Fiktionen stellen ein Mittel zu einem bestimmten Zweck dar.⁵⁵

Mithilfe dieser Merkmale, aber vor allem anhand des dritten Merkmals kann die Fiktion von der Hypothese abgegrenzt werden.⁵⁶ Bei der Differenzierung handelt es sich um einen Kernaspekt der Philosophie des Als-Ob.⁵⁷ Grundlage dafür sei, dass in der Praxis Fiktion und Hypothese oft vertauscht werden.⁵⁸

Bei einer Hypothese handelt es sich um eine Aussage über eine Wirklichkeit, die noch unbekannt ist und auf eine Verifikation mit der Realität hofft.⁵⁹ Im Gegensatz dazu ist bei der Fiktion die Übereinstimmung mit der Wirklichkeit von Beginn an ausgeschlossen.⁶⁰ Zwar geben beide etwas Provisorisches wieder. Die Hypothese verfolgt allerdings das Ziel, durch Erfahrung bestätigt zu werden.⁶¹ Wohingegen die Fiktion lediglich ein Durch-

gangspunkt darstellt, um in weiteren Schritten zu einer Erkenntnis zu gelangen.⁶²

Wie bereits ausgeführt, handelt es sich bei der Fiktion um eine bewusst falsche Annahme. Hinsichtlich des Widerspruchs mit der Wirklichkeit⁶³ unterscheidet VAIHINGER zwischen echten Fiktionen und Semi- bzw. Halbfiktionen.⁶⁴ Erstere sind solche, die nicht nur der Wirklichkeit widersprechen, sondern auch in sich selbst widerspruchsvoll sind.⁶⁵ Zum Beispiel stellt das Unendliche ein Hilfsgebilde unserer Vorstellung dar, dass allein durch die Einbildungskraft entsteht und keinen objektiven Wert hat.⁶⁶ Im Gegensatz dazu besteht bei einer Halbfiktion lediglich ein Widerspruch zur Wirklichkeit, nicht aber zu sich selbst.⁶⁷ Als wichtiges Beispiel einer Halbfiktion nennt VAIHINGER die künstliche Einteilung.⁶⁸ Das Ziel vieler Wissenschaften ist die Einteilung der Wirklichkeit in ein natürliches System. Es finden sich jedoch auch Gesichtspunkte, die nicht direkt eingeteilt werden können. In diesen Fällen wird ein indirekter Weg eingeschlagen. Es wird eine künstliche Einteilung geschaffen, die so behandelt wird, als ob sie der Wirklichkeit entspricht.⁶⁹

Neben der Hauptunterscheidung zwischen echten Fiktionen und Halbfiktionen erarbeitete VAIHINGER verschiedene Fiktionsarten,⁷⁰ wovon im vorliegenden Kontext insbesondere jene der juristischen Fiktion von Bedeutung ist.

⁵³ SCHMIDT (Fn. 50), S. 482; VAIHINGER (Fn. 2), S. 172 f.; vgl. III.D.3 zur Korrektur der Fiktion.

⁵⁴ VAIHINGER (Fn. 2), S. 173 f.

⁵⁵ SCHMIDT (Fn. 50), S. 482; VAIHINGER (Fn. 2), S. 174.

⁵⁶ VAIHINGER (Fn. 2), S. 175.

⁵⁷ VAIHINGER (Fn. 2), S. 603.

⁵⁸ VAIHINGER (Fn. 2), S. 603 f.; WELS ANDREA, Die Fiktion des Begreifens und das Begreifen der Fiktion, Dimensionen und Defizite der Theorie der Fiktionen in Hans Vaihingers Philosophie des Als Ob, Diss. Bonn 1997, S. 92.

⁵⁹ GABRIEL GOTTFRIED, Fiktion und Fiktionalismus, Zur Problemgeschichte des «Als Ob», in: Neuber Matthias (Hrsg.), Fiktion und Fiktionalismus, Beiträge zu Hans Vaihingers «Philosophie des Als Ob», Würzburg 2014, S. 65 ff., S. 77; VAIHINGER (Fn. 2), S. 144, 606; WELS (Fn. 58), S. 94.

⁶⁰ GABRIEL (Fn. 59), S. 77; VAIHINGER (Fn. 2), S. 606; WELS (Fn. 58), S. 93.

⁶¹ VAIHINGER (Fn. 2), S. 147.

⁶² VAIHINGER (Fn. 2), S. 147, 175; vgl. II.

⁶³ Beim Widerspruch mit der Wirklichkeit handelt es sich um das erste Merkmal einer Fiktion.

⁶⁴ VAIHINGER (Fn. 2), S. 24.

⁶⁵ VAIHINGER (Fn. 2), S. 24.

⁶⁶ VAIHINGER (Fn. 2), S. 87 ff.

⁶⁷ VAIHINGER (Fn. 2), S. 24.

⁶⁸ VAIHINGER (Fn. 2), S. 25 ff. Ein Grund dafür sei, dass die künstliche Einteilung eine der einzigen Fiktionen darstellt, die auch von den Logikern und Logikerinnen Zuspruch erfahren hat.

⁶⁹ VAIHINGER (Fn. 2), S. 25 ff.

⁷⁰ Vgl. Fn. 48.

C. Die juristische Fiktion

Die juristische Fiktion ist keine exakte Berechnung der Wirklichkeit.⁷¹ Sie bezeichnet die Subsumtion einer Gegebenheit unter eine nicht für sie geschaffene Vorschrift.⁷² Angesichts der Dichte an Sachverhalten, mit welcher die Rechtswissenschaft konfrontiert wird, ist eine analoge Anwendung von Normen für den reibungslosen Ablauf der juristischen Arbeit unentbehrlich.⁷³

Die schweizerische Rechtsordnung kennt keine Norm, welche die Rechtsfigur der Fiktion normiert. Lediglich die mit der Fiktion verwandte Vermutung findet regelmässig in den Ausführungen zu [Art. 8 ZGB](#) Platz.⁷⁴ Der Unterschied zur Vermutung liegt darin, dass die Fiktionsfolge, die sich an eine bestimmte Tatsache (sog. Fiktionsbasis) knüpft, unwiderlegbar ist.⁷⁵ Zum Beispiel gilt nach [Art. 255 Abs. 1 ZGB](#) der Ehemann als Vater des während der Ehe geborenen Kindes. In diesem Fall stellt die Vermutungsbasis die Ehe dar.⁷⁶ An die Tatsache des Eheverhältnisses knüpft sich die Vaterschaft (sog. Vermutungsfolge). Hierbei handelt es sich lediglich um eine Vermutung und nicht um eine Fiktion, da sie widerlegbar ist.⁷⁷

Beispielsweise kann mithilfe eines Vaterschaftstestes bewiesen werden, dass der Ehemann der Mutter nicht der Vater des Kindes ist. Beim Vorliegen einer Fiktion könnte dagegen der Schluss von der Tatsache (Ehe) auf eine Rechtsfolge (Vaterschaft) nicht widerlegt werden. Insofern wird der Begriff der unwiderlegbaren Vermutung als Synonym für die Fiktion verwendet.⁷⁸

Neben der Abgrenzung der Fiktion von der Vermutung wurden zwei Fiktionsarten im Recht erarbeitet. Es wird zwischen gesetzlichen und dogmatischen Fiktionen differenziert.⁷⁹

Unter einer gesetzlichen Fiktion versteht man eine bestimmte Form der Verweisung durch den Gesetzgeber.⁸⁰ Ihre Funktion liegt in der analogen Anwendung der Regeln eines Tatbestandes auf einen anderen. Durch die gesetzliche Fiktion können Wiederholungen vermieden und die Rechtstexte übersichtlicher gestaltet werden.⁸¹ Sie dient folglich der Komplexitätsreduktion.⁸² Ein Beispiel für eine (gesetzliche) Fiktion im

⁷¹ VAHINGER (Fn. 2), S. 197.

⁷² VAHINGER (Fn. 2), S. 46 ff., 197.

⁷³ VAHINGER (Fn. 2), S. 46.

⁷⁴ M.w.H. JUNGO ALEXANDRA, Beweislast, [Art. 8 ZGB](#), ZK, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018, Nr. 267 ff.; STEINAUER PAUL-HENRI, La liquidation du régime de la participation aux acquêts – Questions de preuve et de fond, in: Fountoulakis Christina/Jungo Alexandra (Hrsg.), La procédure en droit de la famille, 10^e Symposium en droit de la famille 2019, Genève/Zürich/Bâle 2020, S. 157 ff.; WEGMANN PAUL FELIX, Vermutung und Fiktion, Widerstände einer im Recht verwendeten Denkfigur, Zürich 2016, S. 6.

⁷⁵ JUNGO (Fn. 74), Nr. 270, 286; STEINAUER (Fn. 74), S. 159.

⁷⁶ SCHWENZER INGEBORG/COTTIER MICHELLE, Kommentierung der [Art. 252–263, 271–275a, 296–306 ZGB](#), 6. Aufl., Basel 2018, N 2 ff. zu [Art. 255 ZGB](#).

⁷⁷ HAUSHERR HEINZ/GEISER THOMAS/AEBI-MÜLLER REGINA, Das Familienrecht des

Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 6. Aufl., Bern 2018, S. 353.

⁷⁸ SEILER HANSJÖRG, Einführung in das Recht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, S. 215; WEGMANN (Fn. 74), S. 97; WALTER HANS PETER, Kommentierung von [Art. 8 ZGB](#), in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Einleitung, [Art. 1–9 ZGB](#), Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Bern 2012, N 455 zu [Art. 8 ZGB](#).

⁷⁹ HAFERKAMP HANS-PETER, «Methodenehrlichkeit»? – Die juristische Fiktion im Wandel der Zeiten, in: Berger Klaus Peter/Borges Georg/Herrmann Harald/Schlüter Andreas/Wackerbarth Ulrich (Hrsg.), Zivil- und Wirtschaftsrecht im Europäischen Kontext, Private an Commercial Law in a European and Global Kontext, Festschrift für Norbert Horn zum 70. Geburtstag, Berlin 2006, S. 1077 ff., S. 1077; Siehe zum Begriff der gesetzlichen Fiktion: LARENZ/CANARIS (Fn. 5), S. 83 ff.

⁸⁰ ESSER (Fn. 5), S. 200; HAFERKAMP (Fn. 79), S. 1077; LARENZ/CANARIS (Fn. 5), S. 83.

⁸¹ HAFERKAMP (Fn. 79), S. 1077; LARENZ/CANARIS (Fn. 5), S. 83.

⁸² M.w.H. LARENZ/CANARIS (Fn. 5), S. 83 f.; SEILER (Fn. 78), S. 22 f.

Recht ist [Art. 320 Abs. 2 OR](#). Nimmt eine Arbeitgeberin eine Arbeitsleistung auf Zeit entgegen, ist zu erwarten, dass der Arbeitnehmer dafür entlohnt wird. In dieser Situation entsteht eine unwiderlegbare Vermutung, dass zwischen Arbeitgeberin und Arbeitnehmer stillschweigend ein entgeltlicher Arbeitsvertrag geschlossen wurde.⁸³ [Art. 320 Abs. 2 OR](#) verweist entsprechend für den Fall, dass kein Arbeitsvertrag geschlossen wurde auf die Regelungen, die im Falle eines vertraglich geregelten Arbeitsverhältnisses anwendbar sind.⁸⁴

Im Gegensatz dazu basiert die Gleichbehandlung von unterschiedlichen Tatsachen bei dogmatischen Fiktionen nicht auf dem Gesetz, sondern entsteht durch die Anordnung von Richtern und Rechtswissenschaftlerinnen.⁸⁵ Die Verweisung ist in diesen Fällen nicht sichtbar, weswegen dogmatische Fiktionen von der Methodenlehre als problematisch betrachtet werden.⁸⁶ Hintergrund dafür ist, dass die Rechtssicherheit grundsätzlich eine Bindung des Gerichts an das Gesetz voraussetzt.⁸⁷ Trotzdem ist der Rich-

ter, die Richterin zur Rechtsfortbildung verpflichtet, wenn eine Lücke im Gesetz besteht.⁸⁸ Diese hat dabei aber unter den Voraussetzungen von [Art. 1 Abs. 2 ZGB](#) zu erfolgen.⁸⁹

Um uns noch eingehender mit Fiktionen auseinanderzusetzen, soll nun im Weiteren auf einige Aspekte der Philosophie des Als-Ob genauer eingegangen werden.

D. Hauptthesen der Philosophie des Als-Ob

Mit der Philosophie des Als-Ob möchte VAHINGER aufzeigen, dass die meisten Vorstellungen nicht der Wirklichkeit entsprechen. Wir nehmen das Seiende auf und spannen es in Gedankengebilde ein, die nicht im Gegebenen selbst begründet sind.⁹⁰ Oft sind sie falsch und widerspruchsvoll. Trotzdem sind sie nützlich, wenn sie als Als-Ob-Betrachtungen mit dem Bewusstsein ihrer Falschheit festgehalten werden.⁹¹ Diese Grundannahme basiert auf dem Menschenbild VAHINGERS, wonach Menschen weitgehend nur ein Ziel verfolgen: die Selbsterhaltung.⁹² Das Denken diene als Mittel zum Leben. Es erfüllt den Zweck, Umwelteindrücke zu verarbeiten und zu verstehen.⁹³

⁸³ [BGE 109 II 228](#) E. 2.a. S. 229; REHBINDER MANFRED/STÖCKLI JEAN-FRITZ, Berner Kommentar, Einleitung und Kommentar zu den [Art. 319–330b OR](#), Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der Arbeitsvertrag, [Art. 319–362 OR](#), BK, Bern 2010, N 17 zu [Art. 320 OR](#); STAEHLIN ADRIAN, Zürcher Kommentar, Der Arbeitsvertrag, [Art. 319–330a OR](#), Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung ([Art. 1–529 OR](#)), ZK, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, N 6 f. zu [Art. 320 OR](#).

⁸⁴ PORTMANN WOLFGANG/WILDHABER ISABELLE, Schweizerisches Arbeitsrecht, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020, N 100. Bei [Art. 320 Abs. 2 OR](#) handelt es sich um die gesetzliche Begründung eines faktischen Vertragsverhältnisses.; REHBINDER MANFRED, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Aufl., Bern 2002, N 85.

⁸⁵ HAFERKAMP (Fn. 79), S. 1077.

⁸⁶ ALBRECHT (Fn. 2), S. 294; ESSER (Fn. 5), S. 22 f.; HAFERKAMP (Fn. 79), S. 1077; WEGMANN (Fn. 74), S. 54 f.

⁸⁷ HÜRLIMANN-KAUP BETTINA/SCHMID JÖRG, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, N 110, 210.

Dies entspricht dem Prinzip der Gewaltenteilung sowie dem Legalitätsprinzip.; m.w.H. ALBRECHT (Fn. 2), S. 294 f.

⁸⁸ HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID (Fn. 87), N 203.

⁸⁹ HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID (Fn. 87), N 201. Nach [Art. 1 Abs. 2 ZGB](#) kommt eine richterliche Rechtsfortbildung nur dann in Frage, wenn das Gesetz keine Lösung vorsieht und auch im Gewohnheitsrecht eine solche nicht gefunden werden kann.

⁹⁰ VAHINGER HANS, [Ist die Philosophie des Als Ob Skeptizismus?](#), in: Vaihinger Hans/Schmidt Raymund (Hrsg.), [Annalen der Philosophie](#), 1921/2, S. 532 ff., S. 532.

⁹¹ VAHINGER (Fn. 90), S. 532.

⁹² CEYNOWA KLAUS, Zwischen Pragmatismus und Fiktionalismus, Hans Vaihingers «Philosophie des Als Ob», Würzburg 1993, S. 9; m.w.H. VAHINGER (Fn. 7), S. 182 ff.

⁹³ VAHINGER (Fn. 2), S. 1–12; VAHINGER (Fn. 7), S. 200 f.

Auf der Basis dieser Annahmen entstand die Philosophie des Als-Ob, von welcher nachfolgend drei Hauptthesen erläutert werden.

1. Fiktion als Kunstgriffe des Denkens

Wie unter II ausgeführt wurde, vollzieht unser Denken Kunstgriffe, um Erkenntnisse über die Wirklichkeit zu generieren. Fiktionen sind ein Beispiel eines solchen.⁹⁴ Sie dienen als «Durchgangspunkte des Denkens».⁹⁵ Nach VAHINGER findet sich die Fiktion im Ergebnis selbst nicht wieder. Vielmehr fällt sie in Übereinstimmung mit den Merkmalen einer Fiktion⁹⁶ am Ende wieder weg.⁹⁷ Demzufolge stellt sie ein Hilfsmittel dar, dass lediglich während eines beschränkten Abschnittes des Erkenntnisprozesses eingesetzt wird. Durch das Schaffen von Kategorien und Begrifflichkeiten können Kernpunkte gebildet und das Denken in eine bestimmte Richtung gelenkt werden.⁹⁸ Der Kunstgriff für sich führt dabei nicht zu einem Begreifen. Er dient lediglich dem praktischen Zweck die wissenschaftliche Arbeit weiterzuführen, um in weiteren Schritten zu Erkenntnissen zu gelangen.⁹⁹

Auch in der Rechtswissenschaft finden sich solche Kunstgriffe. Zum einen kann an dieser Stelle auf [Art. 320 Abs. 2 OR](#) verwiesen werden, mit welchem sich der vorgängige Abschnitt genauer befasst hat.¹⁰⁰ Zum anderen ist als Beispiel für das Schaffen eines Vorstellungsgebildes, die natürliche sowie juristische Person als Rechtssubjekt zu nennen.¹⁰¹ Die Begrifflichkeit des Rechtssubjekts

dient dabei der «Personifikation eines Komplexes von Normen»¹⁰². Wodurch juristische Problemfelder veranschaulicht und gelöst werden können.¹⁰³

2. Trennung von Wahrheit und Nützlichkeit

Im Zusammenhang mit seiner Ausgangsfrage kommt VAHINGER zur Überzeugung, dass nicht jede Aussage, die nützlich ist, auch wahr sein muss. Gleichzeitig muss aber auch nicht jedes wahre Urteil nützlich sein.¹⁰⁴

Unsere Wahrnehmungen stellen subjektive Darstellungen der Psyche dar.¹⁰⁵ Aufgrund ihrer Subjektivität können sie nie genau der Wirklichkeit entsprechen.¹⁰⁶ Für VAHINGER ist das Denken vom Sein getrennt. Subjektive Vorstellungen und objektive Gegebenheiten können nicht übereinstimmen. Vielmehr knüpfen die eigenen Gedanken an der Realität an, da uns die Natur in objektiven Gesetzmässigkeiten bekannt ist.¹⁰⁷ Unsere Urteile über die Wirklichkeit dienen praktischen Zielen und nicht dazu, die Realität

Person lediglich um ein künstliches Rechtssubjekt handelt, das durch eine Staatsgenehmigung entsteht. Hauptvertreter dieser Theorie war Fridrich Karl von Savigny. Seines Erachtens fällt der Begriff der Person mit jenem der Rechtspersönlichkeit zusammen. Im Gegensatz zum Menschen kommt der juristischen Person die Rechtsfähigkeit nicht natürlich zu. Vielmehr braucht es eine Genehmigung des Staates.

¹⁰² KELSEN (Fn. 16), S. 633.

¹⁰³ HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE/BOSSHARDT MARTINA, Personenrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021, S. 2 Insbesondere ist mit der Qualifikation als Rechtssubjekt die Fähigkeit verknüpft, Träger von Rechten und Pflichten zu sein.; KELSEN (Fn. 16), S. 636.

¹⁰⁴ VAHINGER (Fn. 2), S. XXIV, 174; VAHINGER (Fn. 90), S. 532.

¹⁰⁵ BAK PETER MICHAEL, *Wahrnehmung, Gedächtnis, Sprechere, Denken, Allgemeine Psychologie I – das Wichtigste, prägnant und anwendungsorientiert*, Berlin 2020, S. 22.

¹⁰⁶ VAHINGER (Fn. 2), S. 287.

¹⁰⁷ VAHINGER (Fn. 2), S. 287 ff.

⁹⁴ VAHINGER (Fn. 2), S. 18 f.

⁹⁵ VAHINGER (Fn. 2), S. 175.

⁹⁶ Vgl. III.B.

⁹⁷ Vgl. III.D.3

⁹⁸ VAHINGER (Fn. 2), S. 183.

⁹⁹ VAHINGER (Fn. 2), S. 261.

¹⁰⁰ Vgl. III.C.

¹⁰¹ KELSEN (Fn. 16), S. 633; SONG HO-YOUNG, *Die Verselbständigung der juristischen Person im deutschen und koreanischen Recht*, Diss. 1998, Osnabrück 1999, S. 24 ff. Die Fiktions-
theorie besagt, dass es sich bei der juristischen

wiederzugeben. Dies entspricht der Denkrichtung des «Fiktionalismus».¹⁰⁸

In der juristischen Praxis spielt die Frage der objektiven Wahrheit bisweilen eine eher untergeordnete Rolle.¹⁰⁹ Einen Prozess gewinnt man nicht mit der Wahrheit, sondern mit Beweisen.¹¹⁰ Das Problem liegt darin, dass alles Wahrgenommene gerade nicht der Wirklichkeit entspricht, sondern subjektiv beeinflusst ist.¹¹¹ Wie unter III.C ausgeführt, handelt es sich bei [Art. 320 Abs. 2 OR](#) um eine Fiktion. Es ist nicht entscheidend, ob zwischen Arbeitgeberin und Arbeitnehmer ein Vertrag besteht, vielmehr wird dieser unabhängig von der objektiven Wahrheit vorausgesetzt. Ein anderes Beispiel ist die Kommorientenvermutung nach [Art. 32 Abs. 2 ZGB](#). Diese besagt, dass mehrere Personen als gleichzeitig verstorben gelten, wenn nicht festgestellt werden kann, in welcher Reihenfolge sie verstorben sind.¹¹² Die Vermutung wird zur Fiktion, wenn feststeht, dass A und B nicht gleichzeitig gestorben sind. Jedoch nicht bewiesen werden kann,

wer wen überlebt hat.¹¹³ Auch in diesem Fall geht den Juristinnen und Juristen die Nützlichkeit der Wahrheit vor.

Am Beispiel von [Art. 32 Abs. 2 ZGB](#) zeigt sich eine mögliche Problematik der Fiktion. Die Kommorientenvermutung hat einen erheblichen Einfluss auf das Erbrecht.¹¹⁴ Erbe kann grundsätzlich nur sein, wer den Erbgang erlebt. Im Falle des gleichzeitigen Versterbens kann folglich keiner den anderen beerben.¹¹⁵ Die Fiktion hat unter diesen Umständen eine direkte Konsequenz für die Einzelperson, wie in diesem Fall für die Erben.

3. Korrektur der Fiktion, Handeln Als-Ob

Als letzte These wird wiederum ein Merkmal der Fiktion¹¹⁶ ausführlicher betrachtet. Damit eine Fiktion ihrem Zweck¹¹⁷ erfüllen kann, braucht es eine Korrektur des Widerspruches zur Wirklichkeit.¹¹⁸ Der Sprachausdruck Als-ob dient dabei dazu, etwas mit einer Konsequenz gleichzusetzen, die einen unmöglichen Fall darstellt.¹¹⁹ Es werden zwei unterschiedliche Welten miteinander verknüpft: die Welt der Wirklichkeit und die Welt des Scheins.¹²⁰

Durch die Formulierung des Als-Ob entsteht ein fiktives Urteil: «A ist so zu betrach-

¹⁰⁸ BOURIAU (Fn. 39), S. 78, 91 f.

¹⁰⁹ KANTOROWICZ HERMANN, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (1906), Baden–Baden 2002, S. 17, 31; NEUMANN ULFRID, *Wahrheit im Recht, Zu Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform*, Baden–Baden 2004, S. 7 ff.; RASELLI NICCOLÒ, *Sachverhaltserkenntnis und Wahrheit; Rechtsanwendung und Gerechtigkeit*, in: *recht, Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis*, 2008/3, S. 67 ff., S. 67 f.

¹¹⁰ Siehe KANTOROWICZ (Fn. 109), S. 32 ff.; KRÜCKMANN-MÜNSTER PAUL, *Wahrheit und Unwahrheit im Recht*, in: Schmidt Raymond/Vaihinger Hans (Hrsg.), *Annalen der Philosophie*, 1919/1, S. 114 ff., S. 115.

¹¹¹ KRÜCKMANN-MÜNSTER (Fn. 110), S. 115.

¹¹² BREITSCHMID PETER, *Kommentierung der Art. 7, 11–26, 31–28, 89b–89c, 119–121, 131–132, 271–275a, 296–306, 328–330, 335–359 ZGB* in: Breitschmid Peter/Jungo Alexandra (Hrsg.), *Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz, Art. 1–456 ZGB – PartG*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, N 3 zu [Art. 32 ZGB](#); HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA E., *Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 4. Aufl., Bern 2016, S. 23.

¹¹³ AEBI-MÜLLER/HAUSHEER (Fn. 112), S. 28; BREITSCHMID (Fn. 112), N 3 zu [Art. 32 ZGB](#).

¹¹⁴ BREITSCHMID (Fn. 112), N 3 zu [Art. 32 ZGB](#).

¹¹⁵ BREITSCHMID PETER/EITEL PAUL/FRANKHAUSER ROLAND/GEISER THOMAS/JUNGO ALEXANDRA, *Erbrecht*, 3. Aufl., Zürich/Genf/Basel 2016, S. 184; m.w.H. [BGE 101 V 257](#) E. 1 S. 259. Dieses Urteil zeigt auf, dass die Kommorientenvermutung nicht nur einen Einfluss auf das Zivilrecht, sondern auch auf öffentlich-rechtliche Aspekte hat. Im Konkreten Fall ging es um die Witwenrente nach [Art. 23 AHVG](#).

¹¹⁶ Vgl. III.B.

¹¹⁷ Vgl. II.

¹¹⁸ VAHINGER (Fn. 2), S. 194.

¹¹⁹ M.w.H. WELS (Fn. 58), S. 27.

¹²⁰ WELS (Fn. 58), S. 28.

ten, als ob (wie wenn) es B wäre, oder: A ist als B zu betrachten (obwohl es nicht B ist) [...].¹²¹ Der Sprachausdruck «Als-Ob» dient folglich als Anhaltspunkt für eine Fiktion. Er exemplifiziert die Analogie, auf welche sie zurückzuführen ist.¹²² Wenn A so betrachtet wird, als ob es B wäre, obwohl dies in der Wirklichkeit nicht der Fall ist, begeht man einen absichtlichen Fehler.¹²³ Zur Behebung des Fehlers reicht bei Halbfiktionen¹²⁴ meist die Anmerkung, dass ein künstliches System geschaffen wurde.¹²⁵ Wenn die Fiktion nicht unmittelbar (im Sinne eines direkten Verweises), sondern durch ein fiktives Vorstellungsgebilde geschaffen wurde, muss jenes Gebilde wieder entfallen.¹²⁶ Das heisst im zweiten Fall findet der Vergleich zweier Aspekte nicht direkt,¹²⁷ sondern indirekt statt. Bei der Fiktion handelt es sich hier um ein Hilfsmittel, das als «Mittelglied»¹²⁸ zwischen zwei Fällen besteht.¹²⁹ Die Korrektur kann für den Fall, dass die Fiktion auf einem logischen Fehler beruht, ebenfalls nur durch einen logischen Fehler geschehen (sog. «Methode der entgegengesetzten Fehler»¹³⁰). Als Beispiel können hier vor allem die mathematischen Fiktionen genannt werden.¹³¹ Aufgaben, die unlösbar schienen, konnten durch das Hinzufügen eines Terms (z.B. x-e), wel-

cher am Ende wieder aus der Gleichung herausfiel, gelöst werden.¹³²

Juristische Fiktionen bedürfen nach VAHINGER hingegen keiner Korrektur. Sie stellen keine Berechnung der Wirklichkeit, sondern lediglich eine Subsumtion eines Sachverhalts unter eine Norm dar.¹³³ Eine Rechtsnorm ist ein Soll-Satz, der als Ziel die Gestaltung des Verhaltens der Gesellschaft hat.¹³⁴ Folglich bildet der Widerspruch zur Wirklichkeit, der z.B. durch [Art. 320 Abs. 2 OR](#) entsteht gerade das Ziel des Rechts.

In diesem Aspekt erkennt unter anderem KELSEN eine Inkonsistenz in VAHINGERS Argumentation.

E. Kritik an der Philosophie des Als-Ob

Ein Hauptkritikpunkt an der Philosophie des Als-Ob bildet der Umstand, dass die gesetzliche Fiktion¹³⁵ gemäss der Definition von VAHINGER keine Fiktion darstellt.¹³⁶ VAHINGER sei der Irrtum unterlaufen, dass das Rechtssystem einem Wahrheitsanspruch unterliegt. Und folglich aus urteilsmässigen Aussagen besteht.¹³⁷ Wenn verschiedene Fälle unter dieselbe Norm subsumiert werden, behaupte das Gesetz indes nicht, dass Fall A gleich Fall B sei. Obwohl die beiden Fälle zur gleichen Rechtsfolge führen, liegt ihnen ein unterschiedlicher Lebenssachverhalt zu Grunde.¹³⁸ VAHINGER habe übersehen, dass der Gesetzgeber keine Fiktion braucht. Im Kontext der Subsumtion eines Falles unter die Norm eines anderen würde die Norm und nicht der zugrunde liegende

¹²¹ VAHINGER (Fn. 2), S. 592.

¹²² VAHINGER (Fn. 2), S. 154, 156.

¹²³ VAHINGER (Fn. 2), S. 194.

¹²⁴ Zur Semifiktion vgl. III.B.

¹²⁵ Zum Beispiel reicht es im Falle von [Art. 32 Abs. 2 ZGB](#) aus, darauf aufmerksam zu machen, dass die beiden Personen nicht gleichzeitig verstorben sind. Bzw., dass die Vermutung von [Art. 32 Abs. 2 ZGB](#) nicht der Wirklichkeit entspricht.

¹²⁶ Beispiel eines Vorstellungsgebildes ist das Rechtssubjekt., vgl. III.D.1.

¹²⁷ Als Beispiel für eine direkte Fiktion im Recht kann [Art. 320 Abs. 2 OR](#) genannt werden., vgl. III.C.

¹²⁸ VAHINGER (Fn. 2), S. 156.

¹²⁹ VAHINGER (Fn. 2), S. 156.

¹³⁰ VAHINGER (Fn. 2), S. 198.

¹³¹ VAHINGER (Fn. 2), S. 195.

¹³² VAHINGER (Fn. 2), S. 200 ff.

¹³³ VAHINGER (Fn. 2), S. 197.

¹³⁴ ESSER (Fn. 5), S. 17; STRAUCH WALTER, Die Philosophie des «Als-Ob» und die hauptsächlichsten Probleme der Rechtswissenschaft, München 1923, S. 17, 20 ff.

¹³⁵ Vgl. III.C.

¹³⁶ KELSEN (Fn. 16), S. 631; WEGMANN (Fn. 74), S. 21 ff.

¹³⁷ ESSER (Fn. 5), S. 26; KELSEN (Fn. 16), S. 638 f.

¹³⁸ KELSEN (Fn. 16), S. 639 f.

Lebenssachverhalt ausgeweitet werden.¹³⁹ Dadurch wird das Verhältnis lediglich in der Wirklichkeit des Rechts hergestellt, nicht in der Tatsächlichen.¹⁴⁰

Ein weiterer Kritikpunkt bezieht sich auf die Merkmale der Fiktion.¹⁴¹ Wie unter III.D.3 ausgeführt, braucht es bei juristischen Fiktionen keine Korrektur. Damit erfüllt sie eines der vier Merkmale der Fiktion im Sinne VAHINGERS nicht. Geschuldet ist dies der Prämisse, dass eine Fiktion eine Erkenntnis voraussetzt.¹⁴² Wenn eine solche fehlt, kann auch kein Widerspruch zur Wirklichkeit bestehen. Meines Erachtens legt VAHINGER speziell hinsichtlich der juristischen Fiktion zu wenig Beachtung auf die Unterscheidung zwischen Seins- und Sollenssätzen.

Im Unterschied zu den Naturwissenschaften, deren Erkenntnisse Aussagen über die Wirklichkeit darstellen (Seinsätze).¹⁴³ Beziehen sich rechtswissenschaftliche Erkenntnisse nicht auf eine Beobachtung der Wirklichkeit, sondern auf die Wunschvorstellung, wie die Gesellschaft aussehen sollte (Sollensätze).¹⁴⁴

Auf die Unterscheidung zwischen Seins- und Sollenssätzen wird im nächsten Abschnitt noch etwas genauer eingegangen werden.

IV. Bedeutung der Philosophie des Als-Ob für das Recht

Nachdem die Hauptaspekte der Philosophie des Als-Ob dargelegt wurden, beschäftigt sich dieser Abschnitt mit dem Einfluss VAHINGERS auf die Juristerei. Seines Erachtens stellt die Rechtswissenschaft eines der wichtigsten Gebiete zur Deduktion logischer Gesetze dar.¹⁴⁵ Jedoch ist VAHINGERS Interesse am Fiktionalismus in der rechtswissenschaftlichen Dogmatik weniger präsent. Trotzdem sollen nachstehend die Verknüpfungspunkte zwischen der Rechtswissenschaft und der Philosophie des Als-Ob besprochen werden.

In einem ersten Schritt wird das Verhältnis der Philosophie des Als-Ob zum Recht im Allgemeinen betrachtet. Daraufhin folgt in einem zweiten Schritt eine Darstellung des Einflusses VAHINGERS auf HANS KELSEN.

A. Verhältnis der Philosophie des Als-Ob im Recht

Das Recht bildet nicht die Wirklichkeit, also das Seiende ab.¹⁴⁶ Vielmehr sind Normen Sollenssätze. Sie führen aus, wie die Gesellschaft sich zu verhalten hat.¹⁴⁷ In diesem Punkt unterscheidet sich das Recht von der Mathematik, einem weiteren bedeutsamen Anwendungsgebiet der Fiktion.¹⁴⁸ In der Mathematik haben Fiktionen grosse Leistungen ermöglicht und Durchbrüche begünstigt.¹⁴⁹ Ein Beispiel für eine mathematische Fiktion ist die Behandlung von Buch-

¹³⁹ HAFERKAMP (Fn. 79), S. 1078. Wenn der Wortlaut einer Norm ausgeweitet wird, um einen gesetzlichen Tatbestand auf einen nicht geregelten Fall anzuwenden, handelt es sich nicht um eine Fiktion, sondern um eine Analogie.

¹⁴⁰ KELSEN (Fn. 16), S. 642; m.w.H. SEILER (Fn. 78), S. 9 ff.

¹⁴¹ Vgl. III.B.

¹⁴² WEGMANN (Fn. 74), S. 58.

¹⁴³ SEILER (Fn. 78), S. 10.

¹⁴⁴ KELSEN HANS, *Reine Rechtslehre, Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*, 2. Aufl., Wien 1960 (unveränderter Nachdruck 1976), S. 196 f.; SEILER (Fn. 78), S. 9 f.

¹⁴⁵ VAHINGER (Fn. 2), S. 46 f.

¹⁴⁶ VAHINGER (Fn. 2), S. 257.

¹⁴⁷ STRAUCH (Fn. 134), S. 17.

¹⁴⁸ VAHINGER (Fn. 2), S. 46 f.

¹⁴⁹ Zum Beispiel wurde durch die Fiktion der Koordinaten und Hilfslinien eine Berechnung von Kurven möglich. Oder mithilfe der Annahme, dass der Kreis ein Spezialfall eines Vielecks mit unendlich vielen Seiten ist, konnte eine Formel für die Berechnung der Fläche eines Kreises erarbeitet werden. Siehe VAHINGER (Fn. 2), S. 259 ff., 520 f., 524 ff.

staben, als ob sie Zahlen wären, indem ihnen ein bezifferbarer Wert zugeschrieben wird.¹⁵⁰ Insgesamt baut sich die Mathematik auf verschiedenen Kunstgriffen¹⁵¹ auf.¹⁵² Fiktionen sind dabei ein Hilfsmittel, um ein Resultat zu gewinnen.¹⁵³ Der Unterschied zu den juristischen Fiktionen besteht darin, dass die Mathematik einen Absolutheitscharakter hat. Das mathematische System hebt sich insbesondere durch seine Abstraktion ab.¹⁵⁴ In der Rechtswissenschaft nimmt dagegen das soziale Leben eine wichtige Rolle ein. Das Recht hat ferner die Aufgabe, die Gesellschaft kritisch zu hinterfragen und weiterzubilden.¹⁵⁵ Eine Abstraktion von Rechtsbegriffen ist daher schwer möglich. Zwar kennt auch die Rechtswissenschaft ihre eigenen Begrifflichkeiten, diese haben jedoch eine deutliche Ähnlichkeit zu der natürlichen Sprache und somit zu Ungenauigkeiten.¹⁵⁶ Die Problematik der Anwendung der Theorie VAIHINGERS auf das Recht liegt in der fehlenden Neutralität. Dazu kann die enge Verbindung des Rechts mit dem alltäglichen Leben auch direkte Folgen auf Einzelfälle und Einzelpersonen haben, wie dies unter III.D.2 am Beispiel der Kommorientenvermutung aufgezeigt wurde.

Gleichwohl beschäftigt sich namentlich der Rechtswissenschaftler HANS KELSEN¹⁵⁷ mit der Philosophie des Als-Ob.

B. HANS KELSEN und die reine Rechtslehre

Trotz der eher seltenen Bezüge¹⁵⁸ zur Philosophie des Als-Ob in der juristischen Literatur findet sich ein Verweis in der «Reinen Rechtslehre» von HANS KELSEN. Diese stellt eine Theorie des positiven Rechts dar. deren Ziel ist lediglich die Erkenntnis, nicht auch die Bewertung des positiven Rechts.¹⁵⁹ Im Laufe seiner Ausführungen zur «Reinen Rechtslehre» spricht KELSEN immer wieder von einer sog. Grundnorm. Diese stellt keine positive Rechtsnorm dar.¹⁶⁰ Sie findet ihren Platz vielmehr ausserhalb der Rechtsordnung und besagt, dass wir uns so verhalten sollen, wie es uns durch die Verfassung vorgeschrieben wird.¹⁶¹ Anders formuliert ist die Grundnorm die Quelle für alle Normen einer Rechtsordnung. Sie fungiert als Geltungsgrund.¹⁶²

Die Grundnorm bezeichnet KELSEN selbst als Fiktion und nicht (mehr) als Hypothese.¹⁶³ Bei der Begründung dieser Einteilung

¹⁵⁰ KELSEN (Fn. 16), S. 638 ff.; VAIHINGER (Fn. 2), S. 259.

¹⁵¹ Vgl. III.D.1.

¹⁵² VAIHINGER (Fn. 2), S. 260 f. Als Beispiele sind die irrationalen, die negativen oder die gebrochenen Zahlen zu nennen.

¹⁵³ VAIHINGER (Fn. 2), S. 262.

¹⁵⁴ STEPHANITZ DIETER, *Exakte Wissenschaft und Recht, Der Einfluss von Naturwissenschaften und Mathematik auf Rechtsdenken und Rechtswissenschaft in zweieinhalb Jahrtausenden. Ein historischer Grundriss*, Berlin 1970, S. 6 ff.

¹⁵⁵ STRAUCH (Fn. 134), S. 16 f.

¹⁵⁶ STEPHANITZ (Fn. 134), S. 7 ff.

¹⁵⁷ M.w.H. OLECHOWSKI THOMAS, *Hans Kelsen, Biografie eines Rechtswissenschaftlers*, Tübingen 2020, S. 67 ff.

¹⁵⁸ Neben KELSEN beschäftigte sich hiermit unter anderem auch JOSEF ESSER (Siehe Fn. 5) oder PAUL KRÜCKMANN-MÜNSTER; KRÜCKMANN-MÜNSTER PAUL, *Fiktionen und Bilder in der Rechtswissenschaft*, in: Schmidt Raymond/Vaihinger Hans (Hrsg.), *Annalen der Philosophie*, 1921/3, S. 418 ff., S. 418 ff. mit VAIHINGER.

¹⁵⁹ HAAS VOLKER, *Die Reine Rechtslehre Kelsens als etatistische Theorie des Rechts*, in: Byed Sharon B./Joerden Jan C. (Hrsg.), *Philosophia Practica Universalis, Festschrift für Joachim Hruschka zum 70. Geburtstag*, Berlin 2005, S. 453 ff., S. 453; KELSEN (Fn. 144), S. 1 f.

¹⁶⁰ HAAS (Fn. 159), S. 453, 455 f.; LANZ BRIGITTE, *Positivismus, Wertrelativismus und Demokratie bei Hans Kelsen*, Diss. Potsdam 2006, Berlin 2007, S. 28.

¹⁶¹ LANZ (Fn. 160), S. 28.

¹⁶² KELSEN (Fn. 144), S. 197; LANZ (Fn. 160), S. 28.

¹⁶³ KELSEN HANS, *Allgemeine Theorie der Normen*, Im Auftrag des Hans-Kelsen-Instituts aus dem Nachlass herausgegeben von Kurt Ringhofer und Robert Walter, Wien 1979, S. 206 f. Kelsen bezeichnete die Grundnorm in seinen ersten Schriften selbst als Hypothese, dies revidierte er in späteren Texten jedoch.; m.w.H. CARRINO AGOSTINO, *Das Recht zwischen*

beruft er sich auf die Philosophie des Als-Ob.¹⁶⁴ Die Grundnorm ist demzufolge wegen ihrer Abweichung von der Wirklichkeit als Fiktion anzusehen. Genauer handelt es sich um eine echte Fiktion¹⁶⁵. Zum einen widerspricht sie der Wirklichkeit. Zum anderen ist sie in sich selbst widerspruchsvoll. Als Grundnorm müsste sie die oberste, letzte Norm darstellen. Die Definition einer Norm setzt hingegen bereits den Willensakt einer höheren Norm voraus.¹⁶⁶

KELSENS Ausführungen zur Philosophie des Als-Ob zeigen auf, dass VAIHINGERS Darlegungen Eingang in die Rechtswissenschaft gefunden haben. Rechtswissenschaftlerinnen und Rechtswissenschaftler kritisieren zugegeben den Wahrheitsanspruch, der VAIHINGER dem Recht zuzuschreiben scheint.¹⁶⁷ Besonders die Unterscheidung zwischen Sollens- und Seinssätzen führt er zu wenig aus. Dabei grenzt gerade diese Differenzierung die Rechtswissenschaft von anderen Wissenschaften wie z.B. von der Mathematik ab.¹⁶⁸ Nichtsdestotrotz brachte VAIHINGER respektive seine Definition einer Fiktion eine Weiterentwicklung der Überlegungen von KELSEN hervor.

V. Fazit

Fiktionen als bewusst falsche Annahmen helfen bei der Erkenntnisgewinnung sowohl in der Rechtswissenschaft als auch in den meisten anderen Wissenschaften. Ihre Funktion findet sich in der Hilfestellung. Sie dienen der Orientierung und Strukturierung

von Erkenntnissen.¹⁶⁹ Aufgrund dessen ist es erstaunlich, dass die Theorien VAIHINGERS verhältnismässig wenig Anklang gefunden haben. Auch im Recht werden die Ausführungen zur Als-Ob-Betrachtung eher rudimentär und wenig prominent diskutiert. Der Verweis von KELSEN in seiner Rechtslehre auf VAIHINGER stellt eine Ausnahme dar.

Die Philosophie des Als-Ob beschäftigt sich mit Fragen, die beantwortet werden müssen, oder zumindest als Grundlage für weitere Auseinandersetzungen dienen sollten. Wie wichtig ist es, dass Erkenntnisse auf Wahrheiten beruhen? Oder reicht deren blosser Nützlichkeitsausweis? Besonders in der Arbeit mit dem Recht stellt sich die Frage, wie weit Verweise gehen dürfen. Denn neben den Möglichkeiten, die der Einsatz von Fiktionen schafft, bringt er auch Probleme mit sich. Durch Annahmen, die nicht der Wirklichkeit entsprechen, können direkte Folgen für Einzelpersonen entstehen.¹⁷⁰ Das Bewusstsein über die Fiktivität von Urteilen ist insofern eminent wichtig. Nur so kann verhindert werden, dass Aussagen und Ergebnisse einen Wahrheitsgehalt zugeschrieben wird, der ihnen nicht entspricht.

Ist man sich diesen Chancen und Risiken bewusst, kann das Nachdenken über Fiktionen das eigene Verständnis und die Arbeit mit der Systematik des Rechts positiv beeinflussen.

Reinheit und Realität, Hermann Cohen und die philosophischen Grundlagen der Rechtslehre Kelsens, in: Dreier Horst/Dietmar Willoweit, Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie, Heft 42, Baden-Baden 2011, S. 29.

¹⁶⁴ CARRINO (Fn. 163), S. 29; LANZ (Fn. 160), S. 31; KELSEN (Fn. 163), S. 206 f.

¹⁶⁵ Vgl. III.B.

¹⁶⁶ LANZ (Fn. 160), S. 31.

¹⁶⁷ Vgl. III.E.

¹⁶⁸ Vgl. IV.A.

¹⁶⁹ Vgl. II.

¹⁷⁰ Vgl. III.D.2.