

Dritter Teil: Philosophische Grundlegung

Ziel der philosophischen Grundlegung ist es, die Fiktion anhand der Ergebnisse der historischen Grundlegung (2. Teil), d.i. was bisher unter Fiktion verstanden wurde und welche Merkmale als prägend angesehen wurden, von anderen nah verwandten Begriffen abzugrenzen. Dabei werden die verschiedenen Ansichten, ob zum Beispiel die Fiktion eine Lüge ist, bei den einzelnen Begriffen nun direkt gegenübergestellt, philosophisch und gegebenenfalls literaturwissenschaftlich unterfüttert und diskutiert. Die historische weicht nun also einer systematischen Darstellungsweise. Die beiden Grundlegungen stellen dabei die Säulen dar, auf welche die Definition im vierten Teil aufbaut.

Diesem Kapitel liegt die Einsicht zugrunde, dass man ein nicht genuin juristisches Phänomen nur vollständig verstehen kann, wenn man über den Tellerrand der Rechtswissenschaften hinausblickt. Doch „so wenig [...] die Warnung gegen eine übertriebene Ausdehnung des allgemeinen Theils versäumt werden soll, so kann doch auch umgekehrt die Wahrheit dadurch gefährdet werden, daß ein Begriff oder Rechtssatz nicht in der ihm wirklich zukommenden Allgemeinheit aufgefaßt wird“. ⁵⁹⁷ Und es ist schwer begründbar, warum man bei der Suche nach einem Begriff, der kein genuin juristischer ist, andere Wissenschaften, die sich mit dem Begriff viel stärker auseinandergesetzt haben, außer Acht lassen sollte.

„Fiction has no single place it can call home: it lives and thrives in the borderland between literature, philosophy, and law. [...] It is a go-between, operating under the patronage of Iris, the swift-footed goddess of Greek mythology who carries messages between worlds.“ ⁵⁹⁸

Zu nennen sind in Bezug auf das Recht dabei insbesondere die Literatur und die Philosophie, hierbei insbesondere die Sprachphilosophie ⁵⁹⁹ und

⁵⁹⁷ Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, 392.

⁵⁹⁸ Tadié/Scholar, in: Fiction and the Frontiers of Knowledge in Europe 1500-1800 (2010), 1. Hervorhebung nicht im Original.

⁵⁹⁹ Searle, Der logische Status fiktionaler Rede, in: Reicher (Hrsg.), Fiktion, Wahrheit, Wirklichkeit. Philosophische Grundlagen der Literaturtheorie.

die Ontologie⁶⁰⁰. Fraglich ist, ob so ein weitgreifender Ansatz notwendig ist. Die Antwort bringt William Twining treffend auf den Punkt:

„Most agree that it is sometimes hard to differentiate fictions, presumptions, metaphors, models and analogies; and that there is no avoiding fundamental philosophical issues about fact, fiction, truth and knowledge.“⁶⁰¹

Es darf dabei aber auch die Literaturwissenschaft, deren ästhetisches Fiktionsverständnis oft in Anschluss an Vaihinger als kategorial anderes und daher für die Rechtswissenschaft als irrelevant abgelehnt wird, nicht vergessen werden. Ein Beispiel für ein Ansatz dieser kategorial als so verschiedenen angesehenen Verständnisse ist das Kendall Waltons: Er nimmt als Ausgangspunkt für sein Fiktionsverständnis, welches er an der Literatur entwickelt, die Ästhetik. Doch auch er gelangt zwangsläufig wieder zurück zur grundsätzlichen Frage, was eine Fiktion im Allgemeinen ausmache:

„Any adequate theory of fiction must accomodate pictorial fictions, for instance, as well as literary ones. A theory that does not will not be adequate to explain even literary fiction. [...] [W]e need to know what it is about them that makes them works of fiction, and that requires knowing what fictionality in general is [...].“⁶⁰²

Diesen Erkenntnissen zum Trotz stellten die Literaturwissenschaftler Wolfgang Iser und Dieter Henrich noch 1983 fest, dass sich ihr „Kolloquium nicht auf einen wohl etablierten Forschungs- und Theoriestand“⁶⁰³ des Fiktionsbegriffs stützen könne.

„Fiktion, so hat es den Anschein, kann nicht isoliert, sondern muß im Umkreis von anderen Grundtermen verständlich gemacht werden. Zu diesen gehören vor allem ‚Imagination‘ und ‚Realität‘, aber auch solche wie Halluzination, Traum, Illusion und Täuschung.“⁶⁰⁴

600 Lewis, Truth in Fiction, *American Philosophical Quarterly* 1978, 37–46; *Jacquette*, David Lewis on Meinongian Logic of Fiction, in: Huemer/Schuster (Hrsg.), *Writing the Austrian Traditions: Relations between Philosophy and Literature*.

601 Twining, Preface, in: Del Mar/Twining (Hrsg.), *Legal Fictions in Theory and Practice*, vii.

602 Ibid., vi.

603 Henrich/Iser, Entfaltung der Problemlage, in: Henrich/Iser (Hrsg.), *Funktionen des Fiktiven*, 9.

604 Ibid.

Es ist daher eine philosophische Grundlegung, welche die Literaturwissenschaften nicht ganz außer Acht lässt, unumgänglich, wenn man sich den Fiktionen im Recht annähern will. Bevor wir uns nun den Abgrenzungen zuwenden, muss zunächst festgestellt werden, was wovon abzugrenzen ist. Die historischen Beispiele haben gezeigt, dass potentiell drei verschiedene Vorstellungsgebilde im Recht als fiktional bzw. fiktiv bezeichnet werden:⁶⁰⁵

- Aussagen im Rechtskontext, welche ein „als ob“ oder ein „gilt als“ enthalten
- Beispiele: Menorca als Stadtteil Londons, Gallia Cisalpina in Rom, Ungeborenes gilt als geboren, Brief gilt als zugestellt, etc.
- Institutionen bzw. Konzepte im Recht
- Beispiele: Juristische Person, Willensfreiheit, Sklaverei, natürliche oder religiöse Stätten als Rechtspersonen, Bürgerlicher Tod
- Vorgestellte dritte Personen
- Beispiele: Clapham-Omnibus-Insasse, Verbraucher, etc.

Dies soll zunächst die Arbeitshypothese darstellen, auf welche immer wieder zurückgegriffen wird, um die Theorie zu entwickeln. Fiktional bzw. fiktiv sein können, je nach Blickwinkel der verschiedenen Theorien:

- Äußerungen (*speech acts*)
- Texte
- Verknüpfungen von Objekten und deren Eigenschaften
- Objekte (im weitesten Sinne)

Die oben genannten Konstruktionen können dabei von mehreren Theorien erfasst werden; je nachdem ergeben sich unterschiedliche Kriterien für deren Fiktionalität bzw. Fiktivität. Zur Annäherung an die verschiedenen Fiktionstermini ist eine Klärung derer terminologischen Verhältnisse zu folgenden Begriffen nötig:

- Realität
- Wahrheit
- Lüge
- Imaginäres

605 Hinzu tritt, aber dies ist wie bereits erläutert nicht das Kernthema dieser Schrift, die Fiktivität des Rechts an sich.

- Hypothese
- Erkenntnis
- Definition
- Juristische Vermutung
- Juristische Analogie

Diese Begriffe sind gemeinsam mit den Beispielen aus dem historischen Teil die Prüf- und Wetzsteine für verschiedene Verständnisse von Fiktionen im Recht, wie sich aus dem historischen Teil ergeben haben.

A. Realität

Sicher und in Stein gemeißelt erscheint meistens eine Opposition, nämlich die von Fiktion und Realität.⁶⁰⁶ Oft wird dies als „Bruch mit der Realität“ umschrieben.

„Le terme de fiction caractérise une rupture avec la réalité.“⁶⁰⁷

So zentral die Opposition ist, so wenig wird jedoch von den meisten Autoren expliziert, was sie unter Realität verstehen.⁶⁰⁸ Dies liegt teilweise auch daran, dass die Autoren zwischen der Annahme einer Außenwelt und deren Ablehnung schwanken:

„Nothing could be more characteristic of the fictionalist tradition than its oscillations between the objective standpoint [...] and the more radical perspective, according to which the perception of facts that exist independently of our constructions is an illusion.“⁶⁰⁹

Dies führt zwangsläufig dazu, dass sich die Definitionen, was fiktiv sei, teilweise gleichen obwohl Unterschiedliches gemeint ist und teilweise nicht

606 Die Begriffe Wirklichkeit und Realität werden von den Autoren teils synonym verwendet, teils wird „Realität“ oder „Wirklichkeit“ als Oberbegriff des anderen angesehen. Die jeweilige Verwendungsweise hier ergibt sich aus dem Kontext. Iser, in: Funktionen des Fiktiven (1983), 555, Vergleiche zum Gemeinplatz dieses Ausgangspunkts auch Gabriel, Fiktion, in: Weimar (Hrsg.), Reallexikon der deutschen Literaturwissenschaft.

607 Chassagnard-Pinet, La place de la fiction dans le raisonnement juridique, in: Rahman/Sievers (Hrsg.), Normes et Fiction, 1.

608 Ströker, Zur Frage der Fiktionalität theoretischer Begriffe, in: Henrich/Iser (Hrsg.), Funktionen des Fiktiven, 97.

609 Stolzenberg, Bentham's Theory of Fictions – A „Curious Double Language“, 226.

gleichen obwohl (funktional) Gleiches gemeint ist.⁶¹⁰ Realität kann zudem auf verschiedenen Ebenen unterschiedlich bestimmt werden: Erkenntnistheoretisch, ontologisch, wissenschaftstheoretisch etc. Im Rahmen der Diskussion über das rechtlich Normative kommen vor allem erkenntnistheoretische und ontologische Verständnisse vor. Dies hängt natürlich auch von der Perspektive ab, ob man Fiktionalität vor allem als Mittel der Erkenntnis sieht (wie z.B. Vaihinger oder Kelsen in der *Allgemeinen Theorie der Normen*) oder einfach als methodisches Hilfsmittel (wie z.B. Fuller). Bei ersterem wird ein erkenntnistheoretischer, bei späterem in der Regel ein ontologischer Realitätsbegriff zugrunde gelegt.

Grundgedanke bei Fiktionen ist, dass sie der zugrunde gelegten Wirklichkeit in ihrer eigenen Welt, sei es der mathematischen, physikalischen oder rechtlich-normativen Welt, widersprechen. So beschreibt Arthur Conan Doyle etwa ein „London“ und verführt den Leser, zunächst an das real existierende London zu denken, platziert dann aber einen fiktiven Charakter in die Baker Street. Dies entlarvt für den Leser den Widerspruch zum realen London und eröffnet die Fiktivität des Londons im Roman, der ganzen Welt des Romans.⁶¹¹ Wenn man an Fiktionen im Recht denkt, eröffnet sich die Frage, was die hintergründige Bezugswirklichkeit des Rechts ist, d.h. wie Abweichungen bzw. Widersprüche des Rechts möglich sind: Als mögliche Bezugswirklichkeiten bieten sich das Recht und die soziale Realität an. Es kann ein nicht zugestellter Brief als im rechtlichen Sinne zugestellt gelten (d.h. das Recht widerspricht seiner selbst aufgestellten Zustellungsdefinition) oder Menorca als Stadtteil Londons gelten (d.h. das Recht widerspricht einem Faktum der sozialen Realität).

Das Merkmal des Widerspruchs mit der Realität hat zwei Voraussetzungen: Zum einen, dass eine Rechtsfiktion nicht Teil der Realität ist und sich irgendwie auf selbige bezieht. In der ganzen Debatte ist weiterhin vorausgesetzt, dass Normatives fiktiv sein kann. Daran orientiert sich der Aufbau dieses Kapitels: Nachdem die Möglichkeit fiktiver normativer Entitäten diskutiert (und bejaht) werden wird, soll der ontologische Status fiktiver

610 Vgl. zur Unterschiedlichkeit der Auffassungen: Wagner, Fiktion/Fiktionalismus, 710.

611 Es sei bedacht, dass Schriftsteller auch mit der *teilweisen* Fiktionalität von Werken spielen und sie beispielsweise im Fall von Biographien durch dieses Spiel Schutz in der Fiktion suchen oder den Leser erst langsam aus seiner Welt in die Romanwelt hineinziehen, sodass ein Verfremdungseffekt eintritt. Beispiel für letzteres sind insbesondere dystopische Romane, wie etwa „1984“ von George Orwell. Die Wahrheit könnte sich dabei in Form einer poetischen Wahrheit aus dem Spiel mit der Fiktion ergeben.

Entitäten angesprochen werden, um die ontologischen und erkenntnistheoretischen Positionen um die Begriffe Realität und Fiktion zu schärfen. Anschließend wird präzisiert, auf was sich der Bruch einer Fiktion im Recht bezieht bzw. auf was eine Fiktion referiert. Zuletzt soll die hier entwickelte Bestimmung der Fiktion über eine erkenntnistheoretisch-ontologische Perspektive durch Positionen in der Sprachphilosophie und den Literaturwissenschaften in Frage gestellt werden.

Was in diesem Kapitel auf theoretischer Ebene passiert, ist die Kollision von ontologischen und erkenntnistheoretischen Implikationen von Positionen in der Literatur- oder Rechtswissenschaft mit vorherrschenden Ansichten in der Philosophie. Wo zum Beispiel die Literaturwissenschaft ganz selbstverständlich verschiedene Welten, etwa die Alltagswirklichkeit und die Romanwirklichkeit, unterscheidet, um Fiktionalität zu erklären, erlebt ein ähnlicher Ansatz David Lewis' in der Philosophie herben Gegenwind. Wenn Kelsen von einem Sein von Normen spricht, welche in ganz anderer Weise als zum Beispiel ein Tisch existierten, so stellt dies in der Philosophie eine eher schwer zu vertretende Ansicht da.⁶¹² Die Philosophie stellt das Fundament von literaturwissenschaftlichen und rechtswissenschaftlichen Theorien da.

I. Möglichkeit von Fiktionen im Recht

Wenn es Fiktionen im Recht geben können soll, muss es notwendigerweise die Möglichkeit geben, dass Normatives überhaupt fiktiv sein kann. Hier sollen drei mögliche Einwände diskutiert werden:

- Erstens, dass aus erkenntnistheoretischer Sicht die Realität per se fiktiv ist.
- Zweitens, dass aus erkenntnistheoretischer Sicht Normatives per se fiktiv ist.
- Drittens, dass das Recht (entweder aus literarischer und/oder aus erkenntnistheoretischer Perspektive) fiktiv ist.

All diese Einwände gehen von der Prämisse aus, dass etwas nicht mehrfach fiktiv sein kann.⁶¹³

612 Es könnte sich hierbei um einen Meinonganismus handeln. Mehr dazu im Unterkapitel zum ontologischen Status fiktiver Objekte.

613 Vertritt man mehrere Fiktivitätskonzepte (wie etwa Vaihinger, der die Perspektive des „Erkenntnistheoretikers“ und die des „Logikers“ unterscheidet, vgl. ab

1. Einwand: Fiktivität der Realität

Wenn die Fiktion außerhalb der Realität stehen soll, schließt sich die Frage an, ob nicht die Realität an sich bereits fiktiv ist.⁶¹⁴ Diese große Frage verlangt nach einer mehrere Monographien umfassenden Antwort – weshalb sie hier nur unzureichend angeschnitten werden kann. Diese Annahme treffen mehrere Positionen in der Literaturwissenschaft, welche die Unterscheidung von Realität und Fiktion für historisch halten und von einer Identität von Fiktion und Realität ausgehen.⁶¹⁵ Diesen literaturwissenschaftlichen Positionen liegt jedoch wiederum eine erkenntnistheoretische Position zugrunde, die die Erkennbarkeit einer objektiven Wirklichkeit komplett ablehnt (sog. Nonkognitivismus, Antirealismus etc.).⁶¹⁶ Verneint man jede auch nur indirekte Zugänglichkeit einer subjektunabhängigen Außenwelt, führt dies konsequenterweise dazu, dass Realität nichts weiter ist als eine weitere fiktive Wirklichkeit, wie es literarische Welten sind.⁶¹⁷ Man kann insofern von einer Fiktionalisierung der Wirklichkeit sprechen.⁶¹⁸ Dadurch wird auch das Recht fiktiv – und das Merkmal des Bruches mit der Realität hinfällig. Die Frage ist, welche Leistung der Begriff der Fiktion in diesem Fall überhaupt noch erbringen könnte. Dies sieht auch Vaihinger so: Nachdem er diese Konsequenz am Anfang seines Werkes sieht, vollzieht er eine Kehrwende und spricht davon, dass die nonkognitivistische Sicht die eines Philosophen/Erkenntnistheoretikers sei, er aber nun die eines „Logikers“ einnehmen müsse. Als solcher nehme er an, dass es eine subjektunabhängige Außenwelt gebe.⁶¹⁹

S. 69), so wäre das natürlich möglich – aber dann handelte es sich auch nicht um die gleiche Art von Fiktivität.

614 Ob die Fiktion real ist, wird nach der Erörterung des ontologischen Status von Fiktionen erörtert, da es zum einen einen engen Zusammenhang der Diskurse gibt und zum anderen (und hauptsächlich), weil es kein Einwand gegen Fiktionen im Recht darstellt.

615 Assmann, Die Legitimation der Fiktion.

616 Zipfel, Fiktion, Fiktivität, Fiktionalität, 69.

617 Hier soll der Einfachheit halber so geschrieben werden, als ob Literatur und Fiktionalität identisch seien. Dass Fiktionalität nur ein Merkmal von Literatur ist, vgl. beispielsweise Genette, Fiktion und Diktion, welcher Fiktionalität nur für ein hinreichendes Merkmal von Literatur hält.

618 Marquard, Das Fiktive als Ens Realissimum, 495. Er fordert in Konsequenz, dass die ästhetische Fiktion sich nun als Anti-Fiktion gerieren müsste, um der Funktion der Kunst weiterhin gerecht zu werden. Allein diese Forderung zeigt, dass eine solche Position ins (sprachlich) Absurde führt.

619 Vgl. Das Kapitel zu Vaihinger, ab S. 69.

Mehr als ein Beiwerk zu einer schwer zu verteidigenden erkenntnistheoretischen Position ist der Begriff in diesem Fall nicht. Zudem lässt dieser Begriff alle ideengeschichtlichen Beispiele, die im 2. Teil angesprochen wurden, außer Acht. Würde man jedoch eine Position vertreten, welche die erkenntnistheoretische Zugänglichkeit einer Außenwelt nur *bedingt* bejaht, wie etwa Bertrand Russell in seiner Frühphase alles auf sog. Sinneseindrücke reduzierte, so könnte man für die folgenden Überlegungen ebenso gut von der dann auf verschiedenen Wegen (re-) konstruierten Wirklichkeit ausgehen. Diese wäre nur (re-) konstruiert, nicht aber fiktiv: Was diese Realität von fiktiven Welten unterscheidet, ist die Artifizialität. Eine Fiktivität der Realität ist abzulehnen.

2. Einwand: Fiktivität von Recht bzw. Recht als Fiktion

Die Rede von Fiktionen im Recht wäre nicht sinnvoll, wenn das Recht fiktiv wäre und jeder Satz in ihm ohnehin fiktional. Fraglich ist also, ob das Recht aufgrund seiner Normativität bereits fiktiv ist, und, wenn es fiktiv wäre, warum es dann homogen sein sollte bezüglich der Fiktionalität.

a. Literaturwissenschaftliche Perspektive

Recht könnte aus der Sicht der Literaturwissenschaft fiktiv sein. In der Literaturwissenschaft gibt zum einen Streit darum, wann ein literarisches Werk fiktional ist und zum anderen, ob ein Werk nur aus fiktiven Bestandteilen besteht oder ob es auch faktuale Bestandteile beinhalten kann. Wenn Recht homogen fiktiv wäre, wäre es nicht mehr sinnvoll, von einzelnen Fiktionen im Recht zu sprechen.

In der Literaturwissenschaft besteht ein Streit darüber, ob Fiktionalität eine Eigenschaft ist, die einem Text intrinsisch zukommt oder eine, vom Kontext abhängt.⁶²⁰

Die erste Ansicht geht davon aus, dass man Fiktionalität an gewissen Kennzeichen erkennen könne. Hierbei kann wiederum zwischen semantischen⁶²¹ und syntaktischen⁶²² Theorien unterscheiden. Die Ansicht, dass

620 Zetterberg, Fictionality, in: Hühn (Hrsg.), *The Living Handbook of Narratology*, § 2.

621 Cohn, *The Distinction of Fiction*.

622 Hamburger, *Die Logik der Dichtung*.

sich Fiktionalität aus dem Kontext ergebe, der sog. pragmatische Ansatz,⁶²³ ist auf das Verhältnis von Äußerndem und Empfänger fokussiert.⁶²⁴

Ob ein Werk fiktional ist, wird oft aus der Absicht des Autors bei der Textproduktion begründet.⁶²⁵ Im Zentrum dieser Theorien stehen die Sprachhandlungen des Autors oder dessen Intention.⁶²⁶ Bei den Theorien geht es darum, dass der Autor bloß vorgebe, Behauptungen zu äußern. Beispielhaft sollen hier kurz die Ansätze von Currie, Searle und Gabriel erläutert werden.

Nach Gregory Currie kommt es für Fiktionalität auf die Intention des Autors bei der Schaffung des fiktionalen Werkes an: Die Intention bezieht sich auf die Haltung, welche der Rezipient bezüglich des Textes einnehmen soll.

„What the author of fiction does intend is that the reader take a certain attitude toward the propositions uttered in the course of his performance.“⁶²⁷

Es kommt Currie nicht darauf an, was für eine Haltung der Rezipient gegenüber dem Text hat, sondern dass der Autor will, dass der Rezipient den Text als *make-believe*⁶²⁸ rezipiert. Diese Intentionalität setzt jedoch bereits voraus, dass das zu Rezipierende fiktiv ist. Hier offenbart Currie sein zweites Kriterium für Fiktionalität:⁶²⁹ Nämlich, dass die Erzählung nicht wahr oder nur „most accidentally true“⁶³⁰ ist. Wahrheit bedeutet für Currie die Übereinstimmung mit einer objektiven Realität.⁶³¹ Mit seiner ungewöhnlichen Definition geht es Currie um einen Standardfall, bei welchem ein

623 Searle, Der logische Status fiktionaler Rede.

624 Zetterberg, Fictionality, in: Hühn (Hrsg.), The Living Handbook of Narratology, § 2.

625 Dem parallel läuft die Ansicht der Kreationisten im Bereich des philosophischen Diskurses zum ontologischen Status fiktiver Entitäten: Auch bei ihnen stellt die Intention der Schaffung einer Fiktion eine Existenzbedingung für Fiktionen da. Mehr dazu im Kapitel Ontologischer Status von Fiktionen im Recht – Fiktiver Realismus.

626 Vgl. Zipfel, Fiktion, Fiktivität, Fiktionalität, 227.

627 Currie, Nature of Fiction, 18.

628 Das Stichwort „make-believe“ ist ein Hinweis auf die Theorie Kendall Waltons, welche im nächsten Abschnitt dargestellt wird. In der anglo-amerikanischen Diskussion in der Literaturwissenschaft ist dieses Stichwort seit Anfang der 1990er maßgeblich von Einfluss.

629 Zipfel, Fiktion, Fiktivität, Fiktionalität, 220.

630 Currie, Nature of Fiction, 46.

631 Auch Currie definiert dies leider nicht genauer.

Autor beim Schreiben einen Fall erfindet, von dem er selbst glaubt, dass er so nicht stattgefunden hat. Mit dem Merkmal der höchst zufälligen Wahrheit möchte er Fälle einfangen, bei denen das geschilderte unabsichtlich doch mit meinem realen Sachverhalt übereinstimmt.⁶³²

Nach John Searles pragmatischem Ansatz geht es bei Fiktionalität vor allem um den (Sprech-) Akt des Fingierens. Es geht um die Intention des Sprechers, des Autors. Dieser hält sich, wenn er über Fiktives spricht, nicht an die üblichen Sprechaktregeln. Die Rezeption durch den Rezipienten als Fiktion ist nur deswegen möglich, weil es „a set of extralinguistic, nonsemantic conventions that break the connection between words and the world“. Die soziale Institution der fiktionalen Rede ist also Bedingung dafür, dass fiktive Texte überhaupt verstanden werden können. Searle geht davon aus, dass fiktionales Erzählen fingiertes faktuales Erzählen sei. Dies schließt aus, dass die Fiktionalität anhand einer Analyse der Semantik des Textes feststellbar ist.

Gottfried Gabriel definiert seinen Fiktionsbegriff an Searle angelehnt als Behauptung ohne Anspruch auf Referenzialisierbarkeit. Referenzialisierbarkeit bedeutet, dass es sprachliche Ausdrücke gibt, welche „auf individuierbare Phänomene wie Gegenstände, Lebewesen, Zeit- und Raumabschnitte“⁶³³ der Realität scheinbar Bezug nehmen. Das bedeutet im Rahmen der Literaturwissenschaft, dass ich sagen kann, dass Sherlock Holmes in 221 B Baker Street wohne, ohne tatsächlich behaupten zu wollen, dass ein Mann dieses Namens in dieser Straße in London wohne oder gewohnt habe. Fraglich ist bei diesem Ansatz, wie eine Rede Anspruch erheben soll; kommt es also gerade nicht auf den Autoren an? Wie soll man sich ein Objekt als behauptendes Subjekt vorstellen?⁶³⁴ Wenn man nur an der Nichtreferenzialisierbarkeit der referierenden Ausdrücke merkt, ob es sich um ein fiktionales Werk handelt, dann kann die Theorie ihr Kriterium kaum aufrecht erhalten: Denn das Kriterium kommt zu einem falschen Ergebnis, sobald irgendwann ausnahmsweise tatsächlich ein Mann mit Namen Sherlock Holmes in 221B Baker Street einzieht.⁶³⁵ Gabriel sieht seine Theorie als sowohl die Produktion als auch die Rezeption betreffend.⁶³⁶ Eine Theo-

632 Für weitere Ausführungen zur Theorie und Kritik an ihr siehe *Zipfel*, Fiktion, Fiktivität, Fiktionalität, 221 f.

633 *Ibid.*, 196.

634 *Ibid.*, 197.

635 Hier sei um des Beispiels Willen angenommen, dass man die Sherlock Holmes-Erzählungen nicht auf das Ende des 19. Jahrhunderts/Beginn des 20. Jahrhunderts datieren könne.

636 *Zipfel*, Fiktion, Fiktivität, Fiktionalität, 201 f.

rie über Fiktionalität müsse auch immer eine über Kommunikation sein; anhand semantischer Ausdrücke alleine sei die Fiktionalität nicht feststellbar.⁶³⁷ Fiktionalität ließe sich demnach nicht an einzelnen, objektiv feststellbaren Signalen festmachen, sondern hinge immer auch vom Autor ab.

Die zweite Ansicht geht davon aus, dass Fiktionalität eine Eigenschaft ist, welche vom Kontext abhängt. Eine der berühmtesten Beschreibungen der Fiktionalität in der Literaturwissenschaft ist die von Coleridge als „willing suspension of disbelieve“.⁶³⁸ Ähnlich sieht es Kendall Walton, welcher eine der populärsten Positionen heutzutage darlegt: Walton versteht unter Fiktionalität ein Gedankenspiel (*game of make-believe*) des Lesers, welches vom Autoren hervorgerufen wird. Inhalt des Spiels ist, dass der Leser (bewusst) das Fingierte für wahr hält während des Lesens, obwohl er eigentlich nicht an die Wahrheit des Fingierten glaubt.⁶³⁹ Die Haltung des Lesers ist bei fiktionalen Texten ein *make-believe*, bei nicht-fiktionalen Texten ein *belief*.⁶⁴⁰

„Propositions that are ‘true in a fictional world,’ or fictional, are propositions that, in a given social context, are to be imagined as true. What is to be imagined usually depends on features of the real world. If a doll is in a child's arms, participants in the game are to imagine that the child is holding a baby.“⁶⁴¹

Anders als die oben genannten Theorien hängt die Fiktionalität also nicht an einer Absicht des Autors, sondern an der Einstellung des Lesers zum Text. Natürlich muss der Autor auch Anlass geben, dass der Leser diese Haltung zum Text einnimmt. Insofern steht die Theorie des *make-believe* von Kendall Walton der *pretense*-Theorie Gregory Curries, welche sich an der Autorenintention orientiert, sehr nahe.

Wenn man denn die Fiktionalität eines Werkes bejaht, ist weiterhin umstritten, ob dann das Werk gesamt homogen fiktional ist oder ob es sich aus fiktionalen und nicht-fiktionalen Bestandteilen zusammensetzen kann,

637 *Gabriel*, Fiktion und Wahrheit. Eine semantische Theorie der Literatur, 30.

638 *Coleridge*, *Biographia Literaria*, Band 2, 6.

639 *Walton*, *Précis of Mimesis as Make-Believe: On the Foundations of the Representational Arts*, *Philosophy and Phenomenological Research* 1991, 380.

640 *Currie*, *Nature of Fiction*, 21.

641 *Walton*, *Précis of Mimesis as Make-Believe: On the Foundations of the Representational Arts*, *Philosophy and Phenomenological Research* 1991, 380.

d.h. heterogen fiktional ist.⁶⁴² Grundsätzlich werden in der Literaturwissenschaft Werke im Gesamten als fiktional oder als nicht-fiktional eingeordnet. Das Kriterium dafür ist nicht, ob das Werk überwiegend fiktiv ist, sondern ob es überhaupt Fiktionen enthält. Dies hätte zur Folge, dass das Recht, sobald es eine Fiktion enthält, im Gesamten als fiktiv zu beurteilen wäre. Das bedeutete, dass das Recht wäre komplett fiktiv und jeder Satz in ihm fiktional.⁶⁴³ Die Frage ist angesichts dieser Konsequenzen, ob sich diese Ansicht aus den Literaturwissenschaften, welche ästhetische Texte betrifft, auf das Recht übertragen lässt. Doch bevor die Übertragbarkeit diskutiert wird, soll zunächst die in der Literaturwissenschaft und Philosophie vertretene Gegenposition erörtert werden:

„Einer weit verbreiteten Alternativauffassung zufolge handelt es sich jedoch bei vielen fiktionalen literarischen Werken um heterogene Objekte, die fiktionalen auch rein faktuale Anteile besitzen.“⁶⁴⁴

Genette geht auch von einer grundsätzlichen Trennung von fiktionalen und nicht-fiktionalen Texten aus, gesteht aber ein, dass diese „two regimes are not as far apart – and not [...] as homogeneous – as might be supposed from a distance.“⁶⁴⁵

Fraglich ist, ob die Beurteilung eines Werkes als fiktiv ausschließt, dass es nicht-fiktive Bestandteile enthält. Dieses Problem ist eng verwoben mit jenem der Referenz: Dafür, dass es nur fiktive Bestandteile enthält spricht, dass wenn Doyle von London spricht, er nicht auf das tatsächliche London Bezug nehmen will, sondern nur auf die in seinen Geschichten so genannte Stadt. Dies könne nach der Theorie Hallers daran festmachen, dass man von dem London bei Doyle niemals sagen kann, ob es beispielsweise das King's College gibt. Weil dieses niemals erwähnt wird in DoYLES Geschichten. An der Unvollständigkeit der Eigenschaften unterscheide sich das fiktive London vom realen London. Dennoch ist mit Umberto Eco entgegenzuhalten, dass kein Autor eine Stadt zufällig „London“ nennt. Der Autor baut immer auf Vorstellungen der sozialen Realität auf und knüpft durch diese Benennung bewusst an diese an. Allein die Abweichungen nennt der Autor. Dieses Phänomen findet man beispielsweise bei Kafkas Verwand-

642 vgl. Werner, Fiktion, Wahrheit, Referenz, in: Klauk/Köppe (Hrsg.), Fiktionalität: Ein interdisziplinäres Handbuch, 129. Hieran schließt sich auch die Debatte an, ob es Grade der Fiktionalität eines Textes gibt: Gibt es Texte, die fiktionaler sind als andere? Vgl. hierzu Zipfel, Fiktion, 292 ff.

643 vgl. Werner, Fiktion, Wahrheit, Referenz, 129.

644 Ibid.

645 Genette, Fiktion und Diktion, 82.

lung: Bereits nach dem ersten Halbsatz wird die Vorstellungswelt des Lesers zerstört:

„Als Gregor Samsa eines Morgens aus unruhigen Träumen erwachte, fand er sich in seinem Bett zu einem ungeheueren Ungeziefer verwandelt.“

Gerade als sich langsam ein reales Bild beim Leser entwickelt, bei welchem ein Mensch namens Gregor Samsa nach einem aufregenden Traum in seinem Bett aufwacht, bricht Kafka das Bild mit der surrealen Vorstellung, dass dieser Mensch in ein Ungeziefer verwandelt worden sei. Der Leser wird gleichsam wie Gregor Samsa unsanft aus seiner realen Vorstellung gerissen und mit der Fiktivität der Erzählung konfrontiert.

Ein Autor setzt für die Rezeption seiner Texte bereits voraus und intendiert, dass die Benennung eines Objekts in seiner Geschichte mit jenen Vorstellungen aus der sozialen Realität verknüpft werden. Für diese Ansicht spricht sich in der Philosophie beispielsweise auch Kripke aus:

„Suppose, in the year 3000, only one of these fictional stories about Napoleon survives. Can one then conclude that Napoleon never existed [like Frege and Russell would do, Anm. KA], or at least, as used in this story, the name ‚Napoleon‘ refers to no one? No, one cannot.“⁶⁴⁶

Auch wenn alle Umstände einer Geschichte ausgedacht sind, kann eine Figur dennoch nicht fiktiv sein, obwohl sie in einer grundsätzlich fiktiven Geschichte dargestellt wird. Es ist also zu schließen, dass ein Werk heterogen fiktional sein, d.h. fiktive und nicht-fiktive Bestandteile enthalten kann.

Fraglich ist nun zum einen, inwiefern sich die Positionen zur Fiktivität eines Werkes auf das Recht übertragen lässt und zum anderen, ob das Recht, weil es Fiktionen enthält, als fiktiv zu bezeichnen ist.

Wesentlicher Unterschied der literaturwissenschaftlichen und der hier angestrebten rechtsphilosophischen Debatte über die Fiktionalität des Rechts ist die Richtung der zugrundeliegenden Prämisse: Während man in der Literaturwissenschaft von der Fiktivität eines Textes ausgeht und quasi im Nachhinein versucht plausibel zu machen, inwiefern dieses Autoren- oder Rezipientenverhalten von solchem bei faktualen Texten abweicht, steht man in der Rechtswissenschaft ohne eine solche Prämisse (wenn nicht gar mit der gegenteiligen) da. In der Literaturwissenschaft steht das Ergebnis der Fiktionalität eines Textes also bereits fest – in der Rechtsphi-

646 Kripke, *Reference and Existence*, 27.

losophie ist dies vollkommen offen. Dies ändert nichts an den gefundenen Kriterien für die Fiktionalität eines Textes, aber man sollte sich des Hintergrundes beim Studium der literaturwissenschaftlichen Theorien im Klaren sein. Fraglich ist zunächst, ob sich die literaturwissenschaftliche Diskussion für die Rechtswissenschaft fruchtbar machen lässt.

Die Literaturwissenschaft hat als zentrales Mittel die Sprache⁶⁴⁷ und als zentrales Objekt Texte⁶⁴⁸. Es wären hier auch andere Ausgangspunkte möglich, wie z.B. die Aussage⁶⁴⁹ oder die Rede⁶⁵⁰. Der hier gewählte Ansatz, die Beschreibung von Normen als Text, ist naheliegender als die Beschreibung von Normen als Urteil, Aussage, Rede oder Diskurs. Durch die Texte werden zwei in sich geschlossene Systeme⁶⁵¹, etwa eine Erzählung oder eine Rechtsordnung aufgebaut. Beide beziehen sich nicht auf die soziale Realität, sondern im weiteren Sinne auf eine „erfundene Welt“.⁶⁵² Beide bauen auf eine Vorstellung der Realität und der dort herrschenden Gesetze auf,⁶⁵³ beziehen sich jedoch auf eine andere, erfundene Welt. Die Literatur bezieht sich auf selbst geschaffene Welten. Diese können utopischer (z.B. Thomas Morus, Utopia) oder auch dystopischer (George Orwell, 1984) Natur sein. Die Rechtstexte beziehen sich auf eine Variante der Realität, wie sie sein sollte. Es soll nicht gemordet werden, man soll einen Vertrag nicht brechen. Beide Systeme negieren auch den Anspruch auf Referenzialisierbarkeit. Was die Rechtswelt im Gegensatz zu den (meisten) literarischen aber Welten kennzeichnet, ist die Normativität. Es gibt also einige Argumente für eine Vergleichbarkeit, d.h. eine Anwendbarkeit der Theorien. Jedoch sind die Theorien stets auch an Kommunikationsvorstellungen geknüpft; daher muss anhand der Theorien direkt geprüft werden, ob sich das Recht überhaupt unter diese subsumieren ließe.

Wendet man die Theorien sinngemäß an, welche für eine Fiktionalität notwendig eine bestimmte Intension des Autors voraussetzen, so muss man zum Schluss kommen, dass eine Rechtsordnung, bzw. das zur An-

647 Die These der Sprache als Mittel zur Bezugnahme auf außersprachliche Objekte wird beispielsweise von Poststrukturalisten (wie Ferdinand de Saussure oder Charles Sanders Peirce) nicht geteilt.

648 Zipfel, Fiktion, Fiktivität, Fiktionalität, 31.

649 Hamburger, Die Logik der Dichtung.

650 Gabriel, Fiktion und Wahrheit. Eine semantische Theorie der Literatur.

651 Dies soll nicht implizieren, dass es keine Widersprüche, Normkollisionen etc. geben dürfte.

652 Becker/Hummel/Sander, Literaturwissenschaft, 201.

653 vgl. für die Literatur: Eco, Im Wald der Fiktionen.

wendung gedachte Recht überhaupt, vom Gesetzgeber nicht geschaffen wird, damit es etwa durch die Adressaten als *make-believe* rezipiert wird.⁶⁵⁴

Gegen die sinngemäße Anwendbarkeit solcher Theorien steht auch, dass die historisch-subjektive Auslegung für die Bestimmung der Auslegung des Rechts nicht im Zentrum stehen soll. Warum man dann diesen Maßstab bei der Bestimmung der Fiktionalität des Rechts als den einzig Entscheidenden sehen will, erscheint problematisch. Denn beim Recht kommt es gerade aufgrund der möglichen massiven Wirkungen auf eine richtige Rezeptionshaltung der Adressaten an. Wenn das Recht fiktional wäre, müsste dies für den Bürger auch sicher erkennbar sein. Eine bloße Abhängigkeit vom Willen des Gesetzgebers ohne jegliche Berücksichtigung der Rezipienten erscheint noch weniger angebracht als in den Literaturwissenschaften. Daher ist diese Theorie zwar aus theoretischer Perspektive anwendbar, wird aber inhaltlich den speziellen Anforderungen einer Rechtsordnung nicht gerecht. Daher kann die Fiktionalität des Rechts nicht nach diesem Maßstab beurteilt werden.

Die Theorien, welche Fiktionalität vom Kontext abhängig machen, sind ebenfalls nur schwer anzuwenden: Es gibt keine grundlegenden Fiktionssignale, wie etwa, dass angenommen werden solle, dass objektive Normen, Willensfreiheit oder Menschenwürde gäbe. Das verwenden solcher Kennzeichnungen ist im höchsten Maß ungewöhnlich. Was zur Regelung verwendet wird, wird stets als real im Rahmen des Rechts beschrieben. Es ist auch unerheblich, ob es solche Institute in der sozialen Realität im Sinne der Literaturwissenschaft gibt. Die einzigen Fiktionssignale gibt es bei den mit „gilt als“ gekennzeichneten Gleichsetzungen, welche aber nur sehr punktuell wirken. Daher ist auch von dieser Warte das Recht nicht als fiktional zu qualifizieren. Das Recht kann zwar einzelne Entitäten enthalten, welche es so nicht in der sozialen Realität gibt, oder von denen man zumindest noch nicht mit Gewissheit sagen kann, ob es sie gibt, und ähnlich idealisiert ausgestaltet sind wie Figuren in Romanen: Während man dies bei literaturwissenschaftlich-ästhetischer Betrachtungsweise mit guten Gründen bejahen könnte, erscheint es bei normativen Systemen unangebracht. Denn das Recht hat nicht nur die Aufgabe, an die soziale Wirklichkeit anzuknüpfen und zu regeln, sondern auch, diese durch Wertungen weiterzuentwickeln. Dies sieht man beispielsweise in der Gleichstellung von Mann und Frau, welche früher in den Gesetzen verankert war als sie

654 Hielte es der Gesetzgeber indes mit Kelsens fiktiver Grundnorm bzw. (allgemeiner:) ginge er von einer Unmöglichkeit objektiver Normativität aus, so würde er die Bürger tatsächlich zu einem *game of make-believe* auffordern.

tatsächlich gelebt wurde. Als diese Gleichstellung in die Gesetze aufgenommen wurde, war die Gleichheit von Mann und Frau noch fiktiv in Hinblick auf die Wertungen der sozialen Wirklichkeit. Dennoch ist fraglich, ob diese Bestandteile das Recht fiktional machen, d.h., ob die literaturwissenschaftlich-ästhetische Theorie normative Systeme überhaupt erfasst. Diese Art der Fiktivität von Instituten ist bezüglich der Anerkennung von Recht sicherlich interessant, aber kein hinreichender Grund, Recht als fiktional im literaturwissenschaftlich-ästhetischen Sinne zu verstehen. Die Wirkungen des Rechts könnten realer nicht sein, die Struktur des Textes ähnelt keiner klassischen literarischen Form.

Daher ist eine direkte Anwendung der literaturwissenschaftlichen Theorien auf normative Ordnungen nicht angezeigt. Fraglich ist, ob die Möglichkeit einer sinngemäßen Anwendung der Theorien besteht.

Hier wird vertreten, dass es für Fiktionalität im ästhetisch-literaturwissenschaftlichen Sinne darauf ankommt, dass der Rezipient eine veränderte Rezeptionshaltung zum Text einnimmt als bei faktualen Texten. Die Rezeptionshaltung soll dergestalt verändert sein, dass der Rezipient den Text im Sinne eines *make-believe* liest. Dieses intendierte Verhalten durch den Autor muss für den durchschnittlichen Leser erkennbar sein, um Lügen von Fiktionen abgrenzen zu können in der öffentlichen Kommunikation: Es bedarf daher einer Manifestierung der Autorenintension in fiktionsinternen oder -externen Signalen. Diese Signale sind Teil der sozialen Institution der Fiktion und dementsprechend dem Wandel der Zeit unterworfen. Die soziale Institution umfasst sowohl das Autoren- als auch das Rezeptionsverhalten.⁶⁵⁵

Man kann diesen auf Texte bezogenen ästhetischen Fiktionalitätsbegriff auf das Recht anwenden, kommt jedoch zunächst schnell zu der Feststellung, dass das Recht nicht auf die Schaffung einer eigenen Welt gerichtet ist. Recht ist stets abstrakt und normativ, kommt in der Regel ganz ohne konkrete Objekte aus. Eine literarische Welt, wie etwa das London eines Sherlock Holmes⁶, entsteht dabei nicht.⁶⁵⁶ Daher ist das Recht aus ästhetisch-literaturwissenschaftlicher Sicht nicht als fiktional einzustufen.

655 Vergleiche mit ähnlicher Ansicht *Bruhns*, Zur Ontologie fiktiver Entitäten und ihrer Beschreibung in der Fiktionstheorie und Literaturwissenschaft, 217.

656 Hier geraten die Maßstabsfiguren, wie etwa der durchschnittliche Rechtsgenosse, ins Blickfeld. Diese sind für die Fiktionalität des Rechts so unerheblich wie die fiktiven Rechtsinstitute, kommen aber dennoch als Fiktionen im Recht in Betracht. Dazu später mehr, 259 ff.

Nachdem festgestellt wurde, dass das Recht weder aus einer direkten noch einer sinngemäßen Anwendbarkeit der literaturwissenschaftlichen Kriterien fiktiv ist, bleibt die Frage offen, ob ein nicht-fiktionales Werk heterogen sein kann in Bezug auf seine Fiktivität. Diese Frage ist also das Spiegelbild zur oben diskutierten Heterogenität von fiktiven Werken. Wenn ein Werk nur homogen nicht-fiktional sein könnte, dann könnte das Recht auch keine Fiktionen enthalten. Anders als bei Romanen, bei welchen sich durch das Signal einer Fiktion die Rezeptionshaltung beim Leser ändert, ändert man bei wissenschaftlichen oder normativen Werken nicht die Rezeptionshaltung. Nur weil Menorca auf einmal als in London liegend gilt, ändert sich nichts an der Ernsthaftigkeit der Rechtsfolgen für General Mostyn.⁶⁵⁷ Er wird die Fiktion maximal als Fehler angreifen, aber nicht seine Perspektive auf den Urteilsspruch ändern. Denn das Recht verlangt in seiner Eigenschaft als Recht gerade eine nicht-fiktive Rezeptionshaltung des Adressaten. Daher könnte man, selbst wenn man von einer Homogenität der Fiktionalität von ästhetischen Werken ausginge, diese Position nicht auf das Recht übertragen.

Daher soll von einer heterogenen Fiktivität des Rechts ausgegangen werden: d.h. das Recht ist im gesamten nicht fiktiv, kann aber Fiktionen enthalten.

Das Recht ist nach direkter und sinngemäßer Anwendung von literaturwissenschaftlichen Kriterien nicht als fiktiv einzustufen. Daher kann man sinnvoll über Fiktionen im Recht sprechen.

b. Erkenntnistheoretische Perspektive

„Was soll hier nicht alles fingiert sein: die Willensfreiheit, das Verschulden, der Kausalzusammenhang und – für den Positivisten selbstverständlich – auch das Recht (d.h. seine Verbindlichkeit)!“⁶⁵⁸

Das Recht könnte aber auch aus erkenntnistheoretischen Gründen fiktiv sein. Hierzu ist insbesondere die Fiktionstheorie Vaihingers heranzuziehen. Wie Hans Vaihinger bereits 1911 betont, steht sein sog. erkenntnistheoretischer Fiktionsbegriff in Bezug auf seine Anwendbarkeit in Opposition zum ästhetischen Fiktionsbegriff. Denn die wissenschaftlichen Fiktio-

⁶⁵⁷ Mehr zum *Common Law*, 105 ff.

⁶⁵⁸ Zu einem Aufsatz von Strauch: *Esser*, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen², 29 Rn. 68.

nen würden stets Erkenntniserweiterungen der Sinnenwirklichkeit nach sich ziehen, ästhetische Fiktionen jedoch nur Schönheit. Damit lehnt Vaihinger nicht nur eine Anwendbarkeit literaturwissenschaftlicher Theorien ab, sondern wirft einen ganz eigenen Blickwinkel auf die Wissenschaft. Erstaunlicherweise kommt Hans Vaihinger nicht zu dem Schluss, dass Recht eine Fiktion sein könnte. Er betrachtet das Recht selbst aber auch nicht im gesamten, sondern im Abschnitt zu den juristischen Fiktionen nur die klassischen römisch-rechtlichen Fiktionen.⁶⁵⁹ Sein Fiktionsbegriff hingegen zielt abwechselnd auf das Erkennen einzelner Fiktionen in den Wissenschaften und darauf, ganze Ordnungen als fiktiv zu beschreiben. Dabei begründet sich für Vaihinger aber die Fiktivität einer Ordnung, bzw. bereits den Verstandeskategorien, nicht aus den einzelnen Fiktionen in ihr, sondern aus erkenntnistheoretischen Erwägungen. Da dieser Realitätsbegriff dazu führt, dass alles inklusive dem Recht fiktiv wäre, lehnt selbst Vaihinger ihn ab und ersetzt diesen Realitätsbegriff durch sehr engen Realitätsbegriff, welcher sich auf die bloße Sinnenwirklichkeit beschränkt. Dass sein erkenntnistheoretischer Realitäts- und damit auch sein Fiktionsbegriff diesen Spagat von einzelnen Fiktionen in den Wissenschaftsbereichen und ganzen Wissenschaftsbereichen als Fiktionen nicht leisten kann, ist ihm also selbst bewusst. Wenn man also mit dem ursprünglichen Realitätsbegriff von Vaihinger einen erkenntnistheoretischen Nonkognitivismus annimmt, man aber sinnvolle Aussagen über seine Umwelt treffen will, dann führte dies zu einem Fiktionalismus. Das bedeutet in Bezug auf das Recht, dass Vaihinger so tun müsste, als ob es das Recht gäbe.⁶⁶⁰ Das Recht wäre aber aus erkenntnistheoretischen Gründen zwangsläufig fiktiv. Mit Vaihinger ist diese Position jedoch abzulehnen.⁶⁶¹

Hans Kelsen wollte in seinem Spätwerk die Grundnorm als Fiktion verstanden wissen.⁶⁶² Als eine Norm, deren Willensakt bloß gedacht, bloß fingiert wird.⁶⁶³ Da diese das Recht begründende Norm fiktiv ist, müsste konsequenterweise jede Norm, die auf ihr aufbaut, ebenfalls fiktiv sein.⁶⁶⁴ Kelsen selbst hat das so jedoch nie vertreten. Die verschiedenen angebotenen

659 Mehr zum römischen Recht, s.o. 30 ff.

660 Die Theorien des Fiktionalismus sind heutzutage, insbesondere im Bereich der Ethik, verfeinert worden. Die Grundidee, welche an Vaihinger anknüpft, ist jedoch dieselbe geblieben. Die Formulierung des Fiktionalismus hier entspricht der ursprünglichen Grundform.

661 Näheres siehe oben bei Hans Vaihinger, 69 ff.

662 Vergleiche ausführlich dazu das Kapitel zu Kelsen, 80 ff.

663 *Kelsen*, Allgemeine Theorie der Normen, 188.

664 Siehe hierzu genauer: 80 ff.

Ausgänge aus dieser Argumentation von der Ablehnung Kelsens Prämissen bis zur Kapitulation angesichts des Ergebnisses; vom absoluten Positivismus bis zum juristischen Fiktionalismus wurden bereits im 2. Teil erläutert. Hier soll die Position abgelehnt werden aus Erwägung von Argumenten im Rahmen der literaturwissenschaftlichen Diskussion. Wie bereits festgestellt wurde, ist die Position der Homogenität von Welten bzgl. ihrer Fiktivität bei nicht-ästhetischen Welten abzulehnen. Das bedeutet, dass wissenschaftliche Welten grundsätzlich nicht fiktiv sind, aber fiktive Bestandteile enthalten können. Fraglich ist, ob eine normative Welt einer bestimmten Rechtsordnung fiktiv wird, wenn sich ihre Legitimation aus einer fiktiven Grundnorm ableitet.

Dagegen spricht, dass die Prämisse nicht zutrifft: Die Grundnorm kann nicht fiktiv sein, da sie vom Recht (voraus-) gesetzt wird. Es ist gar kein Wollen einer höheren Autorität notwendig. Die Rechtswissenschaft begründet nicht, warum man dem Recht einer bestimmten Rechtsordnung folgen soll. Das Recht setzt seine eigene Begründung (bereits voraus). Ob diese als Recht bezeichnete Ordnung überhaupt als Recht bezeichnet werden kann, steht wiederum unter dem Vorbehalt grundsätzlicherer Erwägungen der Rechtswissenschaft. Die Argumentation ist hier ähnlich der Literaturwissenschaft: Es lässt sich nicht begründen, warum Sherlock Holmes in London lebt in den Geschichten Doyles. Der Autor ist legitimiert dies zu setzen. Ebenso ist der Gesetzgeber befugt, verbindliche Normen aufzustellen im Rahmen seiner demokratischen Legitimation. Es bedarf hierbei keiner externen Begründung. Die Grundnorm ist nicht fiktiv, weil sie nicht letztbegründet werden kann. Auf das einzelne Subjekt in seiner Selbstgesetzgebung heruntergebrochen: Es bedarf keiner Letztbegründung, warum man sich an die selbst gegebenen Gesetze halten sollte. Ebenso bedarf es bei ordnungsgemäß erlassenen Gesetzen im Rahmen eines demokratischen Rechtsstaates keiner externen Letztbegründung.⁶⁶⁵ Die Grundnorm kann intern vorausgesetzt werden. Ein weiterer Kritikpunkt ist der Schluss, dass, nur weil die Grundnorm fiktiv ist, jede durch sie legitimierte Norm fiktiv sein müsse. Hierbei wird die Legitimation mit der Verbindlichkeit gleichgesetzt, was man aus guten Gründen auch ablehnen kann. Daher ist insgesamt auch aus diesen Gründen das Recht nicht als fiktiv einzuordnen.

665 Die Einschränkung auf die ordnungsgemäß erlassenen Gesetze im Rahmen eines demokratischen Rechtsstaats bedürfte monographischer Erläuterungen. Zweck der Einschränkung ist die Möglichkeit der Abgrenzung von Recht und reinen Zwangsordnungen.

c. Ergebnis

Es wurde festgestellt, dass das Recht weder aus literaturwissenschaftlicher noch aus erkenntnistheoretischer Sicht fiktiv ist.⁶⁶⁶ Wenn man dies annehmen möchte, muss man von einem weiteren Fiktionsbegriff ausgehen, der dann aber dazu führt, dass man zumindest bei Verwendung desselben Fiktionsbegriffs Fiktionen im Recht nicht erfassen kann.

II. Ontologischer Status von Fiktionen

Der Streit um den ontologischen Status fiktiver Entitäten ist eine klassische Debatte des 20. Jahrhunderts im Bereich der Ontologie. Beispiele für fiktive Entitäten sind beispielsweise Sherlock Holmes, dessen Hut und Hank Chinaski. Schwieriger als Beispiele für Fiktives zu geben ist es, Kriterien anzugeben, inwiefern diese sich von physikalischen Entitäten unterscheiden. Was für diese Arbeit daran interessant ist, sind die Aspekte, (1) wie man über Fiktives reden sollte und (2) was Fiktivität ontologisch bedeutet. D.h. was bedeutet es (ontologisch) von einem fiktiven Rechtsinstitut oder einer fiktiven Annahme zu sprechen?⁶⁶⁷ Wie kann man von etwas sprechen, das gerade nicht existieren soll? Wie kann Hank Chinaski Whisky lieben und wie kann ein Ungeborenes im Recht geboren sein? Im Rahmen dieser Diskussion wird auch deutlich werden, worin der (artifizielle) Widerspruch besteht, der die Fiktionen im Recht zu solchen macht.

Was unterscheidet Sherlock Holmes genau von uns? Charakteristisch ist zunächst, dass man in 221B Baker Street in London keinen Sherlock Holmes finden wird; man kann und konnte zudem Sherlock Holmes nicht selbst fragen, ob er tatsächlich Detektiv ist und beobachten, ob er einen

⁶⁶⁶ Kommt man – aus welchem Grund auch immer – trotzdem zu dem Schluss, dass Recht fiktiv sei, so ließe sich hilfsweise ein Ausweg skizzieren: einen juristischen Fiktionalismus. Da Recht wie Moral eine normative Ordnung ist, lässt dieser sich am ehesten als analogen moralischen Fiktionalismus denken. Inhalt eines juristischen Fiktionalismus wäre, dass Aussagen über Rechtliches nur dann sinnvoll sind, wenn man so tut, als ob es Recht tatsächlich gäbe. Der Diskurs über Recht wäre nur ein fiktionaler Diskurs. (Klauk, Fiktionalität in der Philosophie: Fiktionalismus, in: Fiktionalität: Ein interdisziplinäres Handbuch, 500.) Dies alles geht von der Intuition aus, dass es „Fiktives nicht gibt“ (genauer gesagt, dass es sich bei diesem Satz um einen analytischen Satz handle, Bruhns, Zur Ontologie fiktiver Entitäten, 144).

⁶⁶⁷ Gabriel, Zwischen Logik und Literatur, 133.

„funny hat“ trägt. Dazu muss man die Romane von Sir Arthur Conan Doyle lesen. Fiktives scheint also auf den ersten Blick etwas zu sein, was es nicht gibt. Das Bestehen der Figuren scheint abhängig zu sein von der Existenz eines Romans, in welchem sie beschrieben werden.⁶⁶⁸ Doch was bedeutet es, dass es dies nicht gibt? Man kann über Sherlock Holmes doch zum Beispiel mit Sicherheit sagen, dass er nicht in New York gewohnt hat. Ließen sich wahrheitsfähige Aussagen über fiktive Objekte treffen, auch wenn diese nicht existierten? Kann etwas, das nicht existiert, Eigenschaften haben? Die Fragen betreffen also sowohl die Ontologie als auch die Epistemologie fiktiver Objekte.

Es lassen sich in der philosophischen Debatte grob drei Positionen unterscheiden: Erstens der sog. (fiktionale) Realismus (eine der Hauptströmungen; vertreten u.a. von David Lewis), zweitens der Meinonganismus (eine wenig vertretene Ansicht; vertreten u.a. von Meinong, Parsons, Jacqueline) und drittens der (fiktionale) Antirealismus, welcher auch als Fiktionalismus bezeichnet wird (die andere Hauptströmung, welche im Bereich der Philosophie häufig vorgezogen wird).

- Die Vertreter des *Realismus*⁶⁶⁹ bezüglich fiktiver Entitäten (sog. fiktiver Realismus) sind der Auffassung, dass fiktive Entitäten existieren. Wie sollte man sonst von Sherlock Holmes behaupten können, dass er in 221 B Baker Street wohne? Hier wird eine Verbindung von der Wahrheitsfähigkeit einer Aussage mit der Existenz der in ihr benannten Objekte hergestellt. Realisten unterscheiden bei den ontologischen Stadien nur Existenz und ihre Abwesenheit.
- *Meinong* und seine Nachfolger behaupten, dass es fiktive Entitäten in gewisser Weise gibt, aber nicht in derselben Form wie existierende physikalische Gegenstände. Er unterscheidet das sog. Sosein vom Sein. Teilweise wird hier zwischen drei metaontologischen Stadien unterschieden, nämlich zwischen Existenz, Sein und ihrer Abwesenheit.
- Auf der anderen Seite stehen die Vertreter des fiktionalen *Anti-Realismus/Fiktionalismus*, die dem entgegenstehend behaupten, dass fiktive Gegenstände nicht existieren (und auch nicht sind im Sinne Meinongs).⁶⁷⁰ Liegt dies nicht nahe, weil Sherlock Holmes eben bloß

668 Insofern spricht beispielsweise *Thomasson*, *The Ontology of Fiction: A Study of Dependent Objects*, von „dependent objects“.

669 Alle die hier genannten Standpunkte haben wiederum viele einzelne Unterausformungen, welche hier aber nicht erwähnt werden müssen, da sie nicht streitentscheidend sind.

670 Dieser Standpunkt kann als herrschende Meinung in der Philosophie bezeichnet werden.

erfunden ist und gerade nicht existiert? Diese Theorie knüpft also an die gegenläufige Intuition des Realismus an, dass es Fiktives doch gerade nicht gebe und wird exemplarisch wie folgt dargestellt:

„Perhaps there has never been a shortage of outlandish theories in philosophy, but surely the theory that there are fictional objects must be among the craziest. Its very statement sounds paradoxical. Do not even small children know that Alice and her Wonderland never existed, there is no Rumpelstiltskin, and that in all of the world not a single winged monkey may be found?“⁶⁷¹

Hauptargument dieses Standpunktes ist es, dass die Annahme einer Existenz eines Gegenstandes begründungsbedürftiger sei als die Annahme der Nichtexistenz und es keinen Grund gebe, warum Fiktives existieren müsste. Zum Beispiel könnten auch nichtexistierende Entitäten Eigenschaften haben: So sei Rotheit wie Existenz auch nur ein Prädikat einer Entität. Wie die Realisten unterscheiden die Antirealisten bei den ontologischen Stadien nur zwischen Existenz und ihrer Abwesenheit.

Bevor die Positionen genauer erläutert werden, soll noch geklärt werden, was ontologischer Status meint: Ontologischer Status ist ein Bündel an Voraussetzungen, welche erfüllt sein müssen, damit von der Existenz einer Entität gesprochen werden kann. Es geht also um die „existence and survival conditions, identity and individuation“⁶⁷². Was genau wiederum die Existenzbedingungen sind, ist von der jeweiligen Entität abhängig. Bezogen auf die o.g. Punkte: Was muss man tun, um einen Tisch als existent beschreiben zu können? Was kann man alles wegnehmen, bis man nicht mehr von einem Tisch sprechen kann? Wann ist der Tisch mit einem später im Roman auftauchenden Tisch identisch? Und damit zusammenhängend: Wie kann man einen Tisch eindeutig identifizieren? Die wichtigsten Punkte hierbei sind die Existenzbedingungen und die Überlebensbedingungen. Erstere sind notwendige Bedingungen für die Existenz. Wenn die Existenzbedingungen wegfallen, entfällt auch der ontologische Status. Die Überlebensbedingungen hingegen geben an, was zum In-Existenz-Kommen notwendig ist. Entfällt eine Überlebensbedingung später, entfällt der ontologische Status aber nicht mehr. Auf den Tisch bezogen: Ein Schreiner muss zu einem Zeitpunkt die Beine an der Tischplatte befestigen, damit man von einem Tisch sprechen kann. Das Befestigen ist aber nur eine Überlebensbedingung, keine Existenzbedingung.

671 Thomasson, *A Study of Dependent Objects*, 1.

672 Thomasson, *Fictional Characters*, 146.

1. Position: Fiktiver Realismus

Kommen wir nun zu den verschiedenen Standpunkten in der Debatte um den ontologischen Status fiktiver Objekte.

Ein sog. fiktiver Realist geht davon aus, dass eine fiktive Entität *existiert*. Zudem geht er metaontologisch davon aus, dass es keine Dinge gibt, die nicht existieren. Das heißt, für den Realisten gibt es keinen ontologischen Status neben der Existenz. Das heißt „es gibt nichts Nichtexistierendes“.⁶⁷³ Dies unterscheidet die Position zusätzlich neben dem ontologischen Status der fiktiven Entität vom Meinonganismus. Zudem geht der Realist davon aus, dass Entitäten, welche nicht existieren, auch keine Eigenschaften haben können, was ihn von den Antirealisten noch zusätzlich abgrenzt.

Der ontologische Realismus kann auch erkenntnistheoretische Auswirkungen haben: Geht er beispielsweise davon aus, dass eine physische Sache existiert, ist dies mit einer Ablehnung (der Erkennbarkeit) einer Außenwelt unvereinbar. Man kann zwischen einem starken und einem schwachen Realismus unterscheiden. Beide teilen die Existenzannahme bezüglich fiktiver Entitäten, unterscheiden sich jedoch hinsichtlich ihrer Überlebensbedingungen: Beim starken Realismus wird angenommen, dass die Existenz fiktiver Entitäten unabhängig ist von „intentionalen Einstellungen“. Das bedeutet, dass man zur Schaffung einer Fiktion Intentionalität seitens des Autors verlangen kann – wenn diese später wegfallen sollte, ändert dies nichts am ontologischen Status.⁶⁷⁴ Beim schwachen Realismus geht man dementsprechend davon aus, dass dies nicht der Fall ist.

Innerhalb des Realismus kann man verschiedene Strömungen (mit wiederum verschiedenen Unterströmungen) unterscheiden.

Beispielsweise gehen sog. Kreationisten (u.a. Searle, Kripke, Thomasson) davon aus, dass es zur Schaffung von existierenden Entitäten eines Willensaktes bedarf. Dadurch sind fiktive Entitäten Artefakte und zudem keine konkreten, sondern abstrakte Entitäten.⁶⁷⁵ Zur Existenz solcher Entitäten müssen die „intersubjektiven festgelegten Existenzbedingungen“⁶⁷⁶ erfüllt sein, was zum Beispiel erklärt, warum für Kreationisten Recht, das in einem bestimmten Verfahren erlassen wurde, existiert. Diese Strömung erlebt derzeit einen starken Zuspruch, weswegen hier noch auf zwei Unterströmungen des Kreationismus eingegangen werden soll: Zum einen gibt

673 Brubns, Zur Ontologie fiktiver Entitäten, 16.

674 Ibid., 26.

675 Ibid., 32 ff.

676 Ibid., 34.

es die *pretense*-Theorie, welche von Kripke vertreten wird. Kripke bringt als Beispiel eine Gerichtsverhandlung, bei der der Richter zu entscheiden hat, ob ein Autor die Persönlichkeitsrechte des Klägers verletzt hat durch diffamierende Darstellungen im Roman.⁶⁷⁷ Dies hängt laut Kripke davon ab, ob der Autor sich auf den Kläger beziehen wollte. Ist dies nicht der Fall, so hätte der Autor nur so getan (*pretense*) als ob er die semantischen Regeln des Bezugs auf eine existierende Person erfüllt hätte (und würde dabei „against Frege, against Russell, against Wittgenstein“⁶⁷⁸ entscheiden). Das Argument ist: Hat der Autor den Kläger gar nicht gekannt, kann er auch dessen Persönlichkeitsrechte nicht verletzt haben. Ähnlich sieht es Searle, der sich jedoch nicht auf den Namen bezieht, sondern „auf vorgegebene Referenzen.“⁶⁷⁹ Die Schaffung durch den Autoren sei auch deshalb unabdingbar, weil sich dies aus dem Wort „fingere“ (formen, schaffen) ableite.⁶⁸⁰ Die Fiktivität einer Figur hängt damit vom Willen des Autors ab. Bei dem Kreationismus gibt es noch die spezielle Unterform des sog. Artefaktualismus, vertreten von Amie Thomasson. Für sie hängt die Existenz nicht allein an dem Willen des Schaffenden ab, sondern von der Verwendung durch Dritte, ähnlich wie bei sozialen Institutionen: Es bedarf eines Schaffensaktes durch einen Autor sowie einer Darstellung der fiktiven Entität in einem Werk. Dieser Artefaktualismus unterscheidet sich also vom Meinonismus dadurch, dass es keine unendliche Menge an nicht-existierenden Objekten gibt. Thomassons Menge an fiktiven Entitäten beschränkt sich auf die artifiziell geschaffenen.⁶⁸¹

Problematisch daran ist, dass der ontologische Status einer Entität allein davon abhängig ist, wie sich zu einem bestimmten Zeitpunkt die intersubjektive Überzeugung bzw. der Wille des Autors gestaltet.⁶⁸² Gerade bei einer Übertragung auf das Recht ist zu bedenken, dass es weder einen einzigen klar zu identifizierenden Willen des Gesetzgebers gibt (und dieser zusätzlich meist aufgrund unzureichender Materialien schwer oder nicht zu bestimmen ist) noch es ein Bewusstsein für eine eventuelle Fiktivität von Regelungen durch den Gesetzgeber gibt. Zudem kritisiert David Lewis (welcher auch einen Realismus vertritt), dass die einzige Unterscheidung von „Nixon“ und „Sherlock“ dann wäre, dass die Namen auf eine

677 Kripke, Reference and Existence, 26 f.

678 Ibid., 27.

679 Brubns, Zur Ontologie fiktiver Entitäten, 38.

680 Thomasson, The Ontology of Fiction, 157.

681 Ibid., 270.

682 Brubns, Zur Ontologie fiktiver Entitäten, 35.

reale Person und einen fiktive Figur referieren würden.⁶⁸³ Dies vermag den gravierenden Unterschied nicht richtig herauszuarbeiten.

Der Possibilismus nimmt an, dass fiktive Entitäten in möglichen Welten existieren. Fiktive Entitäten sind also mögliche Entitäten.⁶⁸⁴ Die Idee dahinter ist: Hätte sich unsere Welt anders entwickelt, wären fiktive Welten wie etwa George Orwells dystopische Darstellung in „1984“ vielleicht Realität. Und jede dieser fiktionalen Welten ist für uns nur deshalb verständlich, weil sie auf „unsere Welt“, d.i. die Realität, aufbaut.

„Geschichten, die in keiner Relation zu unserer Wirklichkeitskonzeption stehen, könnten wir weder erzählen noch verstehen [...]“. ⁶⁸⁵

„Doch alles, was im Text nicht ausdrücklich als verschieden von der wirklichen Welt erwähnt oder beschrieben wird, muß als übereinstimmend mit den Gesetzen und Bedingungen der wirklichen Welt verstanden werden.“⁶⁸⁶

So sind diese möglichen Entitäten, um auf Sherlock Holmes zurückzukommen, eingebettet in mögliche Welten, wie das London Sir Arthur Conan Doyles. Die Idee von fiktiven Welten, Parallelwelten gab es in der Philosophie seit der Antike, jedoch in wenig konkreter Gestalt. Ausgehend von der Physik wurde Ende der 1950er Jahre die erste Idee entwickelt, von mehreren Parallelwelten auszugehen, um gewisse Phänomene besser beschreiben zu können, wie z.B. den ontologischen Zustand Schrödingers Katze. Diese Ideen wurden Mitte des 20. Jahrhunderts für die Modallogik fruchtbar gemacht und fanden wieder mehr Zustimmung in der Philosophie. Einer Unterströmung des Possibilismus nach, dem nonaktualen Possibilismus David Lewis', sind fiktive Personen tatsächliche Personen – nur in einer anderen Welt. Der Vorteil dieser Theorie ist vor allem, dass sie sich dem oft von den Antirealisten vorgebrachten Vorwurf, dass der Realismus unnötige ontologische Annahmen mache, gefeit ist:

„My realism about possible worlds is merely quantitatively, unparimonious. [...] I ask you to believe in more things of that kind [like our actual world, Anm. KA], not in things of some new kind.“ ⁶⁸⁷

683 *Lewis*, Truth in Fiction, American Philosophical Quaterly 1978, 37.

684 *Brubns*, Zur Ontologie fiktiver Entitäten, 71.

685 *Zipfel*, Fiktion, 82.

686 *Eco*, Wald der Fiktionen, 112.

687 *Lewis*, Truth in Fiction, American Philosophical Quaterly 1978, 87.

Damit wendet sich Lewis einerseits gegen den Meinonganismus,⁶⁸⁸ welcher eine neue (meta-)ontologische Kategorie eröffnet und andererseits gegen den von den Antirealisten erhobenen Vorwurf, der Realismus würde unnötige ontologische Annahmen machen. Um kenntlich zu machen, inwiefern sich fiktive Entitäten von physikalischen Entitäten unterscheiden, und auch um die Abhängigkeit der Wahrheit von Aussagen über fiktive Entitäten von ihrem Kontext zu betonen, führt David Lewis die Paraphrasierung ein. Der Satz „Sherlock Holmes wohnt in 221 B Baker Street“, sei „false if taken as unprefixed, simply because Holmes did not actually exist.“⁶⁸⁹ Der Satz könne aber wahr sein, sobald man den Operator „In the fiction *f*, ...“ voranstelle bzw. sich den o.g. Satz als Abkürzung für einen solchen Satz mit Operator vorstelle.⁶⁹⁰ Es handelt sich also um eine Position, welche durch die Modallogik geprägt ist und die Ontologie auch stark mit der Epistemologie verknüpft. Bei der Übertragung auf das Recht könnte man z.B. paraphrasieren: „*Gemäß der Rechtsordnung der Bundesrepublik Österreich*, ...“. Fraglich ist jedoch, ob eine Rechtsordnung überhaupt eine mit einer literarischen Welt vergleichbare Welt darstellen könnte. Die „Welt einer Rechtsordnung“ wäre geprägt durch Gebote, Verbote und Erlaubnisse. Man fände in ihr keine detaillierte Erzählung, wie etwas ist, sondern nur, wie etwas sein soll. Um eine fiktionale Welt zu schaffen muss man aber nicht jedes Detail erzählen. Der Adressat erschließt sich alles selbst, ausgehend von den Angaben, die er zur fiktionalen Welt erhält. Das Recht, könnte man argumentieren, gibt auch nur an, was rechtlich gesollt ist. Alles andere Verhalten kann ebenfalls als übereinstimmend mit den sozialen Normen gedacht werden. Hier ist problematisch, ob man eine Sollens-Welt auf eine Seins-Welt herunterbrechen könnte. Das würde die Eigenheit der Rechtsordnung aber negieren. Daher kann das Recht nur als Sollens-Welt gedacht werden. Dass diese Bezug nimmt auf „Seins-Gegebenheiten“ ist nicht problematisch; dies ist, was jede fiktive Welt ebenso macht. Das London, in dem Sherlock Holmes wohnt, nimmt Bezug auf das reale London. Die Rechtsordnung Österreichs nimmt Bezug auf die tatsächliche Lebenswelt in Österreich. Daher ist ein nonaktueller Possibilismus David Lewis‘ auch auf normative Welten übertragbar.

Für den Realismus sprechen für allem sprachtheoretische Argumente, welche aus der Art und Weise, wie wir über Fiktives reden, ontologische

688 *Jacquette*, David Lewis on Meinongian Logic of Fiction, in: Huemer/Schuster (Hrsg.), *Writing the Austrian Traditions: Relations between Philosophy and Literature*, 101.

689 *Lewis*, *Truth in Fiction*, in: *American Philosophical Quarterly* 1978, 38.

690 *Ibid.*

Schlussfolgerungen ziehen. Zum einen verweist van Inwagen darauf, dass bei jeder Übersetzung eines Satzes, welcher werksextern über eine Fiktion Aussagen treffen will, man dem Objekt, dem zugerechnet wird in der Logik, ein Existenzquantor voranstellen muss.

Zum anderen wird mit der Bedeutung negativer Existenzaussagen wie „Sherlock Holmes existiert nicht“ argumentiert. Es sieht so aus, als ob man Sherlock Holmes das Attribut der Nichtexistenz tatsächlich zuschreiben würde. Wäre dies der Fall, ist aber fraglich, wie ein solcher Satz wahr oder falsch sein könnte, wenn es doch gar keinen Sherlock Holmes gibt, welcher folglich auch keine Eigenschaften haben kann. Der Realismus reagiert auf dieses Problem, indem er Sherlock Holmes Existenz zuschreibt und die Aussage für falsch hält. So zum Beispiel Saul Kripke:

„[I]t [der Beispielsatz, Anm. KA] can't be right, taken straightforwardly [...]. On the contrary, the fictional character does exist.“⁶⁹¹

Bei dieser Position braucht es auch keine Erklärung dafür, auf was fiktive Entitäten referieren: Sie referieren auf Existierendes.

Das Hauptargument des Antirealisten ist es, dass seine Theorie keine unnötigen ontologischen Annahmen (wie der Realismus) bzw. keine unnötigen metaontologischen Annahmen (wie der Meinonganismus) enthalte. Hinter diesem Grundsatz steckt die scholastische Idee, dass eine Theorie, die weniger Annahmen braucht gegenüber einer, die mehr benötigt, vorzugswürdig ist. Es geht also ontologische Einfachheit (*parsimony*). Dieses Argument wird auch als Ockhams Rasiermesser bezeichnet und für gewöhnlich zitiert als:

„Entities are not to be multiplied beyond necessity.“⁶⁹²

Präziser ausgedrückt: T_1 ist einfacher als T_2 im ontologischen Sinne, wenn für T_2 mehr ontologische Verpflichtungen (*ontological commitments*) eingegangen werden müssen als für T_1 (ontologische Einfachheit, *parsimony*).⁶⁹³ Eine Theorie ist grundsätzlich dann vorzugswürdig, wenn sie ein Phänomen besser erklärt als eine andere. Eine Theorie ist gut, wenn sie in der

691 Kripke, Reference and Existence, 147.

692 Zitiert nach Baker, Simplicity, in: Zalta (Hrsg.): The Stanford Encyclopedia of Philosophy.

693 Ergänzend sei hier erwähnt, dass es nicht nur die ontologische Einfachheit gibt, sondern auch die syntaktische. Gemäß dieser ist eine Theorie einfacher, wenn T_1 weniger oder (XOR) gleich viele, aber inhaltlich weniger komplexe Hypothesen enthält als T_2 (syntaktische Einfachheit, elegance). Vergleiche für beides: Baker, Simplicity, in: Zalta (Hrsg.): The Stanford Encyclopedia of Philosophy.

Lage ist, alle mit dem zu erklärenden Phänomen verknüpften Folgen kohärent zu erklären. Die Antirealisten gehen davon aus, dass man für fiktive Entitäten nicht den Status der Existenz annehmen darf, weil alle Phänomene der Fiktion auch ohne Existenzannahme bzw. Seinsannahme auskommen würden. Die hauptsächlich von den Realisten und Meinonganisten⁶⁹⁴ vorgebrachten sprachtheoretischen Argumente, dass Aussagen über Fiktives möglich sind, werden bei dieser Position in den Hintergrund gedrängt. Es wird argumentiert, dass aus den sprachtheoretischen Erwägungen kein Schluss auf den ontologischen Status zulässig und zudem unnötig ist. Unnötig deshalb, weil sich die sprachlichen Phänomene auch ohne Annahme eines ontologischen Status erklären ließen. Diese Position setzt weiterhin voraus, dass Existenz eine Eigenschaft ist und Nichtexistierendes Eigenschaften haben kann. Gegen diese Annahmen spricht, dass das Prädikat der Existenz dem der Rotheit oder auch dem der Fiktivität vorausgeht: Um in einer bestimmten Art und Weise zu sein, muss etwas sein. Um rot *sein* zu können, muss eine Entität *sein*. Um *fiktiv* oder *normativ* sein zu können, muss eine Welt sein.⁶⁹⁵ Wie auch immer dieses Sein, welches wir sowohl denken als auch sprachlich verwenden müssen, gedeutet wird: Es muss mehr als bloßes Nichts sein. Wenn man von dem klassischen metaontologischen Dualismus von Existenz und Nichtexistenz ausgeht, muss dies zu einer Deutung des Seins als Existenz führen. Existenz ist keine Eigenschaft, sondern die Voraussetzung, Eigenschaften haben zu können. Daher greift der Einwand der unnötigen ontologischen Annahme nicht: Die Annahme der Existenz ist denk- und sprachnotwendig. Daher ist dem Realismus zuzustimmen.

Ein weiteres Argument der Antirealisten ist, dass die Existenz fiktiver Entitäten nicht empirisch überprüfbar ist: Es wohnt nun einmal kein Sherlock Holmes in 221 B Baker Street, London. Dort befindet sich derzeit ein Museum. Reicher behauptet beispielsweise, dass es sogar analytisch wahr sei, dass fiktive Entitäten nicht existierten. Dies widerspricht jedoch wiederum einer anderen Intuition: Jeder Fan von Sherlock Holmes würde den Satz, dass dieser in 228 Baker Street wohne, intuitiv für falsch halten. Die Intuitionen laufen in (scheinbar) widersprüchliche Richtungen.

694 Eine Erläuterung dieser Positionen folgt in diesem Abschnitt.

695 Normativität und Fiktivität stehen dabei in keinem hierarchischen Verhältnis: Es kann Welten geben, die nur fiktiv oder nur normativ sind oder welche, die beides zugleich sind.

2. Position: Meinonganismus

Um diesen widerstreitenden Intuitionen gerecht zu werden, nimmt Meinong an, dass man auch über nicht existierende Entitäten wahre Aussagen treffen könne. Das setzt voraus, dass für Meinong auch nichtexistierende Entitäten Eigenschaften haben können. Das Sosein eines Gegenstandes, das umfasst beispielsweise seine Rotheit, ist für Meinong von seinem ontologischen Status unabhängig. Das eigentliche Problem sieht der Meinonganismus in der Möglichkeit wahrer Aussagen über fiktive Entitäten, nicht bei deren ontologischem Status. Letzterer ist nur ein Vehikel, um das Problem der Wahrheit zu lösen.

Innerhalb des hier als Oberbegriff verwendeten Meinonganismus sind zwei Positionen zu unterscheiden: Die Position Meinong und das, was in der Forschung in der Regel als Meinonganismus bezeichnet wird. Meinong selbst ging es in seiner Gegenstandstheorie von 1904 darum, dass Existenz oder Nicht-Existenz keine relevante Kategorie für einen Gegenstand sei, um ihm Eigenschaften zuschreiben zu können. Dies beruhe auf einer Unabhängigkeit von ‚Sein‘ und ‚Sosein‘ (auch ‚Existenz‘ und ‚Bestand‘).⁶⁹⁶ Meinong unterscheidet metaontologisch also – wie die Realisten und Antirealisten auch – nur zwischen Existenz und ihrer Abwesenheit. Daneben gibt es innerhalb des Meinonganismus die Position Meinongs mit der entscheidenden Erweiterung, dass zwischen ‚Sein‘ und ‚Existenz‘ unterschieden werden müsse. Dies folgt zum einen daraus, dass das Nicht-existierende keine Eigenschaften haben könne; nur Seiendes bzw. Existierendes könne Eigenschaften haben. (Insofern gleicht die Position dem Standpunkt der Realisten.) Der gegenteiligen Intuition, dass Sherlock Holmes aber nicht auf die gleiche Art und Weise wie wir existiert, soll aber auch genüge getan werden. Die Position versucht hier zu vermitteln zwischen Realismus und Fiktionalismus; kommt aber aufgrund der ersten Voraussetzung zum Schluss, dass es neben der Existenz noch eine andere Seinsweise geben müsse. Metaontologisch unterschieden wird hierbei also Existenz, Sein und die Abwesenheit von beidem.⁶⁹⁷ Diese metaontologische Position beruht ursprünglich auf einem Missverständnis von Meinongs Schriften durch Russell. Dadurch wird ihr, welche heute z.B. von Zalta vertreten wird, oftmals der Namen „Meinonganismus“ zugetra-

696 *Berto/Plebani*, *Ontology and Metaontology: A Contemporary Guide*, 107.

697 Die kennzeichnende Kontrollfrage, anhand derer sich dieser Meinonganismus erkennen lässt, ist: Gibt es Dinge, die nicht existieren? Wer dies verneint, bejaht einen metaontologischen Dualismus.

gen. Da diese Position sich von der Meinongs aufgrund der metaontologischen Triade allerdings fundamental unterscheidet, muss man bei der Bezeichnung einer Position als „Meinonganismus“ besondere Vorsicht walten lassen.

Zur Meinong'schen These, „daß im Gegenstande für sich weder Sein noch Nichtsein wesentlich gelegen sein kann“.⁶⁹⁸ Dies ist, was Meinong eigentlich sagen wollte. Dass das Sosein einer Entität vollkommen von seinem ontologischen Status unabhängig gedacht werden muss. Der ontologische Status sei gerade eine Eigenschaft wie das Rotheit etc., welche für die Bedingungen der Möglichkeit des Gegenstandes, Eigenschaften haben zu können, nicht relevant sei. Auch sage der für eine deontologische Logik notwendige Existenzquantor vor einem Subjekt nichts über dessen ontologischen Status aus; es sei ein Quantor wie jeder andere und diene allein der Beurteilung, ob eine Aussage wahr ist oder nicht. Prädikatoren seien frei von ontologischen Implikationen.⁶⁹⁹

„Das alles [dass das „natürliche Interesse“ an einer Fragestellung fehle, wenn hinter einer „Soseinsbehauptung“ keine Behauptung des Seins stehe, Anm. KA] ändert nichts an der Tatsache, daß das Sosein eines Gegenstandes durch dessen Nichtsein sozusagen nicht mitbetroffen ist. Die Tatsache ist wichtig genug, um sie ausdrücklich als das Prinzip der Unabhängigkeit des Soseins vom Sein zu formulieren [...].“⁷⁰⁰

Meinong verändert also das komplette Verhältnis von Sprache und Ontologie. Mit seiner Position kann er beispielsweise erklären, warum man von Gegenständen reden kann, die nicht existieren. Problematisch erscheint jedoch, dass ein fiktiver Gegenstand nach Meinong (direkt) Träger von Eigenschaften sein kann, auch ohne zu existieren (oder zu sein, wie die Meinongianisten annehmen würden).⁷⁰¹

Zur ontologischen These: Zum Beispiel nimmt der frühe Russell an, dass eine fiktive Entität *ist*. Dieses „Sein“ ist hier ein ontologischer Status, der ein „Weniger“ gegenüber dem ontologischen Status der Existenz darstellt. Pointiert ausgedrückt: Für Russell gibt es Dinge, die nicht existieren. Die Menge an Existierendem ist also eine Teilmenge, ein Spezialfall, der Menge der Seienden Entitäten.

698 *Meinong*, Untersuchungen zur Gegenstandstheorie und Psychologie, 493.

699 *Bruhns*, Zur Ontologie fiktiver Entitäten, 113.

700 *Meinong*, Gegenstandstheorie, 8.

701 Mit dem Hinweis, dass hier die Neo-Meinongianer ansetzen (was hier jedoch nicht weiter erörtert werden soll): *Bruhns*, Zur Ontologie fiktiver Entitäten, 117.

„*Being* is that which belongs to every conceivable term, to every possible object of thought [...B]eing is a general attribute of everything, and to mention anything is to show that it is. *Existence*, on the contrary, is the prerogative of some only amongst beings.“⁷⁰²

Dass die Position Meinonganismus heißt, wird vielfach aus folgender Aussage Meinongs abgeleitet:

„Wer paradoxe Ausdrucksweisen liebt, könnte also ganz wohl sagen: es gibt Gegenstände, von denen gilt, daß es dergleichen Gegenstände nicht gibt [...].“⁷⁰³

Das ist das Kriterium, an dem man diese Position von den Realisten und den Antirealisten unterscheiden kann. Diese These wird heutzutage kennzeichnend für den sog. Meinonganismus gebraucht. Wie kann man nun aber von einem Gegenstand sagen, dass er nicht ist?

„[S]oll ich in betreff eines Gegenstandes urteilen können, daß er nicht ist, so scheine ich den Gegenstand gewissermaßen erst einmal ergreifen zu müssen, um das Nichtsein von ihm aussagen, genauer es ihm zuurteilen [sic], oder es ihm aburteilen zu können.“⁷⁰⁴

Das „es gibt“, ist somit so zu verstehen, dass für ihn Entitäten geben kann, die die Eigenschaft haben, nicht zu existieren. Denn das „es gibt“ (welches man sich als Existenzquantor denken kann) habe keine ontologische Implikation. Die dadurch „erschlossene Forderung eines Seins“ kann „nur insofern Sinn [...] haben, als es sich um ein Sein handelt, das weder Existenz noch Bestand ist, wohl also nur insofern, als den beiden, wenn man so sagen darf, Stufen des Seins, der Existenz und dem Bestand, noch eine Art dritter Stufe beizuordnen ist. Dieses Sein müßte dann jedem Gegenstande als solchem zukommen: ein Nichtsein derselben Art dürfte ihm also nicht gegenüberstehen [...]“⁷⁰⁵ Man könne von einem Gegenstand also nur aussagen, dass er nicht ist, wenn man sein Sein zunächst annehme. Meinong präzisiert diese dritte Stufe selbst als Sonderstufe des Seins bzw. Nichtseins: „[D]er Gegenstand ist von Natur außerseiend, obwohl von seinen beiden Seinsobjektiven, seinem Sein und seinem Nichtsein, jedenfalls eines besteht.“⁷⁰⁶ Aus diesen Formulierungen ist auch ersichtlich, warum

702 Russell, *Principles of Mathematics*, 455 f.

703 Meinong, *Gegenstandstheorie*, 9.

704 Ibid., 10.

705 Ibid., 11.

706 Ibid., 13.

Russell Meinong leicht im Sinne eines heute sog. Meinonganismus interpretieren konnte.

Für den Meinonganismus spricht, dass er als einzige Position beiden sprachlichen Intuitionen, dass Sherlock Holmes Eigenschaften hat er aber nicht auf die gleiche Weise ist wie physikalische Gegenstände, gerecht wird. Zudem kann der ontologische Meinonganismus negative Existenzaussagen erklären: Wie kann man sonst behaupten, dass Sherlock Holmes nicht existiert? Wenn er tatsächlich nicht existieren würde und auch in keiner anderen Art und Weise wäre, wie der Antirealismus es vertritt, wie könnte er dann Eigenschaften haben? Der Ansatz erklärt also auch, wie man auf etwas Bezug nehmen kann, obwohl es dies nicht gibt. Fraglich ist, ob zwei gegenläufige Intuitionen es rechtfertigen, aus der metaontologischen Dyade eine Triade zu machen. Die Annahme eines neuen metaontologischen Status ist stark rechtfertigungsbedürftig. Sprachliche Intuitionen sind Indizien für ontologische Kategorien, aber keine hinreichenden Gründe. Der Meinonganismus scheint mehr darum bemüht, sprachlichen Intuitionen nachzugehen, als Lösungsansätze für die eigentlichen Probleme zu bilden. Zudem ist die Position immanent widersprüchlich, da es wiederum eine sprachliche Intuition gibt, Sein und Existenz nicht als getrennte Kategorien zu betrachten. In dieser Hinsicht bietet der Meinonganismus aber keine besseren Problemlösungen als der Realismus bzw. Antirealismus. Thomasson kritisiert zudem, dass ein Autor keine fiktiven Objekte wie Sherlock Holmes schaffen könnte, da es sie nach Auffassung des Meinonganismus bereits geben würde. Ein Autor könne fiktive Objekte also nur „entdecken“.⁷⁰⁷ Daher ist der Meinonganismus abzulehnen.

3. Position: Fiktiver Antirealismus (Fiktionalismus)

Antirealisten nehmen an, dass eine fiktive Entität *nicht existiert*. Für den Anti-Realisten gibt es, wie für den Realisten, keinen ontologischen Status neben der Existenz; d.h. für ihn gibt es auch nichts Nichtexistierendes. Zudem wird davon ausgegangen, dass nicht Existierendes Eigenschaften haben kann. Gestützt wird die Position zudem durch die Intuition, dass es „Fiktives nicht gibt“. Anhand eines Beispiels ausgedrückt: Die Intuition zielt darauf ab, dass man alle Eigenschaften eines Sherlock Holmes nicht empirisch überprüfen kann, sondern nur anhand der Romane von Sir Arthur Conan Doyle.

707 Thomasson, *The Ontology of Fiction*, 272.

Fraglich ist, wie diese Entitäten fiktiv sein können, wenn es sich um nicht-existierende Entitäten⁷⁰⁸ handelt. Denn wenn diese als nicht-existierende Entitäten keine Eigenschaften tragen können,⁷⁰⁹ wie könnten sie dann die Eigenschaft „nicht entsprechend der Realität“ bzw. „fiktiv“ tragen? Der fiktive Antirealist davon aus, dass es Dinge in nicht-ontologischer Lesart gibt, die nicht existieren. Das Attribut von Existentem, Eigenschaften haben zu können, sei nicht auf die ontologische Dimension der Existenz beschränkt. Der fiktive Antirealismus unterscheidet sich vom Realismus also dahingehend, dass die (Nicht-) Existenzannahme sich allein auf eine ontologische Lesart beschränkt. Vom Meinonganismus unterscheidet sich der Antirealismus, weil er das „Sein“ des Fiktiven nicht ontologisch versteht. Wie bereits im Rahmen des fiktiven Realismus diskutiert, ist Existenz als Eigenschaft, welche in besonderem Maße begründungsbedürftig ist, jedoch abzulehnen. Das Hauptargument ist, dass Existenz die Voraussetzung dafür ist, Eigenschaften haben zu können. Daher ist der Antirealismus abzulehnen.

Käme man dennoch zu dem Schluss, dass der fiktive Antirealismus vorzugswürdig sei, wenn es um Fiktionen im Recht geht, so ließe sich strukturequivalent⁷¹⁰ zur metaethischen Position des moralischen Fiktionalismus ein Ausweg skizzieren: einen „juristischen Fiktionalismus“. Inhalt eines juristischen Fiktionalismus ist, dass Aussagen über Fiktives im Recht nur dann sinnvoll sind, wenn man so tut, als ob es Recht tatsächlich gäbe. Man müsste sich bei jeder Aussage die Paraphrase hinzudenken: „Angenommen, es gäbe die Möglichkeit für objektiv geltendes Recht, ...“. Der Diskurs über Recht wäre dann aber auch nur ein fiktiver Diskurs.⁷¹¹

708 Genauer gesagt, dass es sich bei diesem Satz um einen analytisch Satz handle *Brubns*, Zur Ontologie fiktiver Entitäten, 144.

t. Denn so käme es zu einer Verwechslung des OB des Seins mit dem WIE, d.h. einem Kategorienfehler.

709 *Brubns*, Zur Ontologie fiktiver Entitäten, 144; Anderer Ansicht wäre der Meinonganismus, bei welchem nicht-existierende Entitäten Eigenschaften haben können.

710 Da Recht wie Moral eine normative Ordnung ist, liegt dieser Schluss am nächsten.

711 *Klauk*, Fiktionalität in der Philosophie, in: *Klauk/Köppe* (Hrsg.), Fiktionalität: Ein interdisziplinäres Handbuch, 500.

4. Diskussion

Das Problem des ontologischen Status fiktiver Objekte forderte eine Positionierung im Bereich der Ontologie und Erkenntnistheorie heraus. Hier hat sich der fiktive Realismus als vorzugswürdig erwiesen.

Dabei soll zur Erfassung der Fiktionen im Recht zwischen einer Existenz einer sozialen Realität und einer rechtlichen Realität modellhaft, d.h. ohne ontologische Implikation, unterschieden werden.⁷¹² Diese Trennung der Ebenen Recht und Wirklichkeit werden im Rahmen der Fiktionstheorien auch von Fuller und Tourtoulon getrennt. Wie verhalten sich beide Welten zu einander: Hat die Rechtswirklichkeit den Anspruch, Aussagen in Bezug auf die soziale Realität zu treffen? Oder hat die Rechtswirklichkeit gar nicht diesen Anspruch, sondern will schlicht nur die Realität regeln? Recht ist in seiner Anwendung konfrontiert mit der Realität, welche ihm im Vollzug bzw. in Form des Sachverhalts gegenübertritt. Recht wirkt also sogar „physikalisch messbar“, was selbst Vaihingers engem Realitätsverständnis genügt. Auch in seiner Schaffung ist Recht mit der Realität konfrontiert: Der Gesetzgeber wägt unter anderem die praktischen Konsequenzen potentieller Normen ab. Doch nach der Inkraftsetzung ist das Recht selbst frei von jedem Realitätsbezug. Was ist also der Bezug, welcher gebrochen werden soll? Kelsen argumentiert in diese Richtung gegen eine Trennung, dass ein Bruch mit der Realität nicht stattfinden könne, da es sich beim Recht selbst um die Realität handle. Jede ‚Fiktion‘ durch Richter oder Gesetzgeber sei vielmehr eine Ausgestaltung dieser Wirklichkeit. Dies soll hier auch gar nicht bestritten werden. Was bestritten wird, ist aber, dass diese Auffassung ausreichend präzise ist um die Aussage „Menorca ist ein Stadtteil Londons“ in ihrer Bedeutung für das Recht und den tatsächlichen Gegebenheiten zu erfassen. Dass Kelsen auch nicht unbedingt gegen eine modellhafte Trennung ist, zeigt seine Aussage in einem Aufsatz von 1964, dass ontologisch eine Differenz vom Sein physikalischer Gegenstände und dem Sein von Normen bestünde.⁷¹³ Auch Esser wendet sich gegen eine Trennung, da dies zu Verwirrungen führen würde. Was diese Trennung jedoch leistet ist eine viel höhere Präzision bei der Darstellung der möglichen Bezugswirklichkeiten einer Fiktion.

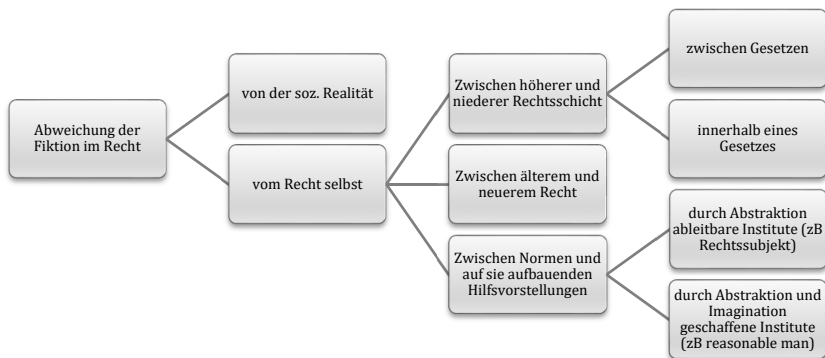
712 Bei der Mehrweltentheorie handelt es sich indes nicht um die Theorie der möglichen Welten, wie sie etwa von Kripke entwickelt wurde. Sie weicht u.a. ab, indem sie auch normative Welten umfasst.

713 Kelsen Die Grundlage der Naturrechtslehre, in: Schmölz (Hrsg.), Das Naturrecht in der politischen Theorie, 122.

Die Unterscheidung der Welten ist nicht ontologisch, weil anerkannt werden muss (mit Kelsen und Esser), dass Recht eigentlich ein Teil der Realität ist.⁷¹⁴ Dennoch ist sie notwendig, um herauszuarbeiten, worauf sich der Bruch der Fiktionen bezieht. Diese Bezüge werden im nächsten Kapitel präzisiert.

III. Bezugswirklichkeit einer Fiktion im Recht

Fiktionen weichen also von einer Regel ihrer Bezugswelt ab. Diese Bezugswelt ist bei Fiktionen im Recht offensichtlich zunächst das Recht. In Betracht kommen folgende Abweichungen:



1. Realität (contra realitatem)

Eine Fiktion im Recht könnte sich durch einen Widerspruch zur Realität kennzeichnen.⁷¹⁵ So vertreten zum Beispiel von Jeremy Bentham, welcher die Kontrafaktizität als Teil der Fiktion selbst sieht:

714 Das Recht wäre dabei eine Teilmenge der sozialen Realität. Um Fiktionen im Recht am besten verstehen zu können, ist also eine Fiktion im Vaihinger'schen Sinne notwendig.

715 Dies wird teilweise dahingehend differenziert, dass das Element bewiesen kontrafaktisch oder auch nur weder bewiesen noch widerlegt sein kann. So *Del Mar*, Legal Fictions and Legal Change in the Common Law Tradition, in: Twinning/Del Mar (Hrsg.), Legal Fictions in Theory and Practice, 226.

„Every fictious entity bears some relation to some real entity, and can no otherwise be understood than in so far as that relation is perceived – a conception of that relation is obtained.“⁷¹⁶

Gleiches trifft auch auf Simon Stern zu, der für Fiktionen stets die Abweichung von einer realen Gegebenheit fordert. Eine andere Ansicht aus den Literaturwissenschaften warnt indes davor, die hier sog. soziale Realität als einzige Bezugswirklichkeit zur Fiktion zu sehen:

„Bezöge man indes Fiktion nur auf Realität als auf ihr Gegenteil, so wäre dadurch ein Verhältnis hergestellt, das in dieser Ausschließlichkeit das Problem der Fiktionalität verkürzen oder gar verstellen würde.“⁷¹⁷

Rechtliche fiktive Regeln könnten also der Realität widersprechen. Wenn man Recht jedoch als Teil der Realität begriffe, wäre ein ontologischer bzw. erkenntnistheoretischer Widerspruch gar nicht möglich, da es sich um die gleiche Sphäre handeln würde. Um dies beantworten zu können muss zunächst geklärt werden, was unter Realität in diesem Kontext zu verstehen ist.

a. Realität und Fiktion als sich ausschließende Kategorien

Wenn man Realität und Fiktion als sich ausschließende Kategorien versteht, ist die Weite bzw. Enge des Realitätsverständnisses entscheidend dafür, was fiktional ist und was nicht.⁷¹⁸ Je enger der Realitätsbegriff ist, desto mehr ist fiktiv. Wählt man den Begriff zu eng und ist dann quasi alles fiktiv, verliert der Begriff jegliche Funktion. Wählt man den Begriff zu weit, ist nichts mehr fiktiv und man steht vor dem spiegelbildlichen Problem. Durch verschieden weite Realitätsverständnisse können also unter-

716 Ogden, Bentham's Theory of Fictions, 12; es sei angemerkt, dass Bentham sich hierbei auf *fictious entities* bezieht, welche (s.o.) von den *legal fictions* abzugrenzen sind.

717 Henrich/Iser, Entfaltung der Problemlage, 9.

718 Hier muss vorausgesetzt werden, dass es sich tatsächlich um disjunktive Begriffe handelt, was etwa ein Dialektiker grundsätzlich ablehnen würden. Grund für die Annahme ist die in der Wissenschaft über Jahrhunderte gewachsene Vorstellung dieses Verhältnisses als disjunktiv in Kombination mit dem hier vollzogenen induktiven Ansatz, welcher es ablehnt, seit Jahrhunderten gewachsene Vorstellungen zu verwerfen, um eine wissenschaftlich anschlussfähige Theorie vorlegen zu können.

schiedliche Phänomene als fiktiv beschrieben werden. Das wohl engste Realitätsverständnis im Diskurs hat Hans Vaihinger. Für ihn beschränkt es sich einzig auf sinnliche Wahrnehmungen.⁷¹⁹

„From this they [Vaihinger und seine Anhänger, Anm. KA] deduce that everything not forming part of the physical world is unreal, and they make the further, illogical, deduction that everything unreal is to be considered as a fiction.“⁷²⁰

Für Vaihinger ist daher jeder abstrakte Begriff bereits fiktiv. Fasst man den Realitätsbegriff jedoch so eng, wird, wie oben ausgeführt, der Begriff zahnlos. Geht man sogar von einer totalen erkenntnistheoretischen Subjektsabhängigkeit jeglicher „Außenwelt“ aus, was einen sog. ontologischen Anti-Realismus (auch Fiktionalismus oder „pan-fictionalism“⁷²¹ genannt) impliziert, so wird sogar Vaihingers enger Wirklichkeitsbegriff noch einmal auf Null eingeeengt. Alles ist Fiktion. Der Begriff erfasst alles und wird aber dadurch zugleich bedeutungslos. Man könnte hier mit Gottfried Gabriel auch noch deutlicher von „categorical nonsense“⁷²² sprechen.

b. Fiktion als Teil der Realität

Man könnte jedoch auch davon ausgehen, dass Fiktionen ebenso real sind wie Normen es sind. Dies liegt insbesondere bei dem hier vertretenen Standpunkt des fiktiven Realismus nahe, bei welchem alle fiktiven Entitäten existieren. Von einer Fiktion als Existierendem, aber nicht Realem zu sprechen, erscheint schwierig. Auch wenn man von einem Fiktionalismus ausginge: Hier würde man von einer Entität sagen müssen, dass es nicht existiert, nicht real ist, aber Träger von Eigenschaften sein kann. Dies erschiene kategorial absurd. Naheliegender ist daher die ontologische Annahme der Realität von Fiktionen und damit auch von Fiktionen im Recht. Wie bereits beim ontologischen Status fiktiver Objekte ausgeführt,

719 Vaihinger, *Die Philosophie des Als Ob*¹, 91 ff.

720 Olivier, *Legal Fictions in Practice and Legal Science*, 62.

721 Gabriel, *Fact, Fiction and Fictionalism: Erich Auerbach's Mimesis in Perspective*, in: Scholz (Hrsg.), *Mimesis: Studien zur literarischen Repräsentation/Studies on Literary Interpretation*, 35.

722 Gabriel, *Fact, Fiction and Fictionalism: Erich Auerbach's Mimesis in Perspective*, in: Scholz (Hrsg.), *Mimesis: Studien zur literarischen Repräsentation/Studies on Literary Interpretation*, 41.

soll hier jedoch eine modellhafte d.h. nicht ontologische Trennung zwischen Recht und sozialer Realität vollzogen werden.

Dafür spricht zunächst eine von Hans Kelsen getroffene Unterscheidung: Er unterscheidet in seinem Spätwerk ontologisch zwischen „real“, „ideal“ und „ideell“. Real sei dabei alles, was mit „äußeren Sinnen verifiziert werden kann“.⁷²³ Ideell soll eine Art der Existenz sein, die „von anderer Art“ ist „als die Existenz eines Gegenstandes, den in greifen kann. [...] Das Sein eines Sollens entspreche nicht dem Sein einer Tatsache. Es sei eine andere Art des Seins“.⁷²⁴ Damit wäre für Fiktionen ein Bruch mit der Realität möglich; es gäbe zwei ontologische Ebenen. Diese Position ist entweder als Meinonganismus oder als Realismus in Kombination mit der metaontologischen Annahme, dass Existierendes mehrere Formen annehmen kann, deutbar. Eine modellhafte Trennung von sozialer und rechtlicher Realität wäre im Rahmen dieser Theorie möglich.

Josef Esser stellt die These auf, dass es sich beim Recht um keine eigene „Rechtsrealität“⁷²⁵ handle, denn „eine solche Anschauung muß mit Notwendigkeit zu Fehlurteilen und Fiktionen führen“.⁷²⁶ Das Recht müsse stets an die „soziale Wirklichkeit“ anknüpfen.⁷²⁷ Die Fiktionen verhindern dies, weshalb Esser ihnen jede „Daseinsberechtigung“ abspricht.⁷²⁸ Worin die Fehlurteile liegen, führt Esser allerdings nicht weiter aus. Dass das Recht an die soziale Wirklichkeit anknüpfen solle, wird durch eine modellhafte Trennung von sozialer und rechtlicher Realität nicht verhindert. Daher erscheinen Essers Bedenken nicht gerechtfertigt.

Die modellhafte Trennung ohne ontologische Implikation scheint daher möglich und aufgrund ihres Vorteils, der präziseren Bestimmung, worin die Abweichung einer Fiktion vom Recht liegt, vorzugswürdig. Doch was ist unter sozialer Realität zu verstehen?

Soziale Realität könnte man mit dem Literaturwissenschaftler Frank Zipfel als Alltagswirklichkeit verstehen. Alltagswirklichkeit bestimmt er mit Bezug auf Nelson Goodman als „das, was den Mitgliedern einer Gesellschaft als wirklich oder real gilt. Das Wissen darum, was als wirklich gilt, setzt sich aus deinem Wissen über verschiedene Teile unterschiedli-

723 Schmölz, Diskussion, in: Schmölz (Hrsg.), Das Naturrecht in der politischen Theorie, 124.

724 Ibid.

725 Esser, Rechtsfiktionen, 129.

726 Ibid., 133.

727 Ibid., 132.

728 Ibid., 204.

cher Welt-Versionen zusammen“.⁷²⁹ Dabei sei „[u]nsere Alltagswirklichkeit [...] eine Welt-Version, die sich [...] aus verschiedenen vorhandenen Versionen zusammensetzt.“⁷³⁰ Diese Versionen seien beispielsweise die politische, biologische, physikalische etc. Teil der Alltagswirklichkeit sei dabei auch Expertenwissen, welches wir wie in einer Enzyklopädie abrufen können.⁷³¹ Diese Alltagswirklichkeit sieht Zipfel als einzigen Bezugspunkt der Literaturwissenschaft. Die Position sei dabei von der Erkenntnistheorie gänzlich verschieden.⁷³² Dass jeder wissenschaftlichen Bestimmung einer Wirklichkeit eine erkenntnistheoretische und ontologische Position inneohnt, wird von Zipfel übergangen. Diese Ansicht würde jedoch das Recht auch als Alltagswirklichkeit verstehen, wenn auch als eigene „Weltversion“. Daher ist diese Position nur bedingt hilfreich zur Erklärung von sozialer Realität.

Auch Größen der Literaturwissenschaft wie Käthe Hamburger⁷³³ und Umberto Eco⁷³⁴ scheuen sich, ihren Realitätsbegriff zu präzisieren. Erstere sieht das Begriffspaar „Dichtung und Wirklichkeit“⁷³⁵ als Grundlage der „logischen Gesetze des dichtenden Sprachvorgangs“ und definiert Wirklichkeit als die „Wirklichkeit des menschlichen Lebens (der Natur, der Geschichte, des Geistes) [...] die Seinsweise des Lebens im Unterschied zu der, die die Dichtung erschafft und repräsentiert.“⁷³⁶ Hierbei verfolgt Hamburger jedoch nicht den Anspruch, den Begriff der Wirklichkeit als „Gegenstand und Problem der Erkenntnistheorie“⁷³⁷ zu behandeln. Der Realitätsbegriff Hamburgers erscheint jedoch hilfreich um ihn als soziale Realität von der rechtlichen Realität abzugrenzen. Ähnlicher Ansicht ist auch Olivier, welcher den scholastischen Fiktionsbegriff verteidigt:

„*Contra veritatem* in the fiction concept does not mean contrary to reality in abstract or philosophical sense, but contrary to reality in a limited sense; i.e., the facts which we know to exist in this specific instance.“⁷³⁸

729 Zipfel, Fiktion, Fiktivität, Fiktionalität, 75.

730 Ibid., 74.

731 Ibid., 76.

732 Ibid., 75.

733 Hamburger, Die Logik der Dichtung.

734 Eco, Im Wald der Fiktionen.

735 Hamburger, Die Logik der Dichtung, 14.

736 Ibid., 15.

737 Ibid.

738 Olivier, Legal Fictions in Practice and Legal Science, 63.

Als soziale Realität soll daher alles gelten, was mit im Sinne Kelsens „äußeren Sinnen verifiziert werden kann“ und die „Wirklichkeit des menschlichen Lebens (der Natur, der Geschichte, des Geistes) [...] die Seinsweise des Lebens im Unterschied zu der, die die Dichtung“ bzw. das Recht erschafft und repräsentiert.

Es ist zusammenzufassen: Aus ontologischer Sicht ist das Recht mit seinen Fiktionen (sowie auch fiktive literaturwissenschaftliche Welten) Teil der Realität. Es wird hier aber auf Gründen der höheren Präzision modellhaft, d.h. ohne ontologische Implikation, die soziale von der rechtlichen Realität getrennt.

c. Trennung von sozialer und rechtlicher Realität

Wie im vorhergehenden Abschnitt bereits erläutert, soll modellhaft zwischen sozialer Realität und rechtlicher Realität unterschieden werden. Wenn man dem Recht also zugesteht, ein eigenständiger normativer Teilbereich der Realität zu sein, der immer wieder auf die soziale Realität Bezug nimmt, so ist ein Widerspruch zwischen diesen Teilbereichen möglich. Wie im vorhergehenden Teil bereits erläutert entspricht dieses Modell der Weltentheorie David Lewis. Die soziale Realität entspricht hierbei der Alltagswirklichkeit, d.h. der sinnlich erfahrbaren Welt. Die anderen Teilbereiche der Realität, die Welten der Physik, Biologie, des Rechts usw. sind in diese Modell davon ausgeschlossen. Damit weicht das Modell von den gängigen literaturwissenschaftlichen Definitionen ab und kommt scheinbar zur Definition Vaihingers zurück. Diese Trennung der Welten entspricht nicht der Vorstellung Vaihingers, weil Fiktionen als Teil der Realität und nicht als deren Gegenbegriff aufgefasst werden. Diese Modelllösung hat den Vorteil der Definition Vaihingers in Verbindung mit den Einsichten Kelsens und Essers, dass das Recht real ist.

Die soziale Realität ist für die Welt des Rechts dabei nur relevant, weil das Recht auf dieser aufbaut und auf diese wirken will. Daher ist die Abweichung der Fiktionen im Recht von der sozialen Realität nicht das eigentliche Kriterium: Sondern vielmehr die Abweichung von den Regeln des Rechts; der Bruch mit den eigenen, systemimmanenten Regeln.

Indes ist nicht außer Acht zu lassen, dass der Grundgedanke des Bruchs mit den Regeln des Rechts alleine zu kurz greift: Dies würde dazu führen, dass Definitionen und jede Rechtsfortbildung zu Fiktionen würden. Das entspräche aber nicht der lang gewachsenen Geschichte des Fiktionsbegriffs und vernachlässigte seine Eigenheit: das Artifizielle. Artifizialität

kann sich dabei aus einer besonders krassen Abweichung von Regeln des Rechts oder von Vorstellungen der sozialen Realität ergeben.⁷³⁹

2. Recht (contra legem)

Fiktionen im Recht können auch vom Recht selbst abweichen, ganz im Sinne (analog) der echten bzw. eigentlichen *Vaihinger'schen* Fiktionen. Dies sah bereits Kelsen als die einzig konsequente Möglichkeit für Rechtsfiktionen. Dieser Selbstwiderspruch, wie er bei *Vaihingers* mathematischem Beispiel von „ $x = 2x$ “ offensichtlich ist, ist für das Recht nicht ganz so einfach zu bestimmen. Es könnte einen Konflikt von höherrangigem und niederrangigerem Recht geben oder von älterem und neuerem. Des Weiteren könnten Teile des Rechts mit auf ihm aufbauenden Hilfsvorstellungen konfligieren.

a. Konflikt von höherrangigerem und niedrigrangigerem Recht

Bei dem Ungeborenen, das als Geborenes gilt oder dem nicht zugestellten Brief, der als zugestellt gilt, wird hauptsächlich auf die Rechtsfolge verwiesen. Der Widerspruch, der hier eingegangen wird, ist der zu einer durch den Gesetzgeber als höher erkannten Regel: Die Regel, dass grundsätzlich nur Geborene Rechte haben können, wird durchbrochen. Die Regel, dass grundsätzlich nur die tatsächlich zu Kenntnis genommene Willenserklärung Rechtsfolgen auslösen kann, wird durchbrochen. Der Widerspruch liegt bei Fiktionen durch den Gesetzgeber *zu einer höheren Rechtsschicht*, welche entweder innerhalb eines Gesetzes oder innerhalb der Stufen der Rechtsordnung liegen können.⁷⁴⁰ Höherrangigkeit ist also nicht auf das Verhältnis von Stufen der Rechtsordnungen beschränkt. Die *lex superior* kann sich durch Auslegung im Gesetz als solche zeigen gegenüber anderen Regeln (*lege inferiori*) innerhalb eines Gesetzes. Beispielsweise hat im Zivilrecht der Minderjährigenschutz teilweise Vorrang vor der Einhaltung der

739 Darauf wird später präziser eingegangen, 239 f.

740 Zu welchem Zweck dies geschieht und ob dieser Zweck die Abweichung rechtfertigt, wird noch diskutiert.

Regelungen über die Verträge. Die *lex superior* und die *lex inferior* liegen innerhalb desselben Gesetzes.⁷⁴¹

b. Konflikt von älterem und neuerem Recht

Bei den Fiktionen durch den Richter im *Common Law*, der Menorca zum Stadtteil Londons machen kann, gibt es ebenfalls einen Widerspruch, hier jedoch zu einer älteren Rechtslage. Die *lex posterior* des Richters verdrängt die *lex priori* der bis dahin gegenwärtigen Rechtslage. Von Fiktionen spricht man hierbei jedoch meistens nur dann, wenn der Widerspruch zu einer Veränderung des Sachverhalts führt, d.h. auf sprachlicher Ebene mehr als eine reine Neudefinition stattfindet (wobei wieder auf die oben erwähnte Artifizialität hingewiesen sei). Bei der *attractive nuisance*-Doktrin wird beispielsweise eine Einladung eines Grundstückseigentümers auf sein Grundstück dem festgestellten Sachverhalt hinzugedacht, wenn ein Kind dieses unerlaubt betritt.

c. Konflikt von Recht und rechtlichen Hilfsvorstellung

Als letzte Möglichkeit könnte man einen Widerspruch darin sehen, dass der Gesetzgeber bzw. der Richter Normen verbildlicht und dadurch vom Recht abweicht. Diese Art des Widerspruchs erinnert mehr an literarische als an mathematische Fiktionen. Problematisch erscheint, dass in einer Versinnbildlichung eine Widersprüchlichkeit gesehen wird.

- Kelsen sieht hier das Rechtssubjekt als vorzüglichstes Beispiel. Eigentlich bestünde es nur aus Normen; das Rechtssubjekt sei nicht mehr als eine Veranschaulichung derselben. In dieser Veranschaulichung und Vereinfachung läge aber auch eine (vermeintliche) Verfälschung.⁷⁴²
- Eine andere Variante von höherem Abstraktionsgrad, bei der mehr Vorstellungskraft nötig ist, sind die vorgestellten dritten Personen im Recht.

Bei erfundenen Figuren wie z.B. dem „reasonable man“ gibt es keinen Bruch mit der Wirklichkeit, da es keinen empirischen Anknüpfungspunkt

741 Es sei darauf hingewiesen, dass dies nicht das einzige Kriterium für eine Fiktion ist.

742 Vergleiche hierzu *Kirste*, Die Hermeneutik der Personifikation im Recht, ARSP 2015, 476 f.

gibt. Trotzdem werden diese Figuren, die sich teilweise im Gesetz, wie z.B. „der Verbraucher“ und in Urteilen „der besonnene und gewissenhafte Dritte“ finden,⁷⁴³ als fiktiv angesehen. Die Fiktivität kommt hierbei aus der Abweichung durch die Personifikation von der ihr zugrundeliegenden Normen. Die Abweichung läge laut Kelsen darin, dass die Hilfsvorstellung die einzelnen Normen nicht komplett repräsentieren kann. Die zugrundeliegenden Wertungen werden nur teilweise wiedergespiegelt und sind in dieser Hinsicht „verfälscht“, wie Kelsen es ausdrückt. Dies wird später genauer erörtert werden; hier sei auf die die Bedeutung der Personifikation als Akt des Fingierens verwiesen.

Anders verhält es sich bei Hilfsvorstellungen wie „dem Staat“ oder „dem Rechtssubjekt“, wenn man diese lediglich als Zurechnungspunkte für sämtliche Rechte und Pflichten sieht. Auch wenn man mit Kelsen in diesen lediglich Sammelbecken sehen sollte, fehlt diesen Fiktionen das Entscheidende: das Artifizielle, das Ersonnene. Es ist natürlich eine Gradwanderung, gerade bei neu geschaffenen Instituten wie beispielsweise der juristischen Person. Hierauf soll aber später noch eingegangen werden, inwiefern dies fiktiv sein kann oder auch nicht. Beruht die Vorstellung im Recht jedoch nur auf Abstraktion, so ist ihre Fiktionalität abzulehnen.⁷⁴⁴

3. Ergebnis

Bezugswirklichkeiten einer Fiktion im Recht können also die soziale Realität und die rechtliche Realität sein.

IV. Andere Bestimmungsmöglichkeiten der Fiktion

Es wurde gezeigt, dass sich Fiktionen im Recht durch das Merkmal des Bruchs mit dem jeweiligen Bezugsrahmen, also der sozialen oder rechtlichen Realität, kennzeichnen lassen. Fraglich ist, ob dieser Zugang vorzugswürdig ist. Für manche literaturwissenschaftlichen Theorien der Fiktion gehört die Abgrenzung zur Wirklichkeit „[a]us einem gewissen Unbehagen daran, literarische Texte betreffende Phänomene mittels der Bezugnahme auf Außersprachliches, wie z.B. die Wirklichkeit, zu beschrei-

743 Dazu später, 259 ff.

744 Ebenso: *Jellinek*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 289 f. mit einer anderen Sichtweise als Kelsen auf den Staat.

ben⁷⁴⁵ explizit nicht zur Definition einer Fiktion. Diese Ansätze bedienen sich gewisser „Sprach-, Diskurs- oder Textstrukturen“.⁷⁴⁶

Hier deutet sich ein grundlegendes Problem der Sprachtheorie an: Kann Sprache, hier in der speziellen Ausprägung von Normtexten zu lesen, überhaupt auf Nicht-Sprachliches Bezug nehmen, d.h. referieren?⁷⁴⁷ Dies wird von Poststrukturalisten bestritten. Sprache als abgeschlossenes linguistisches Zeichensystem könne nur sinnvolle Aussagen über Sprachliches treffen, nicht aber über Nicht-Sprachliches.⁷⁴⁸ Dieser Ansatz mag auf den ersten Blick plausibel erscheinen, erweist sich jedoch schnell als haltlos: Sprache wurde hauptsächlich geschaffen und lebt davon, dass sie Bezug auf Nicht-Sprachliches nimmt.⁷⁴⁹ Daher ist die Kritik Gregory Curries zutreffend:

„[...] a general scepticism about semantics according to which no text ever succeeds in making extralinguistic reference [...] strikes me as one of the great absurdities of the contemporary cultural scene.“⁷⁵⁰

Wenn man also annimmt, dass Texte auf Externes referieren können, stellt sich die Frage, welche „Qualität“, genauer: welcher ontologische Status, erforderlich ist. Muss das Referenzobjekt existieren? Ist es nicht sinnvoll zu sagen, „Sherlock Holmes wohnt in 221B Baker Street“, „Anna Karenina ist eine Frau“ oder „Willensfreiheit ist Bedingung für schuldhaftes Handeln“? Es läuft wieder auf das bereits behandelte Problem hinaus.⁷⁵¹ Den ontologischen Status fiktionaler Objekte.

In der Sprachphilosophie umgeht man dieses Problem teilweise, indem man Fiktion nicht als Problem der Ontologie begreift sondern als sprachli-

745 Zipfel, Fiktion, Fiktivität, Fiktionalität, 15.

746 Ibid.

747 Es schließt sich die Frage an, wie Normatives auf Nicht-Normatives Bezug nehmen kann.

748 Zipfel, Fiktion, Fiktivität, Fiktionalität, 51 f.

749 Darüber hinaus verschieben diese Ansätze die ontologischen Probleme der Referenzobjekte in das Zeichensystem hinein; ein Überblick der bestehenden massiven Kritik gibt: Zipfel, Fiktion, Fiktivität, Fiktionalität, 54 f.

750 Currie, The Nature of Fiction, 4.

751 Zipfel, Fiktion, Fiktivität, Fiktionalität, 16.

ches Problem.⁷⁵² Solch einen sprachlichen, subjektiven⁷⁵³ Ansatz findet man beispielsweise bei Searle: Die Fiktionalität drücke sich darin aus, dass man nur vorgäbe, den Sprechakt (illokutionären Akt) des Behauptens einer Aussage zu vollziehen.⁷⁵⁴

„What makes (a text) a work of fiction is, so to speak, the illocutionary stance that the author takes toward it, and that stance is a matter of the [...] intentions that the author has when he writes.“

Ein anderer Ansatz ist Gabriels Beschreibung der fiktionalen Rede als Rede ohne Anspruch auf Referenzialisierbarkeit. Er plädiert also für die Unabhängigkeit der ontologischen Debatte im Diskurs um literarische Fiktionen.⁷⁵⁵ Er hält fiktionale Rede dadurch gekennzeichnet, dass sie eine „nicht behauptende Rede“ sei, „die keinen Anspruch auf Referenzialisierbarkeit oder auf Erfüllung“⁷⁵⁶ erhebe. Es gehe also weniger um die Ontologie als um den Anspruch auf Wahrheit.

Diese Ansätze sind jedoch auf das Recht nur schlecht anwendbar, da dies seine Legitimation aus der Nähe zur Realität, die es regeln will, zieht, und zudem mit vielen genuin juristischen Begriffen operiert. Gäbe man nur vor zu behaupten, dass es die Willensfreiheit gebe (Searle) bzw. negiert man den Anspruch, etwas über die Realität auszusagen (Gabriel), so wird dies spätestens bei der Willensfreiheit und deren sehr realen Folge der Freiheitsstrafe sehr kritisch. Daher werden die rein sprachlichen Ansätze abgelehnt.⁷⁵⁷

752 *Gabriel*, Fiktion, in: Weimar (Hrsg.), Reallexikon der deutschen Literaturwissenschaft. Neubearbeitung des Reallexikons der deutschen Literaturgeschichte, 596.

753 Beispiel für einen sprachlich-objektiven Ansatz, d.h. dass ein Text dann fiktional ist, wenn er bestimmte Fiktionsmerkmale enthält, ist *Hamburger*, Die Logik der Dichtung.

754 *Searle*, Der logische Status fiktionaler Rede, in: Reicher (Hrsg.), Fiktion, Wahrheit, Wirklichkeit. Philosophische Grundlagen der Literaturtheorie².

755 *Wagner*, Fiktion/Fiktionalismus, in: Sandkühler (Hrsg.), Enzyklopädie Philosophie, 711.

756 *Gabriel*, Fiktion und Wahrheit, 28.

757 Dies soll nicht implizieren, dass sie untauchlich wären. Jedoch sind viele Probleme, wie zum Beispiel das der Referenzialisierbarkeit, bereits im ontologischen Diskurs eingearbeitet, wodurch dieser wesentlich umfassender ist als rein sprachliche Ansätze.

V. Ergebnis

Das oft formulierte Merkmal des Bruchs mit oder des Widerspruchs zur Realität ist also unzutreffend: Fiktionen sind im ontologischen Sinn immer Teil der Realität. Die Widersprüchlichkeit gibt es, aber sie ist nur bedingt ontologischer Natur. Sie besteht zwischen den Welten von rechtlicher Realität und sog. sozialer Realität *oder* innerhalb der rechtlichen Realität. Dieser Widerspruch ist nur bedingt ontologischer Natur, weil die Welt des Rechts Teil der sozialen Realität ist. Recht wird hier in ontologischer Perspektive als eigenständiger normativer Teilbereich der sozialen Realität verstanden. Es geht im Grunde bei einer Fiktion also weniger darum, dass es einen Bruch mit der Realität gibt, sondern dass das in der Fiktion postulierte nicht systemkonform ist.

B. Wahrheit

Eine weitere Opposition, die sehr sicher zu sein scheint, ist die von Fiktion und Wahrheit. Gerade in der anglo-amerikanischen Debatte ist dies ein Gemeinplatz: Von Bentham über Fuller bis Schauer ist man sich darin einig, dass Fiktionen im Recht falsch seien. Diese Debatte ist – wenn man einen Wahrheitsbegriff wählt, der auf außersprachliche Fakten abstellt – eng mit der Debatte über die Opposition von Fiktion und Realität verknüpft. Doch ist Wahrheit überhaupt ein Maßstab, an dem Fiktionen im Recht gemessen werden können? Dazu müsste man Normen – in welcher Form auch immer – überhaupt als „wahr“ bezeichnen können. Und ebenso Aussagen über Fiktionen.

Jeder Autor, der behauptet, dass die Rechtsfiktion eine Lüge oder jedenfalls doch falsch sei, muss von einer Anwendbarkeit des Maßstabs der Wahrheit auf das Recht und auch auf Fiktionen ausgehen. Zudem müsste der Autor auch angeben, inwiefern Rechtsfiktionen falsch sind, d.h., welchen Begriff von Wahrheit er verwendet. Ähnlich wie bei der Opposition von Fiktion und Realität decken die Autoren dies meist nicht selbst auf.

Es gilt in diesem Kapitel also zwei Debatten streng zu trennen: Die über die Wahrheitsfähigkeit von Normen und die über die Wahrheitsfähigkeit von Fiktionen. Während der erste Diskurs sich – der Philosophie entsprungen – etabliert hat in der Rechtsphilosophie, ist der zweite bisher kein Allgemeinplatz.

Die These des Kapitels ist es, dass die Kategorie der Wahrheit sowohl (bloß) sinngemäß auf Aussagen über das Recht als auch (bloß) sinngemäß

auf Aussagen über Fiktionen angewendet werden kann. Das führt dazu, dass die Kategorie der Wahrheit nur im (doppelt) äquivalenten Sinn angewendet werden kann. Als Wahrheitsbegriff erweist sich eine modifizierte Korrespondenztheorie im Sinne Ota Weinbergers als am praktikabelsten um das Phänomen der Fiktionen im Recht zu beschreiben.

Doch bevor die Debatten getrennt werden, seien die möglichen Endergebnisse vorweggenommen. Möglich sind in der Debatte um das Verhältnis von Wahrheit und Fiktion im Recht folgende Standpunkte:

1. Keine Fiktion im Recht kann wahr sein.
2. Manche Fiktionen im Recht können wahr sein.
3. Jede Fiktion im Recht kann wahr sein.
4. Fiktionen im Recht sind der Kategorie der Wahrheit nicht zugänglich.

Damit Wahrheit ein taugliches Kriterium für Fiktionen im Recht sein kann, müssen sie der Kategorie der Wahrheit überhaupt zugänglich sein. Das bedeutet, dass die vierte Option nicht vorliegen darf. Sind nur manche Fiktionen im Recht wahr und manche falsch, ist Wahrheit als Merkmal ebenso unbrauchbar. Das heißt, dass die zweite Option nicht vorliegen darf. Es müssen also alle Fiktionen im Recht wahr oder falsch sein, damit Wahrheit ein taugliches Merkmal für Fiktionen im Recht sein kann.

I. Wahrheitsbegriff

Zunächst ist festzustellen, was das Kriterium für die Wahrheit einer Fiktion bzw. einer rechtlichen Norm sein wird. Es ist nicht Ziel dieses Kapitels, einen vollständigen Überblick über alle Wahrheitskriterien zu geben oder gar eine Geschichte des Begriffs darzustellen. Gerade letzteres hat nicht ohne Grund bereits Kants Spott auf sich gezogen; insbesondere in Bezug auf die Literaturwissenschaften wird beispielsweise mit Schiller häufig die Frage nach einer „tiefliegenden“⁷⁵⁸, „dichterischen Wahrheit“⁷⁵⁹ gestellt. Über die „Wahrheit und Wahrscheinlichkeit des Kunstwerks“ sinnierte auch Goethe und fragte nach einer jedem fiktiven Werk eine innewohnenden Kunstwahrheit. Doch weder davon, noch von scheinbar angewandteren Fragestellungen wie der Wahrheit von Verfassungen, den Menschenrech-

758 Schiller an Goethe, 4.4.1797. Zitiert nach *Hamburger*, Wahrheit und ästhetische Wahrheit, 91.

759 *Hamburger*, Wahrheit und ästhetische Wahrheit, 91.

ten etc. soll hier die Rede sein. Diese Aspekte sollen unbeachtet bleiben. Weiterhin werden keine Aussagen, welche beispielsweise im Kontext eines Verfahrens (etwa von Gutachtern) getroffen werden, beachtet. Es geht allein um die im 2. Teil dieser Arbeit angeführten Beispiele. Von den meisten Autoren, die mit dem Wahrheitskriterium operieren, wird die Korrespondenztheorie gewählt.⁷⁶⁰ Diese wird häufig mit einer Mehrweltheorie kombiniert, um damit der Kontextabhängigkeit von Wahrheit gerecht zu werden.

Inhalt der Korrespondenztheorie ist es, dass eine Aussage dann wahr ist, wenn die Aussage mit dem Sachverhalt übereinstimmt.⁷⁶¹ Bei Fiktionen im Recht ist die Aussage immer Bestandteil des Rechts. Auf welchen Sachverhalt sie sich bezieht, ist davon abhängig, auf die in der Aussage verwendeten Begriffe referieren.⁷⁶² Dazu jedoch gleich mehr bei Anwendbarkeit des Wahrheitskriteriums auf das Recht. Diese von anderen Positionen oft als zu unpräzise kritisierte Theorie ist, im Anschluss an Neumann, für den Alltagsgebrauch und auch die Rechtsanwendung „überzeugend und vollkommen ausreichend.“⁷⁶³ Allgemein wird die zu große Naivität der Theorie an eigentlich klaren Beispielen wie „ $2+2 = 4$ “ dargestellt. Setzt man voraus, dass die Bestandteile der mathematischen Aussage sinnlich erfahrbar sein müssten, so könnte diese Aussage nicht wahr sein. Ein weiterer Kritikpunkt ist der Sachverhalts, der oft mit „objektiver Außenwelt“ gleichgesetzt wird. Diese führe zu einem erkenntnistheoretischen naiven Realismus, welcher schwer vertretbar ist. Jedoch kann man dies im Sinne der oben beschriebenen Einschränkung auf die sog. soziale Realität auch als die von allen Beteiligten als identisch vorgestellte Außenwelt verstehen.

Hier soll also ein Korrespondenzkriterium der Wahrheit im Sinne einer Kongruenz, verbunden mit dem im zuvorigen Kapitel entworfenen, nicht ontologisch zu interpretierenden Mehrweltenmodell, vertreten werden. Ob eine Aussage wahr ist hängt also davon ab, auf welche Welt sie sich bezieht und ob sie mit den dort vorhandenen Fakten kongruent ist. Dabei ist zu beachten, dass sich bei Fiktionen im Recht die Aussage natürlich primär auf die Rechtswelt bezieht; Begriffe in ihr können jedoch auf Außerrechtliches referieren.

760 Für einen detaillierteren Überblick siehe Neumann, Wahrheit im Recht, 14–40.

761 Ibid., 14.

762 So die Ansicht von z.B. Stern, Legal and Literary Fictions, 316. Näheres dazu in den folgenden Abschnitten.

763 Neumann, Wahrheit im Recht, 14.

II. Wahrheitsfähigkeit von Fiktionen im Recht

Im Folgenden sollen die Argumente im Rahmen des Diskurses über die Zugänglichkeit von normativen fiktiven Sätzen zur Kategorie der Wahrheit dargestellt werden. Wie oben festgestellt müssten normative und fiktive Sätze jeweils wahrheitsfähig sowie immer wahr oder immer falsch sein. Im Folgenden wird zunächst geprüft, wie es sich bei den Fiktionen verhält und danach, wie es sich bei Normen verhält.

1. Wahrheitsfähigkeit von Fiktionen

Das klassische Beispiel dafür, dass Fiktionen nicht wahr sind, ist folgender Satz:

Sherlock Holmes wohnt in 221B Baker Street.

Diesen Satz würde ein Fan von Sir Arthur Conan Doyle wahr nennen. Tatsächlich steht in 221B Baker Street, London, heutzutage jedoch ein Museum. Ohne Hilfe einer Paraphrase, bei der deutlich gemacht wird, dass Maßstab für die Aussage nicht unsere soziale Realität ist, kann keine Aussage über eine Fiktion wahr sein.⁷⁶⁴ Dahingehend ist auch Fuller zu verstehen:

“A statement must be false before it can be a fiction. Its falsity depends upon whether the words used are inaccurate as an expression of reality.”

Fraglich ist, ob dies dazu führt, dass die Aussage falsch ist (David Lewis) oder ob sie schlicht nicht als wahr oder falsch beurteilt werden kann (z.B. Andrei Marmor).

Man könnte für die letzte Ansicht argumentieren, dass die Referenz des Eigennamens „Sherlock Holmes“ sich bereits auf etwas nicht Existierendes beziege, was dann auch keine Eigenschaften wie „in 221B Baker Street wohnend“ haben könnte.

⁷⁶⁴ Es mag vorkommen, dass es zufällig einmal wahr ist, dass eine Person namens „Sherlock Holmes“ tatsächlich in 221B Baker Street wohnt. Hier ist jedoch wie bei jedem Satz über die Intention des Autors zu klären, für welche Welt die Aussage als wahr behauptet wird. Es ist somit nicht störend, dass eine Aussage über eine Fiktion auch einmal in mehreren Welten gleichzeitig wahr sein könnte. Es schwächt jedoch die Position, dass Wahrheit das entscheidende Kriterium für Fiktionen im Recht sein sollte.

Dagegen spricht jedoch, was im Kapitel davor bereits dargestellt wurde: Gemäß dem fiktiven Realismus wäre die Annahme, dass Sherlock Holmes nicht existierte, bereits falsch. Nach dem fiktiven Antirealismus wäre falsch, dass nicht Existierendes keine Eigenschaften haben könne. Daher schlägt dieses Argument nicht durch.

Ein anderer Einwand könnte man in Gabriels Bestimmung der Fiktion als „diejenige nichtbehauptete Rede, die keinen Anspruch auf Referenzialisierbarkeit oder auf Erfülltheit erhebt.“⁷⁶⁵ So definiert auch Jürgen Mittelstraß:

„Fiktion, zunächst eine Aussage, von der nicht gesagt werden kann, daß sie wahr oder falsch ist. Dies ist der Fall, wenn in der Aussage ein Nominator (Eigenname, Kennzeichnung) ohne Referenz (Bedeutung) vorkommt (Pseudokennzeichnung).“⁷⁶⁶

Dagegen spricht jedoch, dass man den Satz „Sherlock Holmes wohnt nicht in London“ dann nicht als falsch bezeichnen könnte, weil er gemäß der Theorie nicht referieren würde. Im Anschluss daran trennt Jürgen Mittelstraß die Verständnisse:

„In einem hiervon abweichenden, außerliterarischen Sinne spricht man häufig auch dann von einer F., wenn eine Aussage noch nicht hinreichend überprüft wurde, jedoch prinzipiell wahrheitsfähig ist.“⁷⁶⁷

Jedoch ist auch bei der Literatur das Bedürfnis da, diskutieren zu können, ob Sherlock Holmes in London wohnt. Die Ablehnung jeglicher Wahrheitsfähigkeit widerspricht – in der Literatur wie im Recht – jedoch einer grundlegenden Intuition. Wie soll man es sonst als falsch bezeichnen, dass Sherlock Holmes in Wien wohne? Daher ist es abzulehnen, dass Fiktionen per se nicht wahrheitsfähig sein könnten.

Fiktionen können also wahr bzw. falsch sein. Das setzt voraus, dass Fiktionen wahrheitsfähig sind. Fraglich ist jedoch, ob es denn falsch ist, dass Sherlock Holmes in 221B Baker Street wohnt. Eine Intuition spricht stark dagegen. Aussagen über Fiktionen könnten wahr sein, wenn auch nur bezogen auf ihre fiktive Welt. Aussagen über Fiktionen sind, wie bereits festgestellt, ohne Zuhilfenahme von Paraphrasen etc., stets falsch. Ohne diese Hilfsmittel müsste nämlich angenommen werden, dass die Aussage für die

765 *Gabriel*, Fiktion und Wahrheit: eine semantische Theorie der Literatur, 28.

766 *Mittelstraß*, Fiktion, in: Mittelstraß (Hrsg.), Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie, 500.

767 *Ibid.*

soziale Realität als wahr behauptet werden. Dies ist, was Fuller und im Anschluss auch Schauer in seiner Definition zugrunde legt, wenn er von der nicht als negativ zu bewertenden⁷⁶⁸ Falschheit der Fiktion spricht.

Es könnte also eine Abhängigkeit der Wahrheit einer Aussage von ihrer Bezugswirklichkeit geben. Kendall Walton stellt dies anschaulich im Beispiel da: „It is ‘true in the world of a game of cops and robbers’ that one child is a cop and another a robber.“⁷⁶⁹ Walton formuliert bezüglich der sinngemäßen Wahrheitsfähigkeit:

„Propositions that are ‘true in a fictional world’, or fictional, are propositions that, in a given social context, are to be imagined as true. What is to be imagined usually depends on features of the real world. If a doll is in a child's arms, participants in the game are to imagine that the child is holding a baby.“⁷⁷⁰

Fiktionalität wäre demnach als ein Gedankenspiel (*game of make-believe*) zu verstehen, bei dem das Fingierte behandelt wird, *als ob* es wahr wäre.⁷⁷¹

„It might appear that appreciators of representational art, by contrast, merely stand back and observe fictional worlds from the outside. Appreciators (usually) do not belong to the worlds of paintings and novels; nothing is ‘true’ of the reader ‘in the world of Crime and Punishment.’ I claim, however, that appreciators use paintings and novels as props in games of make-believe, much as children use dolls and toy trucks, and that appreciators participate in these games. In addition to the world of the work, there is a world of the appreciator's game. And the appreciator belongs to this world. What is most distinctive about my approach is its emphasis on appreciators' participation in games of make-believe.“⁷⁷²

Es geht um ein Spiel zwischen Leser und Text, welcher „die Erzählung für die Zeit der Lektüre in einer gewissen Hinsicht für wahr“⁷⁷³ hält. Fiktional-

768 Wahrheit ist bei dieser Ansicht nicht Ziel, sondern nur Mittel des Rechts. Eine falsche Annahme führt manchmal (sogar effizienter) zu einem Ziel des Rechts; die Verwendung falscher Aussagen ist dabei überhaupt nicht negativ, da es darauf nicht ankommt.

769 Walton, *Précis of Mimesis as Make-Believe: On the Foundations of the Representational Arts, Philosophy and Phenomenological Research* 1991, 379 f.

770 Ibid., 380.

771 Ibid.

772 Ibid., 379 f.

773 Zipfel, *Fiktion, Fiktivität, Fiktionalität*, 217.

lität hängt daher von der Rezeption des Lesers ab, welche vom Autoren intendiert wird. Dies mag bei fiktiver Literatur noch zutreffend sein, findet seine Grenzen jedoch bei Texten, welche nur fiktive Elemente enthalten.

Diese Idee der fiktionalen Welten wurde erstmals von Lewis auf die philosophische Aussagenlogik bezogen.⁷⁷⁴ Es geht bei ihm um den Wahrheitsgehalt einer Aussage über eine Fiktion: Ist die Aussage, dass Sherlock Holmes in 221B Baker Street wohnt, falsch? Lewis zeigt, dass man sich vor jede Aussage ein Präfix, eine Paraphrase denken muss, in der angegeben wird, für welche Welt der Satz als wahr behauptet wird.

It is true in the fiction f , ...

Wird die oben angegebene Aussage auf die Welt des Sherlock Holmes bezogen, so ist die Aussage wahr. Wird sie auf die Realität bezogen, ist sie falsch.⁷⁷⁵ Bei Fiktionen des Rechts gilt dies ebenso: Werden sie für das Recht als wahr behauptet, ist dem zuzustimmen in Bezug auf ihre Wertung. Werden sie jedoch für die Realität als wahr behauptet, erweisen sie sich stets als falsch. Warum ist dies so? Bei den Fiktionen in den Annahmen werden ein A und ein B hinsichtlich ihrer Attribute gleichgeordnet:

Das Ungeborene gilt als geboren.

Es gibt eine Zurechnung der rechtlichen Attribute von B zu A, d.h. das Ungeborene erhält gem. § 22 ABGB die Rechte eines Geborenen.⁷⁷⁶ Wenn man den Satz in einen anderen Kontext setzt, werden nicht mehr die rechtlichen Attribute von B mit A verbunden, sondern die Attribute, welche B im neuen Kontext hat. Würde man den Satz im Rahmen eines Alltagssprachlichen Kontextes äußern, so wäre völlig unklar, was mit diesem Satz ausgesagt werden soll; er wäre schlicht falsch. Erst die Paraphrasierung macht ihn sinnvoll. Zum selben Schluss kommt auch Peter Meyer:

„Die Aussage des § 911 BGB⁷⁷⁷ bezieht sich eben nicht auf die tatsächlichen Verhältnisse, sondern auf die rechtlichen. ‚Wahr‘ ist an § 911 BGB, dass das rechtliche Schicksal für die hinübergefallenen und die dort gewachsenen Früchte unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten gleich-

774 Lewis, Truth in Fiction, American Philosophical Quarterly 1978, 37 f.

775 Davon abweichend: Marmor, The Language of Law. Marmor hält diesen Satz für nicht wahrheitsfähig. Wie im Abschnitt zuvor erläutert, ist dies abzulehnen.

776 Siehe Abgrenzung zu Metaphern, 207 ff..

777 § 911 S. 1 BGB „Überfall“: Früchte, die von einem Baume oder einem Strauche auf ein Nachbargrundstück hinüberfallen, gelten als Früchte dieses Grundstücks.

behandelt werden kann, nicht hingegen, dass jene Früchte nicht hinübergefallen sondern dort gewachsen seien.“

Meyers Ansatz, die Sollensformulierung in ein Sein umzudeuten, wird von vielen bei der Rezeption eines Rechtstextes gemacht. Hier gilt es jedoch, der Versuchung zu widerstehen und den Rechtstext stets nur als solchen zu lesen. Das „gilt als“ ist eine normative Formulierung. Allein die Normativität legt bereits offen, dass der Satz nicht für die soziale Realität als wahr behauptet werden kann.⁷⁷⁸ Wenn man diese Perspektive beim Lesen von Fiktionen im Recht beibehält, ist die der Arbeit voranstehende Frage, was so „troubling about fictions“ sei, leicht beantwortet: Nichts. Die Unsicherheiten, Vorwürfe und missgünstigen Beschuldigungen resultieren aus diesem Rezeptionsfehler, die normative Formulierung umzudeuten.⁷⁷⁹

Dass Fiktionen immer falsch seien ist ein immer noch bestehender, klassischer Gemeinplatz der anglo-amerikanischen Rechtsfiktionsforschung.⁷⁸⁰ Dieser Ansatz setzt voraus, dass man das Wahrheitskriterium direkt anwendet und sich Wahrheit daher nur aus der sozialen Realität ergeben kann. Dass die Literaturwissenschaften seit Aristoteles und die Forschungen bezüglich der Anwendbarkeit der Logik auf das Recht seit beinahe 70 Jahren⁷⁸¹ andere Ergebnisse nahelegen, wird dort schlicht ignoriert. Warum es keine Anwendbarkeit durch die Paraphrasierung geben sollen dürfte, wird nicht argumentiert. Douglas Lind bringt es auf den Punkt:

„The fact that a legal proposition, true within law, would be a false proposition if asserted under different techniques of usage in belief system or realm of reality other than law (e.g. everyday reality)⁷⁸² has no bearing on the proposition's truth value within law. Nor does it produce a logical contradiction.“⁷⁸³

778 Diese Umdeutung von normativen Aussagen ist gerade das, was Kelsen ab der 2. Auflage der reinen Rechtslehre angreift: Alles, was es gäbe, wäre ein Substrat, wie beispielsweise „Fenster schließen“ bei dem Imperativ „Du sollst das Fenster schließen“.

779 Dies sei wiederum typisch für die Kritik der modernen Fiktionsforschung nach Lind, *The Pragmatic Value of Legal Fictions*, 88.

780 Dazu mehr bei der Diskussion um die Wahrheitsfähigkeit von Normen.

781 Beginnend mit *von Wright*, *Deontic Logic*, Mind 1951, 1-15.

782 Dies entspricht bei Lind dem, was hier soziale Realität genannt wird. Lind bedient sich nicht der Korrespondenz als Wahrheitskriterium in Kombination mit einem Mehrweltenmodell, sondern einem diskursähnlichen Modell mit verschiedenen „belief systems“.

783 Lind, *The Pragmatic Value of Legal Fictions*, 93.

Die Paraphrasierung führt auch nicht dazu, dass dieselbe Aussage verschiedene Wahrheitswerte annehmen kann. Denn die Aussage ist nicht, dass die übergefallene Frucht als auf dem dortigen Grundstück gewachsen gilt oder erst recht nicht, dass sie dort gewachsen wäre, sondern, dass es zu einem bestimmten Zeitpunkt unter einer bestimmten Rechtsordnung wahr ist, dass die übergefallene Frucht als dort gewachsen gilt. Die Paraphrase ist Teil der Aussage. Wenn es keine Paraphrase gibt, so muss diese aus dem Kontext ermittelt werden. Bei einer Aussage in einem Urteil, dass Menorca in London liege, die Paraphrase zu erstellen: „Es ist wahr in der sozialen Realität, dass Menorca in London liegt“, ist fernliegend und jeglichem Kontext entrissen. Die direkte Anwendbarkeit des Wahrheitskriteriums bei Fiktionen ist daher abzulehnen.⁷⁸⁴

Fiktionen sind also indirekt der Wahrheit zugänglich durch eine Paraphrasierung und der Verbindung mit einem Mehrweltenmodell.

2. Wahrheitsfähigkeit von Normen

Damit Fiktionen im Recht wahr sein können, müssten normative Aussagen wahrheitsfähig sein, d.h. einen Wahrheitswert haben können.

Dass Normen im Sinne von Sollenssätzen *grundsätzlich* der Wahrheit nicht direkt zugänglich sind, kann als Gemeinplatz der Rechtswissenschaft gelten. Das eigentlich umstrittene ist, ob es Auswege aus dieser Feststellung gibt. Dass es keinen Ausweg gäbe, wird vor allem von Kelsen in seinem Spätwerk vertreten.

In seinem Spätwerk geht Kelsen wie bereits angesprochen weiter was die Trennung von Sein und Sollen angeht und hält die Kategorie der Wahrheit für auf keine Weise auf das Recht anwendbar. Diese sei untrennbar mit dem Sein verknüpft. Diese strikte Trennung von Sein und Sollen, von Aussagen und Normen zieht Kelsen ohne Ausnahme durch. Man dürfte bei Normen nicht die „Existenz des Willensaktes und [den] [...] Sinn dieses Aktes [auf] die gleiche Stufe“ stellen, „die gleiche Art der Existenz“ zusprechen. „Das ist der Irrtum. Die beiden müssen deutlich auseinandergehalten werden.“⁷⁸⁵ Was Aussage und Norm gemein sei, sei ein „indifferen-

784 Dies schließt aber nicht aus, dass es im Rahmen des Rechts einzelne Bestandteile (oder auch Verbindungen) gibt, welche auf die soziale Realität referieren.

785 Kelsen zitiert nach *Schmölz*, Diskussion, in: *Das Naturrecht in der politischen Theorie*, 124.

tes Substrat, das weder wahr noch unwahr ist“.⁷⁸⁶ Kelsen nennt als Beispiel dafür „Fenster schließen“, was weder die Aussage, dass das Fenster geschlossen wird noch den Befehl, dass das Fenster geschlossen werden solle, enthalte. Kelsen arbeitet im Spätwerk mit dem Kriterium der Verifizierbarkeit von Aussagen über die Geltung von Normen. Diese wären, wie alle Aussagen, der Wahrheit zugänglich, wenn auch nur indirekt.⁷⁸⁷ Normen wären hingegen, als Ausdruck von Willensakten, nicht der Wahrheit zugänglich. Es wäre auch verfehlt, in ein Wollen ein Gewolltes und damit ein Sein hineinzuzinterpretieren.⁷⁸⁸ Nur Aussagen als Ausdruck von Denkakten wären der Wahrheit zugänglich.⁷⁸⁹ D.h., dass Kelsen im Spätwerk jegliche Anwendbarkeit ablehnt. Ein Sollen könne nicht wahr sein, sondern nur die Feststellung, dass jemand etwas als gesollt erklärt hat. Normen selbst wären der Wahrheit nicht zugänglich.

Josef Esser geht ebenfalls von keiner Wahrheitsfähigkeit von Normen aus. Für Esser kann im Anschluss an Wieacker nicht einmal die Rechtswissenschaft wahre Aussagen hervorbringen, „sondern nur tentative Formeln für optimale“ Modelle.⁷⁹⁰

Diesen Argumentationen ist grundsätzlich zuzustimmen: Ein Sollen selbst kann nicht als wahr oder falsch beurteilt werden ohne vorgegebenes Wertesystem; maximal die Aussage darüber, ob etwas im Rahmen eines bestimmten Systems gesollt ist. Normen sind also grundsätzlich nicht wahrheitsfähig.

Man könnte die Kategorie der Wahrheit aber indirekt auf Normen anwenden. Begründet wurde diese Ansicht von Wright 1951, der die deontische Logik einführte.⁷⁹¹ Kelsen stellte sich teilweise als Begründer dieser Ansicht dar, was man wohlwollend durch „Euphorie“ für das Gebiet der Rechtslogik erklären kann im Anschluss an Stanley Paulson.⁷⁹² Interessant ist Kelsens Entwicklung in diesem Bereich: Er geht zunächst von der Wahrheitsfähigkeit von Normen aus, dann von einer indirekten und im Spätwerk, wie bereits erläutert, von keiner Anwendbarkeit.

Hans Kelsen hat in seiner klassischen Periode die Anwendung von Logik auf das Recht, welche wiederum die Zugänglichkeit der Kategorien

786 Ibid., 126.

787 Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, 144 f.

788 Ibid., 167.

789 Ibid., 158.

790 Esser, *AcP* 1972, 101.

791 von Wright, *Deontic Logic*.

792 Paulson, *Metamorphosis in Hans Kelsen's Legal Philosophy*, *The Modern Law Review* 2017, 872.

wahr/falsch zur Voraussetzung hat, bejaht; in der zweiten Auflage der Reinen Rechtslehre nimmt er nur noch die indirekte Anwendbarkeit an:

„Die Antwort auf diese Frage [wie Normen wahr oder unwahr sein können, Anm. KA] ist: daß logische Prinzipien, wenn nicht direkt, so doch indirekt, auf Rechtsnormen angewendet werden können, sofern sie auf die diese Rechtsnormen beschreibenden Rechtssätze, die wahr oder unwahr sein können, anwendbar sind. [...] Dem steht nicht im Wege, daß diese Sätze Sollsätze sind [...]. [...] Aber das Sollen des Rechtssatzes hat nicht, wie das Sollen der Rechtsnorm, einen vorschreibenden, sondern einen beschreibenden Sinn. Diese Doppeldeutigkeit des Wortes ‚Sollen‘ wird übersehen, wenn man Sollsätze mit Imperativen identifiziert.“⁷⁹³

Voraussetzung für die Anwendbarkeit ist für Kelsen damit insbesondere die Unterscheidung von „Rechtssätzen“ und „Rechtsnormen“. Rechtssätze sind für Kelsen Aussagen im Rahmen der Rechtswissenschaft über den Inhalt, die Geltung etc. von Normen, die aber selbst keine Normen sind. Die Anwendbarkeit des Wahrheitskriteriums bestehe nur bei Rechtssätzen.

Simon Stern argumentiert, dass es gleich eines ästhetischen „true in fiction“ auch ein „true in law“ geben müsse. Ob eine Fiktion überhaupt falsch sein könne, hänge davon ab „on whether the doctrine is seen as making a claim about natural (nonlegal) persons or whether the doctrine simply is the legal conclusion (‘corporations have standing’ [...]).“⁷⁹⁴ Wahrheit ergibt sich für Stern, wie auch für seine anglo-amerikanischen Vorgänger und Zeitgenossen Bentham und Fuller, nur aus der sozialen Wirklichkeit. Für Stern gibt es aber eine „analoge Wahrheit“ für den normativen Bereich – und dies ist der Punkt, an dem sich seine Theorie von den klassischen anglo-amerikanischen Theorien unterscheidet. Die „eigentliche“ Wahrheit gäbe es aber nur, wenn die Fiktionen sich auf etwas Außerrechtliches bezögen. Für Stern kommt es also nicht wie für Kelsen darauf an, ob es eine Norm ist oder nicht, sondern ob sich das dem Sollen zugrunde liegende Sein auf eine rechtliche oder außerrechtliche Tatsache bezieht. In jedem Fall sei eine Aussage aber mindestens indirekt wahrheitsfähig.

Ulfrid Neumann bestätigt diese „Systemgebundenheit rechtlicher Aussagen“⁷⁹⁵ und fügt hinzu, dass Aussagen nicht nur systemgebunden, sondern gleichzeitig auch zeitabhängig seien. Dies ist weiterzuführen: Denn es

793 Kelsen, Reine Rechtslehre², § 16, 147 f.

794 Stern, Legal and Literary Fictions, 316.

795 Neumann, Wahrheit im Recht, 18.

gibt nicht nur eine Systemgebundenheit an die Rechtswelt und eine bestimmte Zeit, sondern auch an eine konkrete Rechtsordnung⁷⁹⁶. David Lewis Ansatz der Darstellung dieser Abhängigkeiten im Fiktionsbereich mit der Paraphrase „In der Fiktion f ...“, muss also für das Recht ersetzt werden durch: „In der Rechtsordnung r zum Zeitpunkt t ...“.

Somit sind auch Normen indirekt der Wahrheit zugänglich durch eine Paraphrasierung und der Verbindung mit einem Mehrweltenmodell.

3. Wahrheitsfähigkeit und Wahrheit von Fiktionen im Recht

Die Kategorie der Wahrheit kann also sowohl indirekt auf Normen und als auch indirekt auf fiktive Sätze angewendet werden. Das führt dazu, dass normative fiktive Sätze nur unter (doppelt) indirekt als wahr oder falsch kategorisierbar sind.

Das ist das eigentliche Problem, das unter anderem Fuller und Bentham mit Fiktionen haben: Die (doppelte) Indirektheit führt zu einer derartigen Entfremdung von normativen fiktiven Sätzen von der Kategorie der Wahrheit, dass sie schlicht als falsch verworfen werden. Die Autoren bewerten Sätze wie „Menorca liegt in London“ dann nicht im Sinne der notwendigen doppelten Indirektheit zunächst als „true in fiction“ und dann noch einmal als „true in law“, sondern messen den Satz direkt mit den Maßstäben des Wahrheitskriteriums der Korrespondenz am Sachverhalt der sozialen Realität. Wenden sie intuitiv bei rein normativen Sätzen oder rein fiktionalen Sätzen die Wahrheitskategorie meist noch intuitiv indirekt an, versagt die Intuition bei Bentham und Fuller bei dieser notwendigen doppelt indirekten Anwendung der Wahrheitskategorie. Die intuitive Beurteilung von fiktiven Sätzen wie „Sherlock Holmes wohnt in 221 B Baker Street“ oder normativen Sätzen wie „Du sollst niemanden töten“ als wahr oder falsch ist noch gut möglich. Bei der Kombination der beiden Faktoren in Sätzen wie „Te Awa Tupua [ein Fluss in Neuseeland, Anm. KA] is a legal person and has all the rights, powers, duties, and liabilities of a legal person“ oder Feststellungen, dass Menorca in London läge, ist dies aber nur noch schwer möglich. Bei den rechtsfortbildenden Fiktionen durch den Richter wirken die normativen Aussagen auch oft nur für einen kon-

796 Man müsste hier sogar so weit gehen, es von einer bestimmten Norm abhängig zu machen, da es auch Normkonflikte geben kann. Unter dem Gebot der „Einheit der Rechtsordnung“ soll dies hier jedoch nicht weiter eingeschränkt werden.

kreten Fall, d.h. die Wahrheitsfähigkeit ist noch mehr eingeschränkt. Das Ergebnis ist also, dass normative fiktive Sätze doppelt indirekt wahrheitsfähig sind.

Aufgrund des hohen Abstraktionsgrades ist es aber fraglich, ob die Kategorie der Wahrheit überhaupt als Kriterium für Fiktionalität im normativen Kontext herangezogen werden sollte. Wie im vorhergehenden Kapitel entwickelt kann sich die Fiktivität bei Sätzen, welche auf außerrechtliche Objekte referieren, aus einem Bruch mit Fakten der sozialen Realität ergeben oder, wenn sie dies nicht machen, aus einem Bruch mit Rechtsfakten⁷⁹⁷. Dies hat dann aber keinen Einfluss auf die Wahrheit einer paraphrasierten Aussage. Fraglich ist, ob man die Umschreibung auch umgehen könnte. Ist Fiktivität nur eine Sprachform z.B. im Sinne eines illokutionären Aktes, dann müsste sich die Diskussion auf den fiktionalen Charakter normativer Rede konzentrieren. Bertrand Russell zeigt einen Weg auf, wie man scheinbar auch ohne ontologische Implikationen Fiktionen sprachphilosophisch erfassen kann; dies läuft darauf hinaus, dass man die Fiktionalität von Meta-Aussagen über das Recht untersucht: „Im Recht gibt es Personen, welche auch den Zusammenschluss von Menschen umfassen.“ Oder kürzer: „Im Recht gibt es juristische Personen.“ In diesem Fall wäre nicht die juristische Person selbst fiktiv, sondern lediglich Aussagen über juristische Personen könnten fiktional sein. Mit diesem linguistischen Reduktionismus ließe sich die Fiktivität von Objekten nicht sinnvoller beschreiben, da das Fiktive in den Sprachmodus einer (fiktionalen) Aussage wandert. Dies widerspräche aber beispielsweise der langen Geschichte der Literaturwissenschaften, in der stets von fiktiven Charakteren die Rede war. Daher wird das Kriterium der Wahrheit für Fiktionen eher abzulehnen sein.⁷⁹⁸

III. Ergebnis

Fiktionen im Recht sind doppelt indirekt wahrheitsfähig. Ob es ein taugliches Kriterium zur Bestimmung von Fiktionen im Recht ist, ist aber aufgrund der Komplexität fraglich.⁷⁹⁹

797 „Rechtsfakten“ meint die Kategorie der Faktualität sinngemäß auf das Recht angewendet im Sinne *Ota Weinbergers* institutioneller Fakten.

798 Weitere Argumente und eine abschließende Diskussion finden sich im Kapitel der Definition, 212 ff.

799 Die weitere Diskussion und endgültige Antwort finden sich ab Seite 237.

C. Lüge

Fiktionen werden oft als „unehrliche“ Methode oder gar „Lüge“ bezeichnet.⁸⁰⁰ Seinen Ursprung hat dieser Vorwurf bei Platon, der Dichter der Lüge bezichtigt. Sie würden hauptsächlich nachahmen, was dem Zweck der Kunst, der Erkenntniserweiterung, nicht dienlich wäre. Der Geschichtsschreiber, der das analysiert, *was war*, sei aus philosophischer Perspektive auch weniger wichtig als der Dichter, welcher das betrachte, *was sein könnte*, erläuterte Platon. Platon hält die Fiktion nur so lange für gerechtfertigt, als sie ihr Ziel erreiche. Dieses Ziel – und nun sei über Platon hinausgedacht – hängt natürlich davon ab, was das Ziel der jeweiligen normativen Welt ist.

Der deutsche Gesetzgeber betont in den Materialien zur Schuldrechtsreform von 2002, dass bei der „Rentabilitätsvermutung“ die „Gefahr“ bestünde, „zu methodenunehrlichen Fiktionen Zuflucht nehmen zu müssen“.⁸⁰¹ Haferkamp sieht 2006 in der Fiktion eine „unehrliche juristische Methode“, die die Funktion hätte, „einen gesetzlichen Tatbestand auf einen nicht geregelten Fall“ anzuwenden, „indem man [...] den zugrunde liegenden Lebenssachverhalt“ ausweitet.⁸⁰² Der Vorwurf der Lüge, der Krücke, des Notbehelfs, wird immer wieder prominent vorgebracht um Fiktionen grundsätzlich abzulehnen. Jhering argumentiert beispielsweise, dass es sich bei einer Rechtsfiktion um eine „technische Nothlüge“ handeln würde. Er versteht „Lüge“ hierbei vermutlich nicht in einem alltagssprachlichen Sinn, da er sie sonst negativ konnotieren würde. Es ist also von einem „technische[n], juristisch-begriffliche[m]“⁸⁰³ Verständnis auszugehen in diesem Kontext. Ebenso wenig negativ konnotiert und dennoch von einer Lüge sprechend argumentiert Hans Hattenhauer:

„Keine Verfassung der Welt kommt ohne Fiktionen, juristische Nothlügen, aus, die man um der Geschlossenheit der Theorie willen aufstellen muss. Zumeist werden sie schon in das Fundament der Staaten, etwa durch Vorgabe eines bestimmten Menschenbildes, eingebaut.“⁸⁰⁴

800 Fuller, Legal Fictions vernachlässigt beispielsweise die Abgrenzung von Wahrheit, Lüge und Fehler, sodass terminologische Unsicherheiten entstehen.

801 BT-Drs. 14/6040, 143 (2. Spalte, Ende des zweiten Absatzes).

802 Haferkamp, „Methodenehrlichkeit“? – Die juristische Fiktion im Wandel der Zeiten, 1078.

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

804 Hattenhauer, Europäische Rechtsgeschichte, § 1288.

Ebenso verhält es sich bei Bentham, welcher wie kein zweiter in der Geschichte der Rechtsfiktionsforschung selbige kritisiert hat. Wie jedoch beschrieben,⁸⁰⁵ geht es bei ihm eigentlich mehr um den Zweck von Fiktionen als um deren Täuschungspotential.

Oskar Bülow bezieht sich in seiner Analyse auf Jhering und kommt zu dem Schluss, dass es der Fiktion durch den Gesetzgeber gegenüber der „mit Täuschungsabsicht vorgebrachte[n] thatsächliche[n] Unwahrheit“ an der „Absicht der Täuschung über die Wahrheit von Thatsachen“⁸⁰⁶ 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 zuzumuthen.“⁸⁰⁷

Ehrlichkeit würde dann nicht bestehen, wenn die Fiktion über etwas täuschen würde. Verschleiert werden könnte, dass etwa bei den rechtsfolgenverweisenden Fiktionen eine Ausnahme geschaffen wird oder bei den rechtfortbildenden Fiktionen, dass eine ältere Regel durchbrochen wird. Allerdings handelt es sich bei juristischen Texten in der Regel um Fachtexte, welche nur von Juristen rezipiert werden. Solange die Fiktionen als solche erkennbar sind und der Gesetzgeber bzw. der Richter im *Common Law* durch ihre Anwendung keine Kompetenzen überschreitet, sind sie ein zulässiges Mittel in der Rechtstheorie. Die Rezipienten werden durch ihre Verwendung über nichts getäuscht. Was verwundert ist aber, warum man zum Beispiel im Rahmen der Gesetzgebung nicht einfach Ausnahmeregelungen einführt. Ziel des Gesetzgebers könnte es hier sein, den durchbrochenen Grundsatz in seiner Wichtigkeit zu betonen. Denn je weniger Ausnahmen einem Grundsatz anhaften, desto wichtiger ist die Stellung des Grundsatzes. Im *Common Law* ist der Grund für die rechtfortbildenden Fiktionen offensichtlicher: Hier ist die Fiktion zunächst nur für den Einzelfall da. Später kann diese Fiktion dann zu einer Neuformulierung eines Grundsatzes genutzt oder in der Fiktionsform institutionalisiert werden. Fiktionen sind also in keinem Fall Lügen, da es stets am beabsichtigten Täuschungsmoment fehlt.

805 Siehe im 2. Teil im Kapitel zu Bentham, 107 ff.

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

807 Ibid.

D. Imaginäres

Ist eine in der Realität unmögliche Konstruktion, wie z.B. ein fliegender Superheld, auch eine Fiktion? Was unterscheidet diese Konstruktion von Konstruktionen, welche in der Realität möglich sind? Darf das Recht solche Entitäten enthalten, welche in der Realität unmöglich sind? Dürfte man beispielsweise die Willensfreiheit fingieren, wenn sie widerlegt wäre?

Als Gegengewicht zur Realität sehen Dieter Henrich und Wolfgang Iser das Imaginäre. Und dazwischen könne man – gleichsam schwebend – die Fiktionen einordnen. „[D]as Fiktive“ würde sich „im Blick auf das Imaginäre als ein in hohem Maße ‚Fixiertes‘ erweis[en].“⁸⁰⁸ Im Vergleich zum Imaginären sei das Fiktive „wohlbestimmt, wenngleich seine Bestimmtheit nicht die sein“ könne, „durch die Reales ein Bestimmtes“⁸⁰⁹ sei.

„Das Fiktive bezieht sich durch seinen Gebrauch auf Reales, überschießt dieses, ohne jedoch zu einem Imaginären zu werden, da es, obgleich ein Nichtreales, im Gegensatz zum Imaginären auch ein Wohlbestimmtes ist.“⁸¹⁰

Iser will deswegen die Dyade von Fiktivem und Realem mit einer Triade von Realem, Fiktivem und Imaginären ablösen.⁸¹¹ Als Ausgangspunkt für seine Erläuterungen nimmt er einen literarischen Text: Dieser enthalte in der Regel sowohl Teile des Realen als auch des Fiktiven.⁸¹² Das Reale würde durch den Übergang in den fiktiven Kontext allerdings nicht fiktiv; nur wenn sie zum Zeichen würde, dann würde ihr eine Bestimmtheit hinzuge-dacht, welche ihr eigentlich nicht innewohne. Die Bestimmtheit, die dem vormals Realen hinzuge-dacht wird, ist eine Grenzüberschreitung. Dieser Akt der Grenzüberschreitung konstituiert das Fiktive.⁸¹³ Das Imaginäre drückt sich für Iser in „Phantasmen, Projektionen, Tagträumen und ziello-sen Ideationen“, also einem hohen Maß an Beliebigkeit und ungerichteter Phantasie aus.⁸¹⁴ Das Fiktive sei hingegen mit Zwecken besetzt, welche die Schaffensbedingungen für Fiktionen darstellten. Durch das Fingieren wür-de das „Diffuse[.]“ zum „Bestimmten geführt.“⁸¹⁵

808 Henrich/Iser, Entfaltung der Problemlage, in: Funktionen des Fiktiven, 9.

809 Ibid., 9.

810 Ibid.

811 Iser, Akte des Fingierens, in: Funktionen des Fiktiven, 122.

812 Ibid., 121.

813 Ibid., 123.

814 Ibid.

815 Ibid., 124.

„Sie [die Textintentionalität, Anm. KA] erscheint als ‚Übergangsge-
stalt‘ zwischen dem Realen und dem Imaginären, die den Status der
Aktualität besitzt. [...] Aktualität bezeichnet dann das Wirksamwer-
den des Imaginären im Bereich des Realen.“⁸¹⁶

Aus dieser Warte, einem sehr speziellen Fiktionsbegriff, wäre das Recht als fiktiv zu verstehen. Ein Anknüpfungspunkt ergibt sich etwa bei der Verarbeitung des ursprünglichen modallogischen Konzepts möglicher Welten für die Literaturwissenschaft. Hier knüpft die Frage an, was man dadurch über das Recht lernen kann. Ist eine fiktionale Welt immer zugleich eine mögliche Welt? Die Möglichkeit einer Welt bezieht sich auf ihre Potenz Realität sein zu können.⁸¹⁷ Das bedeutet, dass sich eine mögliche Welt (*possible world*) im Rahmen der geltenden Denk- und Naturgesetze bewegen muss. Dies würde an die Forderung Essers anknüpfen, dass das Recht auf die „soziale Wirklichkeit“ aufbauen müsse.

Dagegen spricht, dass eine fiktionale Welt, wie z.B. das Wunderland von Alice, Elemente enthalten kann, die in der Realität nicht existieren könnten, wie z.B. sprechende Hasen. Sogar logische Widersprüche, d.h. ein Verstoß gegen das Nichtwiderspruchsprinzip, sind in fiktionalen Welten möglich.⁸¹⁸

„Possible worlds are possible, whereas fictional worlds might be impossible.“⁸¹⁹

Man könnte annehmen, dass auch solch imaginären Objekte Teil einer möglichen Welt (*possible world*) sein können. Alices Wunderland hat jedoch keine Potenz real zu sein. Sie begnügt sich vielmehr damit, Scheinwirklichkeit zu sein.⁸²⁰ Daran zeigt sich, dass eine fiktionale Welt nicht zugleich eine mögliche Welt sein muss. Das bedeutet, dass die potentielle Menge der denkbaren fiktionalen Welten größer ist als die der möglichen Welten, da letztere auf die Denk- und Naturgesetze beschränkt sind. Die Welt des Rechts hat den Zweck der Ordnung der Realität in Bezug auf Frieden und Gerechtigkeit. Dies impliziert, dass die Welt des Rechts auf die Realität anwendbar sein muss. Sie muss sich folglich an die Denk- und Naturgesetze halten. Daher muss die fiktionale Welt des Rechts zugleich eine mögliche Welt sein. Josef Essers Bedenken sind berechtigt, jedoch

816 Ibid., 128.

817 *Zipfel*, Fiktion, Fiktivität, Fiktionalität, 84.

818 Ibid.

819 *Ronen*, Are Fictional Worlds Possible?, 24.

820 *Hamburger*, Die Logik der Dichtung, 55.

wird diesen mit den Anforderungen an die Rechtswelt, stets eine mögliche Welt zu sein, genüge getan.

Könnte uns Sherlock Holmes oder ein Einhorn im Recht begegnen? Diese Frage ist eng mit der oben diskutierten Frage danach, ob die Rechtswelt zugleich eine mögliche Welt sein muss, verknüpft. In einer möglichen Welt können uns *per definitionem* keine unmöglichen fiktionalen Objekte begegnen, also im übertragenen Sinne keine Einhörner. John Gardner beantwortete diese Frage damit, dass uns im Recht prinzipiell alles begegnen könne. Auch Unmögliches. Es wäre unter Umständen dann aber kein sinnvolles Recht mehr.⁸²¹ So erklärt auch Zippelius, dass das Recht „sich über reale Sachverhalte nicht hinwegsetzen“ kann, sondern sie hinnehmen müsse. Man könne sie dann „für rechtserheblich [...] erklären oder nicht, aber (man habe) nicht die Freiheit, sie unvermittelt aus der Welt zu schaffen.“⁸²² Ebenfalls eine Grenze stellen die naturwissenschaftlichen Gegebenheiten auf.⁸²³ Fraglich ist, ob in diese Kategorie auch die Annahmen fallen, z.B. dass Menorca in London liege bzw. noch offensichtlicher: dass das ungeborene Kind geboren sei. Hier ist jedoch zu beachten, dass von den Gerichten nie tatsächlich angenommen wird, dass Menorca in London liege oder das Ungeborene geboren sei. In beiden Fällen gilt das eine als das andere.

„Also müssen wir zugeben, daß wir selbst bei der unmöglichsten aller Welten, um von ihr beeindruckt, verwirrt, verstört oder berührt zu sein, auf unsere Kenntnis der wirklichen Welt bauen müssen. Mit anderen Worten, auch die unmöglichste Welt muß, um eine solche zu sein, als Hintergrund immer das haben, was in der wirklichen Welt möglich ist.“⁸²⁴

Wendet man diesen Gedanken Umberto Ecos gleichsam auf das Recht an, so ist es vor allem die Anerkennung, an welcher das Recht einbüßen könnte. Dies beeinträchtigt zwar nicht seine Geltung und auch nicht die Wirksamkeit, ist aber aus rechtstheoretischer und rechtspraktischer Sicht nicht wünschenswert: Erstens, weil solche Regelungen überflüssig sind. Dem liegt die Wertung zugrunde, dass ein knapper formuliertes Recht grundsätzlich besser ist, wenn es gleicherweise präzise und für den Adressaten

821 So John Gardner im Gespräch in Oxford, März 2016.

822 Zippelius, Rechtsphilosophie, 54 ff.

823 Böckenförde, Menschenwürde als normatives Prinzip, JZ 2003, 810; vgl. dazu auch Rath, Das Verhältnis des Wertes und des Sollens zum Sein, 72 ff.

824 Eco, Im Wald der Fiktionen, 112.

verständlich ist. Dies ist mit dem Gedanken vergleichbar, welcher unter dem Stichwort „Ockhams Rasiermesser“ in der Philosophie ein Argument dafür ist, dass Argumente mit weniger Prämissen vorzuziehen sind. Zweitens, weil ein totaler Anerkennungsverlust am Ende in eine Abschaffung des Rechts mündet. Das bedeutet letztendlich, dass gewissermaßen Unmögliches im Recht möglich ist; auch, wenn es nicht sinnvoll ist.⁸²⁵

E. Metapher

Eine oft diskutierte Abgrenzung ist jene von Metaphern und Fiktionen. Beide scheinen auf den ersten Blick strukturähnlich:

Metapher: Julia ist die Sonne.⁸²⁶
Rechtsfiktion: Das Ungeborene gilt als geboren.

Zu beachten ist bei der Diskussion, dass z.B. die juristische Person von der sprachlichen Struktur her nicht dieser Form entspricht, da der Vergleich bzw. die Gleichsetzung fehlt. Es geht in diesem Kapitel also nur um fiktive Annahmen im Recht.

Die beiden genannten Beispielssätze haben gemeinsam, dass ein A einem B gleichgesetzt wird.

Metapher: A ist B.
Rechtsfiktion: A gilt als B.

In beiden Fällen werden zwei Dinge verbunden, die offensichtlich nicht gleich sind. Auf den ersten Blick irritiert eine solche Darstellung, wenn die Intuition eine Identitätsbehauptung von A und B annimmt. Durch diese Irritation wird vermittelt, dass der Sinn des Satzes jeweils auf einer höheren Interpretationsebene liegt.

Bei der Metapher muss ermittelt werden, für was B steht bzw. welche Rolle B für den Autoren des Textes hat. Dies ist dann mit A zu verbinden. Bei der Rechtsfiktion wird A mit einem der Rechte/Rechtsfolgen von B verknüpft, welche der Rolle von B im Recht entspricht. Bei dem Beispiel, dass das Ungeborene als geboren gelten solle, bezieht sich nur das Ungebo-

825 Zur Entscheidung über das Merkmal der Möglichkeit der Fiktion, S. 250.

826 „What light through yonder window breaks? It is the east, and Juliet is the sun.“
Shakespeare, Romeo and Juliet, Akt 2 Szene 2.

rene auf das das tatsächlich vorliegende ungeborene Kind. Das „Geborene“ im Rechtssinne meint gar kein (Neu-)Geborenes, sondern nur dessen rechtliche Attribute. Was verknüpft wird sind die Attribute des A aus der sozialen Wirklichkeit mit den rechtlichen Attributen von B. Was gleichgesetzt wird, sind eigentlich gar nicht die vordergründig genannten Objekte, sondern das A der sozialen Welt mit den rechtlichen Attributen des B. Gleiches gilt auch für das Beispiel, dass Menorca in London liege: Was verknüpft wird, ist Menorca mit den Attributen von London, in diesem Fall die Gerichtszuständigkeit des Court of King's Bench. Dass die rechtlichen Attribute zugerechnet werden, bedeutet also nicht, dass eine Identität behauptet würde.

Es ist weder bei Metaphern noch bei Rechtsfiktionen offensichtlich, womit A genau verknüpft werden soll – dazu ist eine Interpretationsleistung notwendig, die zumindest in den Literaturwissenschaften teilweise sehr umfangreiche Kenntnisse voraussetzt. Dabei ist die Metapher in der Wahl, was das Vergleichsobjekt überhaupt sein könnte, sehr viel freier. Im Recht ist man stets auf den Rechtskontext beschränkt. Die Irritation bedeutet dem Leser auch, dass er sein Rezeptionsverhalten ändern muss, hin zu einer Verknüpfung des Ersten mit der Bedeutung des Zweiten im jeweiligen Kontext.

Formal sind sich Metapher und Rechtsfiktion also sehr ähnlich. Der entscheidende Unterschied liegt darin, dass eine Metapher deskriptiv formuliert ist (*A ist B*) und die Rechtsfiktion (*A gilt als B*) präskriptiv.

„A metaphor does not contain the *see as*-construction [...] *explicitly*, but it does this construction *implicitly*.“⁸²⁷

Ein weiterer Unterschied liegt darin, dass bei diesem Fiktionstypus die Metaphorik des Vergleichs explizit gemacht wird durch ein Signalwort. Bei Metaphern fällt dies dem Leser erst unter Zuhilfenahme seines Erfahrungswissens auf. Hier liegt auch die Verbindung zu außerrechtlichen Fiktionen, welche ebenfalls deskriptiv formuliert werden:

| | |
|----------------|------------------------------------|
| Metapher: | A ist B. |
| Rechtsfiktion: | A gilt als B. |
| Fiktion: | A wird behandelt als ob es B wäre. |

„Als ob“ auf der Ebene des Seins und „gilt als“ auf der Ebene des Sollens sind strukturell identisch. Es wird eine, wenn auch nur in einem Punkt,

827 Olivier, *Legal Fictions in Practice and Legal Science*, 66.

tatsächliche Verbindung von A und B hergestellt. Dies unterscheidet sie von den Metaphern, bei welchen A bloß näher beschrieben wird.

„The fiction therefore can not and does not say: *is*, but must and does say: *is not, but accept as if*.“

Strukturell sind Metaphern und Rechtsfiktionen in manchen Punkten also gleich, in vielen jedoch unterschiedlich. Fiktionen, insbesondere Rechtsfiktionen, sind daher keine Metaphern. Es liegt jedoch sehr nahe, sie als strukturanaloge, gewissermaßen „normative Metaphern“ zu umschreiben.

F. Erkenntnis

Die Arbeit zum Fiktionsbegriff von Hans Vaihinger geht von einem erkenntnistheoretischen Fiktionsbegriff aus. D.h. Definitionsmerkmal einer Fiktion sei, dass sie zu einer Erkenntnis führe. Ist dies passend zum Ziel des Rechts, die Realität zu regeln?⁸²⁸

Zweck der Fiktionen in der Mathematik sind Erkenntniserweiterungen. Vaihinger sah in diesem Fiktionstyp neben den juristischen Fiktionen eines der Paradebeispiele. Sie schienen eine Antwort auf die Ausgangsfrage seines tausendseitigen Werkes zu geben: „Wie kommt es, dass wir mit bewußtfalschen Vorstellungen doch Richtiges erreichen?“⁸²⁹ Mithilfe einer falschen Annahme, dass ein Vieleck mit unendlich vielen Ecken sei, kann das wahre Ergebnis der Fläche eines Kreises ermittelt werden. Vaihinger meinte in der Mathematik zu finden, was er in so vielen anderen Wissenschaften vergeblich gesucht hatte und entwickelte an diesem Beispiel seinen sog. erkenntnistheoretischen Fiktionsbegriff. Eine Fiktion sei demnach eine willkürliche und bewusst falsche Vorstellung von der Wirklichkeit.⁸³⁰ Die Falschheit der mathematischen Fiktionen ist in der Tat bemerkenswert: Man ist sich der Falschheit der Annahme sicher, da sich die Falschheit aus den Regeln der Mathematik selbst ergibt. Ein Kreis ist *per definitionem* kein Polygon. Dies ist bei anderen Fiktionstypen oft nicht der Fall. Diese Fiktionen sind meist „nur“ falsch, wenn sie für die Realität als wahr behauptet werden.

828 Diese Frage führt zu einem pragmatischen Standpunkt, welcher beide Welten komplett voneinander getrennt betrachtet. Vgl. *Del Mar*, Introduction, in: Twining/Del Mar (Hrsg.), *Legal Fictions in Theory and Practice*, ix.

829 *Vaihinger*, *Die Philosophie des Als Ob*, VII.

830 *Ibid.*, 175 ff.

In der Mathematik findet man Fiktionen mit wieder anderem Charakter: So ermöglicht beispielsweise die Annahme, dass ein Vieleck mit unendlich vielen Ecken ein Kreis sei, die Flächenberechnung eines Kreises. Kurz gesagt: „Der Kreis ist ein Polygon.“⁸³¹ Dass diese falsche Annahme überhaupt gemacht wird, setzt voraus, dass sie zweckmäßig ist.

Doch auch hier stellt sich wiederum die Frage, ob es einen solchen Fiktionsstyp im Recht überhaupt geben kann. Ziel der mathematischen Fiktionen sind Erkenntniserweiterungen. Das Recht hat jedoch nicht den Zweck Erkenntnisse über die Realität (oder sich selbst) zu gewinnen. Das Recht wird geschaffen um die Realität zu gestalten; die Mathematik braucht die Realität nicht notwendigerweise. Mit den Worten Josef Essers ausgedrückt:

„Denn da Gesetze Gebote sind, und keine Erkenntnismittel, können sie auch keine Fiktionen in erkenntnistheoretischem Sinne enthalten.“⁸³²

Er spricht Sollens-Normen mithin einen erkenntnisgewinnenden Gehalt *per se* ab. Hans Kelsen wendet ein, dass Ziel der Jurisprudenz nicht die Erkenntnis der Wirklichkeit sei. Vaihingers Fiktionsbegriff sei zu eng, da er sich auf die „Sinnenwirklichkeit“ beziehe.⁸³³ Die Erkenntnis der Sinnenwelt, respektive der hier sog. sozialen Wirklichkeit, welche etwas weiter ist, ist Ziel der Naturwissenschaften sowie einzelner Geisteswissenschaften, wie zum Beispiel der Soziologie oder der Geschichte. Sie ist aber nicht Ziel des Rechts.⁸³⁴ Daher ist die Erkenntniserweiterung als Zweck einer Fiktion im Recht abzulehnen.⁸³⁵

831 Ibid., 601.

832 Esser, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen², 17.

833 Kelsen, Zur Theorie juristischer Fiktionen, Annalen der Philosophie 1919, 632.

834 Dies verkennend, ist Vaihingers Kapitel über die juristischen Fiktionen komplett hinfällig.

835 In Betracht kommt aber eine Anwendbarkeit in Bezug auf die Rechtstheorie. Hierbei muss jedoch beachtet werden, dass die Rechtstheorie als Erkenntnisziel das Recht hat und nicht die soziale Realität. Mehr dazu bei Kelsen in seinem Aufsatz von 1919. Teilweise wird der Fiktion auch in Bezug auf die Mathematik ein Erkenntnisgewinn abgesprochen, da sie bloße Erläuterung sei und ihr entgegengesetzter Fehler voraussetze, dass man das richtige Ergebnis bereits kenne. Boerma, Zur logischen Theorie der Fiktionen, Annalen der Philosophie 1923, 214.

G. Hypothese

Ist eine Hypothese, d.h. eine Behauptung, deren Beweis aussteht, eine Fiktion? Newton würde dies bejahen, wenn die Hypothese keinerlei Grundlage in der Natur findet. Mit seinem berühmten Ausspruch aus der zweiten Auflage der *Principia* „*hypotheses non fingo*“⁸³⁶ meint er, dass eine Hypothese nicht einfach fingiert, im Sinne von frei erfunden werden dürfe. Damit sagt er über die Fiktion aber weniger aus als über die Eigenschaften einer Hypothese. Diese ist eine vorläufige Aussage *quod esset demonstrandum*, deren Richtigkeit nicht als unwiderlegbar wahr etc. angenommen wird.

Was Hypothese und Fiktion gemein ist, ist ein artifiziell Gesetztes.⁸³⁷ Die juristischen Fiktionen dienen jedoch nicht dazu, die soziale Realität besser zu verstehen, wie das bereits von Vaihinger und Hans Kelsen festgestellt wurde. Des Weiteren wird eine Hypothese stets auf ihre Wahrheit geprüft, wohingegen für Fiktionen der Realitäts- und Wahrheitsbezug nur indirekt gegeben ist.⁸³⁸ Vaihinger führt dazu aus:

„Der Verifizierung der Hypothese entspricht die Justifizierung der Fiktion. Muss jene durch die Erfahrung bestätigt werden, so muss diese gerechtfertigt werden durch die Dienste, welche sie der Erfahrungswissenschaft schliesslich leistet. [...] Fiktionen, welche sich nicht justifizieren, d.h. als nützlich und notwendig rechtfertigen lassen, sind ebenso zu eliminieren, wie Hypothesen, denen die Verifikation ermangelt.“⁸³⁹

Fraglich ist, ob rechtswissenschaftliche Fiktionen der Hypothese ähnlicher sind.

„Es ist natürlich, dass die Fiktion eine ganz andere Methodologie haben muss als die Hypothese. Die Methodologie dieser besteht wesentlich darin, dass die Annahme nicht bloß denkmöglich, sondern auch faktisch möglich sei [...]. Das Prinzip der methodischen Regeln der Hypothese ist die Wahrscheinlichkeit, die der Fiktionsregeln der Zweckmässigkeit der Begriffsgebilde.“⁸⁴⁰

836 Newton, *Philos. Nat. pr. Math.* 2/2, 202.

837 Bangemann, *Bilder und Fiktionen in Recht und Rechtswissenschaft*, 50.

838 Siehe Seiten 147 ff. und 189 ff.

839 Vaihinger, *Die Philosophie des Als Ob*, 150.

840 Ibid., 152.

Vaihinger betont, dass man, nachdem eine Fiktion angenommen habe, aus ihr keinesfalls eine Hypothese machen dürfe. Daraus würden regelmäßig „Welträtsel“ entstehen, welche für Verwirrung sorgten.⁸⁴¹ Wird eine Hypothese trotz ihrer Widerlegung weiter und nun bewusst und erkennbar als wahr behauptet, so wird sie zur Fiktion.⁸⁴² So auch Alexander Somek:

„Von der Hypothese unterscheidet die Fiktion, daß sie mit dem Bewußtsein verwendet wird, es werde das Realitätsprinzip verletzt.“⁸⁴³

Dadurch unterscheiden sich Hypothesen und juristische Fiktionen stark.

H. Definition

Ist jede rechtliche Fiktion nichts anderes als eine Neudefinition eines rechtlichen Begriffs? Dies liegt scheinbar insbesondere nah, wenn eine Definition durch die sprachliche Kennzeichnung „gilt als“ vorzufinden ist:

§ 3 UGB: Personen, die zu Unrecht ins Firmenbuch eingetragen sind und unter ihrer Firma handeln, gelten als Unternehmer kraft Eintragung.

Der im Unternehmensgesetzbuch definierte „Unternehmer kraft Eintragung“ ist gemäß dem Gesetz Unternehmer. Die Wirkung ist bei den Fiktionen die Rechtsfolgenverweisung (über eine Zuordnung zu einem anderen Institut) und bei den Definitionen eine Zuordnung zu einem rechtlichen Institut. In beiden Fällen werden also letztendlich im weiteren Sinne bestimmte Rechtsfolgen zugeordnet. Bei den fiktiven Instituten gibt es sogar eine Definition mit „ist“-Formulierung. Grundsätzlich können also in Definitionen Fiktionen verwendet werden; in der Regel ergänzen Fiktionen Definitionen um Ausnahmen.

Die sprachliche Formulierung des „gilt als“ im Beispiel legt nahe, dass dieser Unternehmer kraft Eintragung es im rechtlichen Sinne *eigentlich* kein Unternehmer sei. Der Gesetzgeber macht hier durch eine sprachliche

841 Ibid.

842 In Unterscheidung zur Vaihinger welcher davon ausgeht (Ibid., 151), dass die Hypothese zur Fiktion wird. Die Hypothese wird weiter als wahr behauptet, was sie nicht mehr sinnvoll macht – aber deswegen wird sie nicht zur Fiktion.

843 Somek, Der Gegenstand der Rechtserkenntnis, 18. Davon abweichend wird hier angenommen, dass Fiktionen Regeln des Rechts verletzen. Das von Somek sog. Realitätsprinzip wird dadurch erfasst, dass das Recht als Regel hat, grundlegende Zusammenhänge der sozialen Realität nicht zu verletzen.

Formulierung klar, dass der „Unternehmer kraft Eintragung“ aus anderen Erwägungen als der eigentlichen Idee des Unternehmers im Sinne des Unternehmensgesetzes unter die Gruppe der Unternehmer gefasst wurde.

Der Unterschied von Definitionen und Fiktionen liegt darin, dass Fiktionen beschränkt sind in ihrer Wirkung durch den Zweck, für den sie geschaffen wurden. Fiktionen sind so sehr an ihren speziellen Zweck gebunden, dass sie aus teleologischen Gründen oft eingeschränkt werden in ihrer Wirkung. Oftmals werden sie bereits im Gesetz selbst eingeschränkt, wie es bei § 22 ABGB oder etwa § 911 BGB der Fall ist. Dies ist bei Normen, die Definitionen enthalten, ebenfalls möglich, jedoch unter höheren Voraussetzungen. Eine teleologische Reduktion ist bei Fiktionen einfacher zu rechtfertigen als bei Definitionen, da Fiktionen nur über ihren Zweck gerechtfertigt sind. Eine Einschränkung ist im Wege der Interpretation also einfacher möglich.

Ein ähnliches Phänomen wie die scheinbar distanzierte „gilt als“-Formulierung findet sich in der Literatur: Hier wird teilweise im literarischen Werk selbst diskutiert, was zum Beispiel die Bedeutung des Werkes sein könnte. In Thomas Bernhards „Die Ursache“, einer autobiographischen Erzählung, finden wir beispielsweise den Satz:

„Manchmal geht es mir durch den Kopf, die Geschichte meines Lebens nicht preiszugeben. Diese öffentliche Erklärung aber verpflichtet mich, auf dem einmal beschrittenen Wege weiterzugehen, so Montaigne.“⁸⁴⁴

Hier kommentiert der Autor⁸⁴⁵, wie er seine Biographie wohl schreiben solle.⁸⁴⁶ Diese Art der Rede ist eine ganz andere als die in fiktionalen Texten sonst: Der Zweck oder einzelne Figuren oder Eigenschaften des Textes werden zum Objekt von den Text übersteigenden Überlegungen im Text selbst gemacht. Gemäß diesem literaturwissenschaftlichen Verständnis gibt es metafiktionale Aussagen nur fiktionsintern, d.h. im fiktionalen Text. Mit einer anderen, philosophischen Definition von Metafikcionalität könnte man auch die Unterscheidungen von metafikcional/fiktional und fikti-

844 *Bernhard*, *Die Ursache*, 122.

845 Im Fall der Autobiographie ist der Erzähler ausnahmsweise identisch mit dem Autoren, weshalb hier nur direkt von Thomas Bernhard, respektive dem Autoren, gesprochen werden.

846 Der Präzision wegen sei beigelegt, dass wenn man Biographien als faktuale und nicht als fiktionale Werke versteht, es sich bei diesem Beispiel um eine *metafiktionale* Aussage handelt. Das Phänomen des „den Text selbst als Objekt des Textes im Text machen“ bleibt jedoch das gleiche.

onsintern/fiktionsextern aufheben. Demnach wären metafiktionale Aussagen solche, „die in der Äußerungswelt die Funktion haben, Auskunft über die Eigenschaften eines fiktionalen Werks oder der Objekte, die ihnen entstammen, zu erteilen“.⁸⁴⁷ Aussagen in der Forschung, dass Sherlock Holmes in 221 B Baker Street wohne, wären dann fiktionsextern metafikcional.⁸⁴⁸ Mit der literaturwissenschaftlichen Definition könnte man diese Aussagen nicht als metafikcional beschreiben.⁸⁴⁹ Äquivalent zur metafikcionalen Rede kann man für Aussagen über das Recht auch von meta-rechtlicher Rede sprechen. Aussagen dieser Art fallen sprachlich und/oder inhaltlich auf, weil sie das Recht und seine Regelung problematisieren. In einem weiteren Sinne findet man dies im Wort „gilt als“; wäre es eine rein rechtliche Aussage, würde man § 3 UGB mit einem „ist“ formulieren und nicht mit einem „gilt als“. Da beides funktional äquivalent ist im Recht, d.h. zu genau den gleichen Ergebnissen führt, hat der Gesetzgeber einen Spielraum, was die sprachliche Formulierung angeht. Da die „normale“ Formulierung im Recht bei Definitionen ein „ist“ beinhaltet, handelt es sich bei „gilt als“ um ein Stilmittel. Hier kann der Gesetzgeber neben der eigentlichen Definition noch eine weitere Botschaft übermitteln. Was ist Kern dieser Botschaft? Was unterscheidet das „gilt als“ etwa bei § 22 ABGB von der Verwendung des „gilt als“ in § 3 UGB? Wird nicht bei § 3 UGB ebenfalls eine Gleichsetzung getroffen von Fällen, die der Gesetzgeber für nicht gleich erachtet? Der Unterschied bei den beiden Beispielen liegt im Detail: In beiden Fällen verwendet der Gesetzgeber ein Stilmittel, welches neben der eigentlichen Wirkung auch zum Ausdruck bringt, dass das, was er gleichsetzt bzw. er definiert er eigentlich als nicht gleich erachtet. Bei § 22 ABGB ist dies notwendig, da eine tatsächliche „ist“-Formulierung „das Ungeborne ist ... geboren“ schlicht in sich widersprüchlich wäre. Der normativen Formulierung durch das „gilt als“ wohnt das Artifizielle, Meta-phorische inne. Bei § 3 UGB würde eine „ist“-Formulierung „Personen, die zu Unrecht ins Firmenbuch eingetragen sind und unter ihrer Firma han-

847 Werner, Fiktion, Wahrheit, Referenz, in: Klauk/Köppe (Hrsg.), Fiktionalität: Ein interdisziplinäres Handbuch, 130; Werner entwickelt auch eine weitere Definition von Metafikcionalität, siehe dazu 129.

848 Wobei es bei dieser Definition fiktionsextern nur metafiktionale Aussagen geben kann. Dies schwächt die Definition jedoch nicht.

849 Diese Definition passt aber besser zu den ontologischen Debatten um den Status von fiktiven Entitäten; hierbei werden ebenfalls oft Paraphrasierungen eingesetzt für Aussagen, welche über das Werk getroffen werden. Insofern sind sich die Ansätze der Paraphrasierung und der Metafikcionalität sehr ähnlich. *Bruhns*, Zur Ontologie fiktiver Entitäten, 147 f.

deln, sind Unternehmer kraft Eintragung“ zu keiner Irritation führen, da eine solche Definition, wäre sie neu, immer noch in der Grundidee Unternehmers i.S.d. UGB läge. Diesem „gilt als“ fehlt es an der der Fiktion innewohnenden Artifizialität. Daher ist das „gilt als“ in § 22 ABGB Zeichen einer Fiktion, das „gilt als“ in § 3 UGB ein durch den Gesetzgeber verwendetes Stilmittel, nämlich das der Metanormativität, im Rahmen einer Definition.⁸⁵⁰ „Gilt als“ ist daher auch kein hinreichendes Merkmal für Fiktionalität. Fiktionen ergänzen Definitionen und können daher im weiteren Sinne als Teil davon betrachtet werden oder können Teil von Definitionen sein.

I. Juristische Vermutung

In der juristischen Dogmatik treten Fiktionen in der Regel in der Abgrenzung zu juristischen Vermutungen auf. Hier soll zunächst gezeigt werden, welche Positionen vertreten werden. Danach werden die Positionen anhand der Argumente der sie vertretenden Autoren diskutiert. Zum Verhältnis von juristischer Vermutung und Fiktion werden drei Positionen vertreten:

1. Nur eine unwiderlegbare Vermutung ist eine Fiktion.
2. Jede Vermutung, d.h. einfache, widerlegbare und unwiderlegbare, ist eine Fiktion.
3. Keine Vermutung ist eine Fiktion.

Die erste Position wird dabei z.B. von Fuller vertreten, die zweite von Tourtoulon und die dritte stellt die herrschende Ansicht in den Rechtswissenschaften da und wird z.B. von Zippelius⁸⁵¹, Larenz, Stern und Jhering vertreten. In der Diskussion geht vornehmlich um folgenden Rechtssatz:

Aus Fakt A ist zu folgern, dass Fakt B vorliegt.

850 Es sei ergänzt, dass es solch eine artifizielle Abweichung auch bei rechtsinternen Begriffen geben kann. Dies ist durch Auslegung des Rechts festzustellen. Das Recht muss nicht zwingend von den Regeln der sozialen Realität abweichen; es kann auch von seinen eigenen Regeln (ieS) abweichen. Häufiger wird man jedoch auf Fälle treffen, bei denen das Recht offensichtlich von den Regeln der sozialen Realität abweicht.

851 Wobei dieser dies nur vertritt, insofern es sich um Fiktionen „im engeren Sinn“ handelt. Zippelius, *Juristische Methodenlehre*⁷, 36.

Wie dies zu folgern ist, kann auf drei Arten geschehen: Durch eine Vermutung, widerlegbar oder unwiderlegbar, oder eine Fiktion. Dementsprechend umformuliert sehen die Sätze wie folgt aus:

1. Es wird vermutet, dass wenn Fakt A gegeben ist, Fakt B vorliegt.
 - a. Es wird *unwiderlegbar vermutet*, dass wenn Fakt A gegeben ist, Fakt B vorliegt.
 - b. Es wird (widerlegbar) *vermutet*, dass wenn Fakt A gegeben ist, Fakt B vorliegt.
 - c. Es wird (einfach) *vermutet*, dass wenn Fakt A gegeben ist, Fakt B vorliegt.
2. Wenn Fakt A gegeben ist, *gilt* Fakt B als vorliegend.

A stellt dabei die Vermutungs- bzw. Fiktionsbasis da, welche bewiesen bzw. gegeben sein muss. Die einfache Vermutung unterscheidet sich von der widerlegbaren Vermutung darin, dass die einfache Vermutung ein bloßer Erfahrungsschluss ist von dem Gewicht eines Indizienbeweises.⁸⁵² Eine widerlegbare Vermutung hingegen hat das Gewicht eines vollen Beweises und bewirkt dadurch eine Umkehr der Beweislast.⁸⁵³ Unwiderlegbare Vermutungen (*praesumptio iuris ac de iure*) wirken ebenfalls wie ein voller Beweis, der hier zusätzlich den Richter als auch die Beweisgegner bindet.⁸⁵⁴

Wie die Sätze nun im Recht genau formuliert werden, ist allerdings nicht immer so eindeutig, wie es hier idealtypisch gezeigt wird. Was mit den im Gesetz stehenden Formulierungen gemeint ist, ist oftmals schwierig zu beurteilen, wie Fuller bereits betonte. Gerade die Formulierungen „gilt als“ und „wird angesehen als“ wären oft nicht klar zuordenbar.⁸⁵⁵ Dem ist zuzustimmen: oft werden sprachliche Indizien zu hoch geschätzt. Daher soll und darf nicht von der Verwendung von Worten auf die Einordnung als Vermutung oder Fiktion geschlossen werden.

I. Position: Alle Vermutungen sind Fiktionen

Zu dieser Position kommt man zum einen, wenn man einen erkenntnistheoretischen Fiktionsbegriff vertritt: Dann ist aber auch alles neben den

852 Dolinar/Roth, Zivilprozessrecht, 64.

853 Ibid.

854 Ibid., 65.

855 Fuller, Legal Fictions, 47.

Vermutungen im Gesetz oder im Urteil fiktiv. Dies ist keine Position, wie bereits mehrfach erwähnt, die für die Rechtswissenschaft erkenntnisbringend fruchtbar gemacht werden kann.⁸⁵⁶

Tourtoulon sieht in jeder Übersteigerung einer Wahrscheinlichkeit, dass aus Fakt A geschlossen werden könne, dass Fakt B vorläge, eine Fiktion. Daher sieht er auch in jeder juristischen Vermutung, egal ob widerlegbar oder unwiderlegbar, eine Fiktion.⁸⁵⁷ Dem könnte entgegnet werden, dass eine widerlegbare Vermutung kein Ausdruck einer Wahrscheinlichkeit sei. Für den Fall, dass der Sachverhalt unklar bleibt, trifft sie jedoch eine Entscheidung. Damit drückt sie in der Gesamtbetrachtung der Anwendungsfälle der Norm eine Wahrscheinlichkeit/Tendenz für einen Fakt B aus. Da eine widerlegbare Vermutungsnorm nur sinnvoll ist, wenn die Wahrscheinlichkeit für Fakt B bei Vorliegen von Fakt A <100% ist, wird bei unklarer Sachlage und damit auch in der Gesamtbetrachtung aller Anwendungsfälle der Norm die Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen von Fakt B übersteigert. In dieser „unnatürlichen“ Übersteigerung sieht Tourtoulon die Fiktionalität von juristischen Vermutungen.

II. Position: Keine Vermutung ist eine Fiktion

Dass Fiktion und Vermutung streng zu trennen sind, ist die am weitesten verbreitete Lehre. Dahinter steht die Vorstellung, dass es eine Fiktion nur geben könne, wenn sicher sei, dass Fakt A nicht vorliege und im Recht dennoch absichtlich das Vorliegen von Fakt B angenommen wird. Diese Vorstellung kann man auf die Ursprünge der Fiktion im römischen Recht zurückführen, bei welcher Fiktionen zur Rechtsfortbildung dann eingesetzt wurden, wenn ein nicht vorhandener Klagebestandteil als gegeben fingiert wurde. Diese Fiktion wurde nur benötigt, wenn festgestellt wurde, dass Fakt A nicht vorliegt. Eine Fiktion greift nach dieser Ansicht nur in den bereits festgestellten Sachverhalt ein, Vermutungen hingegen in den Prozess der Erstellung des Sachverhalts. So kann man beispielsweise bei Baldus nachlesen:

856 Es sei klargestellt, dass dies nicht Vaihingers Position ist, obwohl sie aus seiner Grundannahme hätte entwickelt werden können.

857 *Tourtoulon*, *Philosophy in the Development of Law*, 398. – zitiert nach *Fuller*, *Legal Fictions*, 42.

„Praesumptio iuris et de iure est declaratoria rei dubiae, quia presumptio est verorum; fictio est falsorum.“⁸⁵⁸

Demnach wird die Fiktion mit Falschheit im Sinne von Widerspruch zur tatsächlichen Faktenlage, assoziiert. Zippelius argumentiert, dass es von den tatsächlichen Umständen des Sachverhalts abhängt, ob eine unwiderlegbare Vermutung als Fiktion im engeren Sinne wirke: Nur dann, wenn der vermutete Sachverhalt tatsächlich nicht vorliege, „wirke“ die unwiderlegbare Vermutung als Fiktion im „eigentlichen“ Sinn. Um eine Fiktion im engeren Sinn handle es sich, „wenn der fingierte Tatbestand mit Sicherheit nicht vorliegt.“⁸⁵⁹ So könne beispielsweise ein Mann niemals eine Frau sein. Für eine unwiderlegbare Vermutung sei dann zu sprechen, „wenn der ‚fingierte‘ Tatbestand möglicherweise auch tatsächlich gegeben ist.“⁸⁶⁰ Hier hänge die Einordnung als Fiktion oder Vermutung also davon ab, wie der Sachverhalt „tatsächlich“ sei. Dies ist auf theoretischer Ebene ein unbefriedigendes Ergebnis.

Simon Stern vertritt, dass Vermutungen Fakten im Sachverhalt schaffen würden, die, einmal etabliert, in allen Aspekten rechtlich betrachtet würden. Fiktionen würden auch Fakten schaffen, die aber nur in eine Richtung – bezüglich des Zwecks, zu dem sie geschaffen wurden –, wirken würden.⁸⁶¹

Jhering hält, wie oben besprochen, nur die rechtsfortbildenden Fiktionen für Fiktionen im eigentlichen Sinn. Fiktionen im Gesetz erkennt er eigentlich nicht als Fiktionen an. Daher kann es für ihn – auf einer ganz anderen Ebene als für Zippelius und Stern – natürlich auch keine Überlappung von Fiktion und Vermutung geben.

Dolinar und Roth sehen die Stärke des Beweises und seine Unumkehrbarkeit bei der unwiderlegbaren Vermutung als genauso gewichtig wie bei der Fiktion an. Der Unterschied läge darin, dass die unwiderlegbare Vermutung „gewöhnlich mit der Wirklichkeit übereinstimm[e].“⁸⁶²

858 *Todescan*, *Diritto e Realtà*, 172.

859 *Zippelius*, *Juristische Methodenlehre*, 36.

860 Wobei dieser dies nur vertritt, insofern es sich um Fiktionen „im engeren Sinn“ handelt. Mehr dazu gleich. *Zippelius*, *Juristische Methodenlehre*⁷, 36.

861 *Stern*, *Legal and Literary Fictions*, 321.

862 *Dolinar/Roth*, *Zivilprozessrecht*, 65.

III. Position: Manche Vermutungen sind Fiktionen

Innerhalb dieser Position werden klassischerweise die unwiderlegbaren Vermutungen als Fiktionen angesehen. Zum anderen kann man aber auch zu dieser Position gelangen, wenn man jede Übersteigerung einer Wahrscheinlichkeit als Fiktion ansieht, wie Tourtoulon dies vertritt. Problematisch an der Ansicht ist, dass man bei jeder Vermutung prüfen müsste, inwiefern das Vermutete tatsächlich wahrscheinlicher ist als andere Abläufe. Ist es tatsächlich wahrscheinlicher, ist die Vermutung gemäß Tourtoulon nicht fiktiv. Ist sie jedoch weniger wahrscheinlich als eine andere Alternative, so sind Vermutungen gemäß Tourtoulon fiktiv.

IV. Diskussion

Zunächst ist hier nochmals festzustellen, dass zur Identifikation einer Fiktion als solcher nicht am Wortlaut des Gesetzes gehaftet werden kann. Nur, weil das Wort „Vermutung“ oder „gilt als“ auftritt, darf es keinen Schluss in die eine oder andere Richtung geben. Bezüglich der „gilt als“-Formulierungen, die im *Common Law* als *deeming provisions* behandelt werden, vertritt Simon Stern, dass sie den Vermutungen ähnlicher seien als den Fiktionen, da auch sie in alle Richtungen wirken würden. Hierbei muss jedoch beachtet werden, dass sehr viele Rechtssätze, die eine „gilt als“-Formulierung enthalten, im *Civil Law* in ihrer Wirkrichtung von vornherein durch das Gesetz beschränkt sind oder nachgehend in der richterlichen Anwendung beschränkt werden;⁸⁶³ Im *Common Law* sind Fiktionen in der Rechtsprechung sowieso von vornerein zunächst auf den Einzelfall beschränkt und inhaltlich auf den *Equity*-Gedanken beschränkt. Lon Fuller vertritt, dass die *deeming provisions* daraus resultierten, dass der Autor des Textes nicht weiter darüber nachdachte, ob er eine Fiktion oder eine Vermutung schaffen wolle.⁸⁶⁴ Er wäre sich der Unterscheidung von Fiktion und Vermutung schlicht nicht bewusst genug, um eine eindeutige Formulierung zu finden. Es würde eine „primitive undifferentiated form of thought“ gegeben, welche zu wenig bestimmt sei, um eingeordnet werden zu können.⁸⁶⁵ Was aus der im zweiten Teil noch weiter ausgeführten Abgrenzung für die hiesige Abgrenzung mitgenommen werden kann ist,

863 Stern, Legal and Literary Fictions, 321.

864 Vergleiche zu dieser Unterscheidung später, 123 f.

865 Fuller, Legal Fictions, 48.

dass es im *Common Law* nicht nur die im *Civil Law* übliche Dyade von Vermutung und Fiktion gibt, sondern auch eine Zwischenform anerkannt ist.⁸⁶⁶ Dies verdeutlicht noch einmal, dass eine strikte Trennung von Vermutung und Fiktion zwar möglich, aber vielleicht auch sehr künstlich ist.

Wie die Geschichte (2. Teil) gezeigt hat, ist eine Fiktion im Gegensatz zur Vermutung nicht widerlegbar, sondern nur gemäß ihrem Telos in der Wirkung einschränkbar. Daher können widerlegbare Vermutungen keine Fiktionen sein.

Dass jede Erhöhung der Wahrscheinlichkeit mit Tourtoulon als Kriterium genommen wird, verwischt die Grenzen von Vermutung und Fiktion: Nicht jede Erhöhung der Wahrscheinlichkeit ist gleich artifiziell, wie es für die Fiktion erforderlich ist. Daher ist auch die Position, dass alle Vermutungen Fiktionen seien, abzulehnen. Es bleibt die Position der strikten Trennung von Vermutungen und Fiktionen: Der schwierigste Fall für die bei dieser Position vertretenen Abgrenzungskriterien in der dargestellten *Civil Law* Diskussion ist ein sog. *Non-Liquet*-Fall. Bei einem *Non-Liquet*-Fall kann „weder das Vorliegen noch das Nichtvorliegen von Tatsachen bewiesen werden“⁸⁶⁷. Man stelle sich vor, dass diese Tatsachen die Vermutungs- bzw. Fiktionsbasis betreffen. Nun greifen die allgemeinen Beweisregeln. Wenn diese die Vermutungs-/Fiktionsbasis schaffen, wird es problematisch: für Vertreter des Arguments, dass die Abgrenzung auf dem tatsächlichen „Bruch mit der Realität“ beruhe, ist nun nicht entscheidbar, ob eine Fiktion oder eine Vermutung vorliegt.

Diese offensichtliche Schwäche könnte dadurch kompensiert werden, dass als Hilfskriterium das *ignorantia facti* den Fiktionen⁸⁶⁸ oder den unwiderlegbaren Vermutungen⁸⁶⁹ zugeschlagen wird. Für ersteres spricht beispielsweise, dass die Gegebenheiten der sozialen Realität faktisch ignoriert werden, weil es in diesem Fall im Ergebnis auf ihr Vorliegen nicht ankommt. Dagegen könnte man argumentieren, dass eine Fiktion nur dann vorliegt, wenn bewiesen ist, dass ein Fakt A vorliegt und deswegen der induzierte Fakt B sicher im Gegensatz dazu steht. Solange es weder bewiesen noch nicht bewiesen ist, könne man nicht von einer Fiktion sprechen.

866 Auch wenn die Zwischenform nicht als solche gesehen wird.

867 Hier greifen dann die allgemeinen Beweislastregeln, sofern es keine spezielleren Regelungen gibt. *Ballon*, Zivilprozessrecht, Rn. 233; *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht, Rn. 770.

868 So zum Beispiel *Del Mar*, Legal Fictions and Legal Change in the Common Law Tradition, in: *Del Mar/Twining* (Hrsg.), *Legal Fictions in Theory and Practice*, 225–274.

869 *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 36.

Hiergegen ist wiederum einzuwenden, dass es äquivalent zu literarischen Fiktionen zu einer zufälligen Übereinstimmung von fingiertem und tatsächlichem Sachverhalt kommen kann. Es könnte sein, dass tatsächlich ein Sherlock Holmes in 221B Baker Street gewohnt hat. Dennoch schadet dies nicht der Fiktivität der Figur des Sherlock Holmes. Und auch im Recht genügt das bloße *ignorantia facti*. Unbefriedigend ist bei beiden Ansichten, dass diese Ansicht mit einem Hilfskriterium auskommen muss und die theoretische Einordnung von den tatsächlichen Gegebenheiten abhängt. Da die Fiktion aber durch ihre artifizielle Abweichung von Gegebenheiten, auf welche sie sich bezieht, wesentlich gekennzeichnet ist, kann dies kein Argument gegen das (Hilfs-) Einordnungskriterium darstellen. Zu modifizieren ist diese Ansicht jedoch dahingehend, dass es bei der Abgrenzung nicht allein auf den „Bruch mit der Realität“ ankommt, wie bereits gezeigt wurde: Wissenschaftliche Fiktionen entstehen durch einen Bruch mit Regeln ihres Kontextes der selbstverständlich auch die Regeln der sozialen Realität mit einschließen kann. Im Recht kann dieser Kontext das Recht oder da in seinen Folgen Bezug nehmend die soziale Realität sein.

Daher ist zunächst das Hauptkriterium zu modifizieren: Es kommt auf einen Bruch mit dem Recht an, welcher einen Bruch mit der sozialen Realität einschließt. Um die Abhängigkeit vom konkreten Einzelfall zu lösen, kann man anstatt des Bruchs mit dem Recht/der sozialen Realität im konkreten Einzelfall auf den regelmäßigen Bruch mit den Gegebenheiten bei dieser Art von Fällen abstellen. Dabei genügt nicht, wie bereits festgestellt, eine geringfügige Abweichung. Die Abweichung muss artifizieller Natur sein, d.h. von den durchschnittlichen Vorstellungen vom Lauf der Dinge abweichen. Die *ignorantia facti* ist als Hilfskriterium aus oben erläuterten Gründen den Fiktionen zuzuschlagen.

Vermutungen sind von Fiktionen zu unterscheiden. Eine Fiktion liegt dann vor, wenn es einen artifiziellen Bruch mit den Regeln des Rechts oder der sozialen Realität gibt. Wenn nicht festgestellt werden kann, ob es einen tatsächlichen Bruch gibt, kommt es hilfsweise auf die Regelmäßigkeit des Bruchs gemäß den durchschnittlichen Vorstellungen von den Vorgängen in der sozialen Realität an.⁸⁷⁰

870 Das Hilfskriterium ist beim Bruch mit den Regeln des Rechts natürlich nicht notwendig.

J. Juristische Analogie

Bei einer juristischen Analogie werden zwei Sachverhalte verglichen, welche sich zugleich ähnlich als auch unähnlich sind. Trotz der auch vorhandenen Unähnlichkeit wird die Wertung von dem einen auf den anderen Sachverhalt übertragen. Auch bei Rechtsfiktionen im kontinentaleuropäischen Bereich wird etwas gleichgesetzt, nämlich die rechtliche Bewertung. Wird bei der Analogiebildung etwas fingiert? Oder wird eine Fiktion über eine Analogie entwickelt?

Vaihinger hält „die juristischen Fiktionen“, worunter er die hier sog. dogmatischen Fiktionen versteht, für eine „speziellere Abart der“⁸⁷¹ analogen Fiktionen. Beide seien durch die gleiche Methode verbunden. Diese Methode sei „etwas Nicht-Geschehendes als geschehen oder umgekehrt“ zu betrachten oder „ein Fall unter ein analoges Verhältnis“ zu bringen „in einer Weise, die der Wirklichkeit schroff widerspricht“⁸⁷², wie es bereits angesprochen wurde. Die juristische Fiktion sei auch nur die Anwendung einer analogen in einem „speziellen Gebiet“⁸⁷³. Dabei ist jedoch zu beachten, dass Vaihinger die Analogie philosophisch, nicht juristisch versteht.

Simon Stern diskutiert für den Bereich des *Common Law*, wie Analogien und Fiktionen zusammenhängen könnten.

„[T]he common-law method of problem-solving depends fundamentally on the suggestive powers of [...] analogies.“⁸⁷⁴

Dafür, dass es keinen Zusammenhang gebe, spräche, dass Fiktionen immer mit einem Akt der Vorstellungskraft verbunden seien.⁸⁷⁵ Eine Analogie einzusetzen, d.h. den Bezug einer rechtlichen Regelung neu zu setzen, sei aber im Angesicht von ganzen Inseln, die bei Fiktionen durch die Welt versetzt werden oder neu geschaffenen Persönlichkeiten wie der Rechtsperson, nicht mit der Vorstellungskraft bei Fiktionen vergleichbar. Das Mehr an eingesetzter Vorstellungskraft ergäbe sich vor allem daraus, dass bei Rechtsfiktionen Bezug genommen werde auf Entitäten außerhalb des

871 Vaihinger, Die Philosophie des Als Ob, 46.

872 Ibid., 48.

873 Ibid., 50.

874 Stern, Legal and Literary Fictions, 318.

875 Ibid.

Rechts, wohingegen bei Analogien nur auf Entitäten innerhalb des Rechts Bezug genommen werde.⁸⁷⁶

Die Bezugnahme auf Außerrechtliches wäre jedoch andererseits kein ausreichender Faktor um von einer Fiktion zu sprechen: Stern bringt an dieser Stelle das Beispiel, in dem ein Gericht in New York 1896 diskutierte, wer für Diebstähle auf Dampfschiffen verantwortlich sei. Es wurde im Ergebnis eine Analogie mit Wirtshäusern gezogen. Dabei, argumentiert Stern, wird aber an keine Stelle behauptet, dass Dampfschiffe Wirtshäuser seien. Sondern es gibt nur eine Gleichsetzung in Bezug auf Versicherungsangelegenheiten (*policy concerns*) in diesem speziellen Fall. Und bei diesem Klassiker der *legal-reasoning*-Debatten hätte noch niemand davon gesprochen, dass eine Fiktion vorläge.⁸⁷⁷

Gerade bei den mit „gilt als“ gekennzeichneten Gleichsetzungen ist es problematisch: Handelt es sich hierbei um eine gesetzlich angeordnete Analogie oder um eine Fiktion?

Im Gegensatz zu literarischen Fiktionen sind die Gleichsetzungen im Recht immer nur auf einen bestimmten Fall zugeschnitten. Sie haben auch weiter keine Wirkung auf den Fall, als den bestimmten Zweck, für den sie geschaffen wurden. Bei § 22 ABGB wird dieser beispielsweise direkt angegeben:

„Selbst ungeborene Kinder haben von dem Zeitpuncte ihrer Empfängniß an, einen Anspruch auf den Schutz der Gesetze. In so weit es um ihre und nicht um die Rechte eines Dritten zu thun ist, werden sie als Geborne angesehen [...].“⁸⁷⁸

Bei rechtsfolgenverweisenden und rechtsfortbildenden Fiktionen wird stets angeordnet, dass ein Fakt, der einem Gericht bekannt ist, ignoriert werden soll.⁸⁷⁹ Geht es bei § 22 ABGB also beispielsweise um Pflichten und nicht um Rechte des Kindes, wird es nicht als geboren angesehen. Trotz der narrativen Struktur der Fiktion ist es also nicht der Fall, dass, wie bei literarischen Fiktionen, die Fiktion sich auf die ganze Geschichte, bzw. im Recht auf den ganzen Sachverhalt, auswirkt.⁸⁸⁰

Eine Analogie setzt auf eine strukturelle und wertungsmäßige Vergleichbarkeit zweier Fälle, die nicht identisch sind. Diese Struktur findet sich

876 Ibid., 319.

877 Ibid.

878 Hervorhebungen durch K.A.

879 Stern, Legal and Literary Fictions, 320.

880 A.a.: Ibid.

nur bei den Annahmen: Hier werden zwei Fälle über eine Brücke miteinander verbunden, die durch ein „gilt als“ gleichgesetzt werden für einen bestimmten Fall. Der Unterschied zwischen einer Analogie und einer Fiktion ist, dass bei der Fiktion so getan wird, als ob die Fälle im Recht identisch wären. Bei einer Analogie bleiben die Fälle strikt getrennt. So argumentiert auch Barnert:

„Fiktion [...] meint nicht Gleichbehandlung bei Anerkennung oder Bestätigung der Verschiedenartigkeit – dies würde auf einen Analogieschluss hindeuten, der auch relational, aber paradoxiefrei(er) ist [...].“⁸⁸¹

Dieser Unterschied ist zugegeben nur sein fein, aber offenbart gerade das, was die Fiktion ausmacht: Bei ihr werden Sachverhalte/rechtliche Fakten in einem bewussten Spiel als gegeben angenommen.

⁸⁸¹ Barnert, *Der eingebildete Dritte*, 9.