

Fiktionen

I.

Meine Damen und Herren, versuchen Sie bitte sich folgende Szene vorzustellen:

Wir befinden uns im Jahre 1910 und bummeln gemeinsam durch den Berliner Stadtteil Wedding, um dort das unlängst errichtete „Stadtbad Wedding“ zu inspizieren. Wir betreten das Bad durch den Haupteingang in der Gerichtsstrasse 67 und begeben uns umstandslos zu den beiden Schwimmhallen, der größeren, die für die Männer bestimmt ist und - anschließend - zur kleineren, die den Frauen vorbehalten wurde. Wir bewundern die Skulptur einer stattlichen Bäarin, die sich offenbar anschickt, die beiden etwas ängstlich blickenden Bärlein zu ihrer Rechten und ihrer Linken alsbald einer gründlichen Wäsche zu unterziehen.

Zu den Füßen der Bäarin lesen wir auf einer Marmortafel:

Damenbad

§ 1: „Männern ist der Zutritt zum Damenbad polizeilich untersagt.“

Es folgen weitere 11 Paragrafen, die Alter, Kleidung und Verhalten der badewilligen Frauen betreffen. Abschließend lesen wir:

§ 12: „Der Bademeister gilt als Frau im Sinne dieser Verordnung.“

Wir lachen, kehren amüsiert in die Gegenwart und diesen Hörsaal zurück und fragen uns, was wir jetzt erfahren haben.

Nun, wir haben dreierlei erlebt:

Wir haben

(a) einen fingierten, einen erdichteten Spaziergang imaginiert, von dem wir gerade erst zurückgekehrt sind; wir waren

(b) an einem realen, aber längst zerstörten Ort, dessen vergangene Wirklichkeit obendrein fiktional ausgemalt war und wir haben

(c) eine historische juristische Fiktion kennengelernt, einen, wie man so sagt, Juristentrick, der es dem männlichen Bademeister erlaubte, ungeachtet des generellen Verbots seinen Dienst im Frauenbad zu verrichten.

Diese erfundene Geschichte vorläufig und zur Einstimmung - als kleinen Hinweis auf die Schwierigkeiten, in die ein Jurist gerät, wenn er beginnt, sich Gedanken über die ihm wohlvertraute Figur der Fiktion zu machen, Schwierigkeiten, die sich noch erheblich steigern, wenn er sich, wie ich, anheischig macht, unter dem Titel „Wirkmacht rhetorischer Tropen und Figuren“ über Fiktion zu sprechen.

Denn der Ausdruck „Fiktion“ kann schwerlich ganz ohne weiteres als Name eines rhetorischen Tropos oder einer rhetorischen Figur in Anspruch genommen werden.

Es ist zwar richtig, daß das Wort *fictio* im Meer der Verwendungsweisen in den lateinischen Lehrbüchern der Rhetorik an verschiedener systematischer Stelle - und zwar auch bei den Tropen und Figuren - auftaucht. Aber eben nur AUCH.

Wobei ich, dies sei nebenbei und zur Offenlegung meiner Hilfsmittel bemerkt, bei „lateinischen Lehrbüchern der Rhetorik“ ausschließlich an den unsterblichen Quintilian¹ denke, dessen unerschöpfliche *Institutio Oratoria* mir schon seit Jahrzehnten als Bibel der Rhetorik Ratgeber und Maßgeber ist.

Also *fictio* bezeichnet auch einen Tropus. Aber im Allgemeinen wird mit *fictio*, der Substantivierung des Verbums *fingere* , d.h. *formen, bilden, gestalten, schaffen* auf ein Produkt jener wunderbaren menschlichen Fähigkeit hingewiesen, von der manche sogar behaupten, daß sie allein dem Menschen zukomme - ich meine die Fähigkeit, jenseits von dem, was der *homo sapiens* sieht, hört, schmeckt - kurzum: jenseits dessen, was er ERFÄHRT, Dinge, Personen, Geschehnisse, ja, ganze Welten formen, erfinden, erdichten zu können, die ihn in andere - der so genannten Wirklichkeit entgegengesetzte - Regionen und Verhältnisse führen.

Wir haben es ja vorhin, bei unserem gemeinsamen Spaziergang, gerade geübt!

Dass diese Fähigkeit wirklich allein dem Menschen eignet, scheint mir noch nicht ausgemacht. Wer jemals einen träumenden Hund beobachtet oder eine in unbewegter Nachdenklichkeit auf dem Fensterbrett lagernde Katze betrachtet hat, wird kaum leichthin behaupten wollen, daß es diesen Geschöpfen nicht gegeben sein soll, sich in unwirkliche Welten zu versetzen.

Doch wie dem auch sei - mein Gegenstand heute ist die Fiktion in der Menschenwelt, beschränkt auf die Rhetorik, die Kunst der Persuasion, also einen -genetisch betrachtet - weder geschichts- noch literaturwissenschaftlichen, sondern juristischen Gegenstand, denn die Rhetorik ist, wie uns einst Aristoteles ausführlich erzählt hat, eine direkte und legitime Tochter der Gerichtsrede.

Das soll mich freilich von einem neugierigen Blick auf die Fundamente des Riesenreichs der Fiktionen nicht abhalten. Denn ich vermute, daß gerade der enorme Umfang dieses Gegenstandsbereiches - von der fingierten Rechnung bis zu Rotkäppchen, von der frechen Lüge bis zur idealistischen Utopie, vom sorglosen Theater bis zum beunruhigenden Mythos einen deutlichen Vorteil bietet. Wir dürfen nämlich hoffen, diesem Bereich einige Hinweise ablauschen zu können, wie dem Geheimnis der „Wirkmacht“ von Tropen und Figuren, sollte denn eine solche Macht tatsächlich feststellbar sein, wenigstens teilweise auf die Spur zu kommen ist.

¹ *Institutionis Otatoriae libri XII*, hgg. und übersetzt von Helmut Rahn Darmstadt 1988

II.

Blicken wir also zunächst auf die Tropoi, die Tropen, mit deren Hilfe bestimmte Ausdrücke aus verschiedenen Motiven durch andere ersetzt werden, dann erscheint die Fiktion dort zuerst als **fictio nominis**, als Neuschaffung eines Nomens, also eines Substantivs - aber auch eines Namens.

Die *fictio nominis* arbeitet (zunächst noch relativ eng) mit Ableitung aus gebräuchlichen Wörtern - wie das Derivat *Handy* aus *Hand* - oder durch Verbindung von bekannten Wörtern - wie die Konjunktion *Unrechtsstaat* aus *Unrecht* und *Staat*.

An diesem zweiten Beispiel merkt man bereits, daß die Sache manchmal weniger harmlos sein kann, als es auf den ersten Blick scheinen möchte.

In Humanistenmanier sprechen viele seit dem 18. Jahrhundert von Neologismus, wenn sie eine (in der Regel eine sprachwidrige) Wortneubildung dingfest machen wollen. Die Griechen selbst sprachen von Onomatopoiia, von Wort-Herstellung, eine Tätigkeit, welche nach unserem Rhetorikprofessor Quintilian [VIII, 6,31], bei den Griechen zu den größten Rednertugenden gerechnet worden sein soll (*inter maxima habita virtutes*), während sie den Römern seiner Zeit, also dem 1. Jahrhundert nach Christus [35-96 p.C.], kaum gestattet gewesen sei (*nobis vix permittitur*).

Da sind wir aber heute in einer wesentlich besseren Lage.

Bei uns wird der freie Neologismus nicht bloß gestattet, sondern sogar angeordnet und fallweise auch erzwungen. Das hängt einerseits mit einer tiefgreifenden, gesellschaftlich vermittelten Erweiterung der Motivation zur Wortherstellung zusammen und andererseits mit einer veränderten Auffassung von Sprache, auf die wir noch näher werden eingehen müssen.

Der klassische Redner jedenfalls machte von seiner Freiheit zur Urschöpfung neuer Worte in erster Linie im Falle des Mangels (*inopia*) Gebrauch, sei es, daß ein geeigneter Ausdruck zur Kennzeichnung von Sachen oder Personen überhaupt fehlte, sei es, daß im Bereich des Redeschmucks die für den *ornatus* zur Verfügung stehenden Ausdrücke zur Erzielung der erwünschten Wirkung nicht auszureichen schienen.

Im 20. Jahrhundert, dem Jahrhundert des Totalitarismus, sind diese Motive sei es durch staatliche, sei es durch gesellschaftliche Initiativen und Entwicklungen zwar nicht verdrängt, aber in einem Maße marginalisiert worden, daß wir auf die quintilianischen Erörterungen nicht ohne eine gewisse Rührung zurück zu blicken vermögen.

Es genügt Signalnamen wie den von George Orwell oder Viktor Klemperer aufzurufen, um sich einen Begriff vom Rang und der Bedeutung der modernen Onomatopoiie zu machen. Wenn in Orwells Roman 1984 [von 1949] der verordnete „Neusprech“ verlangt, daß an die Stelle des Wortes *Kriegsministerium* der Ausdruck *Minipax* tritt und *Minilib* für das Justizministerium verwendet wird, dann weiß man, daß Orwells Fiktionen sich aus derselben

Quelle speisen aus der Viktor Klemperer sein *Notizbuch eines Philologen* [1947] gespeist hat, aus den nationalsozialistischen Neologismen für allerlei geplante bzw. realisierte „Sonderbehandlungen“ (d.h. Tötungen) und „Endlösungen“ (d.h. Schlusstrich unter die „Judenfrage“).

Die DDR hat nicht minder eifrig und im gleichen Geist der Verschleierung, der Ab- und Ausgrenzung und der Propaganda gewirkt und die *fictio nominis* eingesetzt, um aus einer *Mauer* einen *antifaschistischen Schutzwall*, aus dem *Weihnachtsgeld* die *Jahresendprämie* und aus dem *Fischrestaurant* das *Gastmahl des Meeres* zu bilden.

Aus einer onomatopoietischen Sicht sind dies alles freilich noch Kleinigkeiten gegenüber aus den USA eingeschleppten Welle der *political correctness*. Die ist zwar nicht dem Totalitarismus entsprungen, schreitet aber bei ihrem Durchsetzungsbemühen durchaus mit totalitärem Gehabe einher und scheut keineswegs totalitäre Methoden.

Die Bewegung ist zunächst aus durchaus billigenwerten, teils antirassistischen, teils feministischen, teils sozialen, politischen und moralischen Motiven in unsere Sprache geschlüpft. Inzwischen hat sie längst, nachdem sie aus dem Bereich des Liebenswürdigen - wie etwa die zahlreichen Professorinnen, Ministerinnen, Bereichsleiterinnen, Managerinnen und Bürgerinnen bezeugen - in die Manege des Lächerlichen gewechselt war, wie die Verbannung der Mohren aus Sarotti, der Türken aus den *getürkten* Rechnungen usw. zeigen, die Zone der Zensur und der Denkverbote erreicht.

Wir beteiligen uns alle mehr oder minder freiwillig an dieser Seuche. Zunächst lassen wir uns den nach der siegreichen Werbung für Cola light gebildeten Ausdruck *Gefängnis light* ausreden, den ein kritischer Kopf für den *Abschiebegewahrsam* abgewiesener Asylbewerber erdacht hatte, und dann sind wir auch noch willens den *Abschiebegewahrsam* als *Ausreisegewahrsam* auftreten zu lassen.

Damit rutschen wir aber schon in eine gefährliche Nähe zu jenen Verwaltungsbeamten, die vor etwas mehr als 70 Jahren in den Akten *deportierter* Juden den Vermerk *evakuiert* anbrachten.

Die *fictio nominis* braucht also um ihre Wirkmacht nicht zu bangen. Sie braucht lediglich auf ihre Position als Lieblingswerkzeug der politischen Korrektheit und flexible Vormacht der Gedankenpolizei zu verweisen.

III.

Aber auch die *fictio personae*, die zweite Erscheinungsform der *fictio* als Tropos, muss sich nicht etwa hinter der *fictio nominis* verstecken. Wie diese hat auch die „Personifikation“ einen klangvollen griechischen Namen. Sie heißt *Prosopopoiie*, die Herstellung einer Person.

Vielleicht haben Sie Helmut Käutners anrührenden Film „In jenen Tagen“ aus dem Jahre 1946 gesehen. Ein ein alter PKW, welcher soeben von zwei Arbeitern ausgeschlachtet wird, erzählt

seine Geschichte, d.h. er erzählt unsere Geschichte von der „Machtergreifung“ 1933 bis zum Untergang 1945: das ist die *fictio personae* eines nicht personhaften Gegenstandes.

Quintilian [9.2.32] zählt allerdings auch die *sermocinatio*, das fingierte Gespräch oder das Selbstgespräch, zur *Prosopopoiie*, indem er sich auf ein nur sehr begrenzt gültiges, nämlich das für historische oder erfundene Personen geltende Argument stützt: *sermo fingi non potest, ut non personae sermo fingatur* - man kann kein Gespräch fingieren, ohne einen Gesprächspartner zu erfinden.

Um ein Gespräch mit der Kanzlerin zu erfinden, brauche ich aber nicht Frau Merkl herzustellen. Die ist schon da.

An dieser Stelle folge ich dem Großmeister also ausnahmsweise nicht, sondern beschränke den hochpathetischen Tropos, wie der Heinrich Lausberg die *Prosopopoiie* qualifiziert, auf Reden oder anderweitiges Verhalten nichtpersonhafter Dinge .

Wenn ich also Pathos für die Bundeswehr („Bundeswehr“, das ist ein Ausdruck aus der Wiederbewaffnungsonomatopoiie für die ehemalige Wehrmacht“), wecken will, personifiziere ich „Deutschland“.

„Deutschland ruft“ dichtet ein gewisser Eide Utscher, um für die „Bundeswehr“, die keine „Wehrmacht“ mehr ist, zu werben².

„Wenn Deutschland ruft,
werd' ich mich melden den stolzen Reihen,
die ihr Schaffen Deutschland weihen“

usw. in holprigen Strophen bis zum bitteren Ende:

„Was zählt schon meine Wenigkeit, gegen Deutschlands heilige Ewigkeit“.

Von „Deutschland ruft“ verspricht sich die Wenigkeit des Verfassers offenbar und vermutlich ganz zu Recht mehr heiligen Charme und daher auch mehr Zulauf als von einem trockenen Einstellungsangebot.

Juristen nutzen das Personifikationspathos vielfältig, wenn auch in anderer Weise.

Es kommt noch relativ unauffällig daher, wenn der Berliner Strafrichter Robert Ufer³ ausführt, grundsätzlich gehe DAS Gesetz davon aus, daß eine 15 jährige reif genug sei, auch über ihr Sexualleben selbstbestimmt zu entscheiden. DAS Gesetz, nämlich das Bürgerliche Gesetzbuch, redet nun zwar zweifellos von der notwendigen Berücksichtigung des Kindeswohls, aber es spricht sicher nicht zur Frage, ob eine 15jährige einen 45jährigen als Sexualpartner nehmen dürfe - einfach schon deshalb, weil DAS Gesetz überhaupt nicht spricht, sondern wer spricht, ist der Richter, der deshalb das Gesetz sprechen lässt, damit man nicht merkt, daß in Wahrheit er spricht.

² Besonders markig: <https://www.youtube.com/watch?v=f64Jt2aL3k8> (zuletzt: 8.11.2016)

³ So Spiegel-online vom 1.November 2016

Hier verlagert die Prosopopöie die Verantwortung von der handelnden Person auf eine fiktiv sprechende Sache: das Gesetz

Nebenbei: Was wird DAS Gesetz sagen, wenn die Heiratsreife vom Gesetzgeber auf 16 oder gar 18 Jahre fixiert wird?

Richtig dramatisch zeigt sich dieses Juristenversteck hinter der Prosopopöie, wenn wir Paul Kirchhof zuhören, dem bekannten „Professor aus Heidelberg“, mit einem besonderen Faible für das Erhabene und Theatralische.

„Das Grundgesetz will“, „die Verfassung sagt“ gehört zu seinen ständigen Redensarten und der brave Bürger hört beklommen, daß das Grundgesetz ein „Abstandsgebot“ wünscht und also will, daß die Gleichstellung einer homosexuellen Partnerschaft mit der Ehe unzulässig ist.

Dass jedoch nur Herr Kirchhof dies will, weil die Verfassung lediglich das will, was die Mehrheit der Verfassungsrichter will, geht hinter der pathetischen *fictio personae* unter.

Im zitierten Fall ist dem Troubadour der *fictio* freilich der übliche Erfolg versagt geblieben, weil das Verfassungsgericht entschied, die Verfassung wolle nicht, was Herr Kirchhof sagte, daß sie wolle.

Hier hat also die eine Prosopopöie die andere aus dem Feld geschlagen - in der Sache verbergen in allen Fällen die eigentlich Verantwortlichen ihre Verantwortung hinter dem redenden Gegenstand.

Sogar auf supranationalem Terrain macht sich die Prosopopöie nützlich:

„Europa atmet mit zwei Lungen“ ruft der Breslauer Professor Krzysztof Ruchniewicz⁴ - und gibt damit nicht nur ein Beispiel für die naturwidrige Entstellung einer *fictio personae* von Papst Johannes Paul II⁵, sondern zugleich auch ein Beispiel für die nichtredende, aber gleichwohl wirksame Personifikation. „Europa atmet mit zwei Lungen, einer westlichen und einer östlichen“ - und schon entsteht vor dem geistigen Auge des Hörers das Bild einer perfekten Person, deren leider fehlende Einigkeit und mangelnde Solidarität hinter ihrer organischen Integrität verschwindet.

Die Prosopopöie läßt den Zwiespalt (!) als originelle Ausstattung erscheinen.

IV.

Mit *fictio nominis* und *fictio personae*, Onomatopöie und Prosopopöie, ist die Welt der Fiktion im Bereich der Tropen erschöpft.

Vor der Rückkehr zur *elocutio* und vorm Übergang zum Juristendiskurs noch ein kurzer Blick auf die Fiktion in der rhetorischen *inventio*, der Kunst, Argumente zu finden.

⁴ Europäische Identität - eine ständige Herausforderung, in: Stock/Markschies/Hauer (Hrsg), Zukunftsort Europa, 2015, S.104 ff (109)

⁵ Der hatte, normativ und in anderem Kontext, gefordert: „Europa muß mit beiden Lungenflügeln atmen“

Die Fiktion erscheint dort unter den *Topoi*, also nicht den *tropoi*, den *modi*, sondern den *topoi*, den *loci*, d.h. jenen Örtern, an denen man Argumente fischen kann, wie der Angler seine Beute an jenen Plätzen macht, an denen die Fische stehen.

Vom *locus a fictione* sagt Quintilian [5.10.95], daß er ein Argument sei, das darin bestehe, „etwas vorzutragen, das, wenn es wahr wäre, die Frage lösen oder fördern werde (*proponere aliquid, quod si verum sit, aut solvat quaestionem aut adiuvet*). Man mache dies um alsdann die Streitsache, um die es gehe, jenem (fiktiven Fall) gleichzustellen (*deinde id, de quo quaeritur, facere illi simile*).

Es passt also gut, dass die Griechen diese *locus a fictione* als ein Argument *καθ' υπόθεσιν* [kath' hypothesein], als einen hypothetischen Fall bezeichnet haben.

Damit ist ein Verfahren beschrieben, das jedem Juristen seit seinem ersten Semester an der Universität wohlvertraut ist und das aus einer seiner besten, für Nichtjuristen allerdings bald befremdlichen, bald erheiternden Eigenschaften resultiert: aus seiner Fallphantasie.

Ein Fall wird imaginiert, um eine etwas komplizierte, eine bislang vielleicht unerhörte, eine schwer vorstellbare, eine aporetische Situation zu beleuchten und - wenn möglich - einer Entscheidung näherzubringen.

Dürfen, so hat man sich hierzulande nach den amerikanischen Erfahrungen vom 11. September des Jahres 2001 immer wieder gefragt, von Terroristen gekaperte Flugzeuge abgeschossen werden, um dadurch vielleicht das Leben vieler anderer zu retten? Eine Frage die der seinerzeitige Justizminister Schily ganz unrhedorisch mit der Bemerkung „die sind ohnehin schon tot“ bejahte.

Viel vornehmer und vorsichtiger hat einer der sich zur Lösung berufen fühlenden Rechtsprofessoren (Claus Roxin) bei der Erörterung dieser Frage einen *locus a fictione* ins Gespräch gebracht, indem er sagte⁶: „wenn ein Autofahrer infolge einer plötzlichen Ohnmacht oder eines Herzinfarktes auf einen dichtgedrängten Weihnachtsmarkt zurast, darf man ihm die den Markt flankierenden Betonklötze in den Weg schieben, auch wenn der Autofahrer dabei möglicherweise zu Tode kommt“.

Ein Fall der der Lebenswelt eines zu überzeugenden Normalbürgers näher steht als das potentielle Geschehen am Terroristenhimmel.

Andere bemühen im gleichen Zusammenhang den Ballonfahrer, der als er rapide an Höhe verliert, einige Passagiere aus dem überlasteten Ballon stürzt, wieder andere operieren mit dem Fährmann auf einer vom Untergang bedrohten Fähre oder erfinden die Geschichte von den zehn Matrosen, die aus einem lecken Rettungsboot zur Sicherung der restlichen vierzig geopfert werden.

⁶ Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 6,2011, 558 – www.zis-online.com

Immer geht es um dieselbe Frage: wie soll das Recht im Hinblick auf das ethische Problem einer quantitativen Verrechnung von Menschenleben gefasst werden?

Dabei spielt es keine Rolle, daß auch der Ausgangsfall ein bloß vorgestellter, hypothetischer ist, der sich bislang nicht ereignet hat, sich aber noch jederzeit ereignen könnte. Denn die argumentative Operation mit dem *locus a fictione* ist stets die gleiche - ob jetzt ein aktueller Fall gerade vor Gericht verhandelt wird oder ob ein Jurist am Schreibtisch ein Sachproblem kunstvoll in einen zu lösenden Fall gewickelt hat. Die Imagination soll den Weg in die Realität ebnen.

Nach so vielen fingierten Juristenfällen sind wir auf den Übergang zur *fictio iuris* hinreichend vorbereitet.

V.

Quintilian behandelt die *fictio iuris* nicht, was verwundern könnte, denn schließlich war sie ihm als einem ausgezeichneten Rechtskenner zweifellos geläufig.

Der einfache Grund für sein Schweigen dürfte in dem Umstand zu suchen sein, daß die *fictio iuris* zwar im römischen Juristendiskurs weit verbreitet ist, aber in der advokatorischen Rede, die Gegenstand von Quintilians *Institutio Oratoria* ist, keine Rolle spielt.

Sie erscheint ausschließlich in dem juristischen Normgefüge, in der Dogmatik, welche die römischen Rechtslehrer bearbeiteten.

Um das besser verständlich zu machen, füge ich dem Bademeisterexempel aus dem Anfang meiner Darlegungen, zwei Beispiele aus dem römischen Recht hinzu:

Der erste Fall ist die so genannte *fictio legis Corneliae*. Damit ist auf ein unter dem Diktator Lucius **Cornelius** Sulla zwischen 82 und 79 vor Christus ergangenes Gesetz Bezug genommen.

Mit diesem Gesetz wurde eine bis dahin geltende Norm des römischen Staatsbürgerrechts verändert. Generell ging man, entsprechend dem damaligen Völkerrecht davon aus, daß ein im Kriege besiegter und gefangener Römer zum Sklaven des Siegers wird und damit seine heimatlichen Bürgerrechte verliert.

Ein Testament, das er vor oder während des Feldzugs gemacht hat wird ungültig. Es lebt aber wieder auf, wenn er zurückkehren sollte. Stirbt er jedoch als Gefangener, bleibt es ungültig.

Die *lex Cornelia* änderte jetzt diese Regelung dahingehend ab, daß sie verfügte, der verstorbene Gefangene solle als einer angesehen werden, der in Freiheit als Bürger gestorben sei. „Als ob er nicht in die Hand der Feinde gefallen sei“, sagen uns die das Gesetz kommentierenden Juristen (*ac si in hostium potestatem non pervenisset* [Dig. 28.1.12]).

Der tote Sklave soll behandelt werden „als ob“ er ein verstorbener Bürger sei. Es wird also eigentlich nicht das Gesetz geändert. Sondern der zu entscheidende Sachverhalt wird umfirmiert.

Als zweites Beispiel soll eine Nachricht des römischen Rechtslehrers und Lehrbuchverfassers Gaius dienen, der in seinen Institutiones, dem im zweiten nachchristlichen Jahrhundert verfassten Grundlagenkurs im römischen Recht, die *fictio iuris* näher behandelt hat. Er berichtet von einer ganzen Serie von Rechtsfiktionen [Gai IV. 32 ff.] Sie haben alle Ihren Platz im älteren römischen Verfahrensrecht und betreffen dort recht verschiedene Sachverhalte.

Zwei kurze Belege sollen und sollten genügen, um auch dem Nichtjuristen den Mechanismus zu verdeutlichen:

Ein Steuerpächter - also ein Pächter staatlicher Abgaben - hatte noch in republikanischer Zeit das Recht, eine Steuerschuld beim Steuerpflichtigen durch private **Pfandnahme** [*pignoris capio*] zu sichern bzw. durch **Pfandverwertung** auch einzutreiben.

Der Steuerpächter war also unter Umständen sein eigener Gerichtsvollzieher.

Der Prätor, der römische Gerichtsmagistrat, befreite bereits in vorciceronischer Zeit die Steuerpächter von diesem archaischen Verfahren, indem er ihnen anstelle der *pignoris capio* eine Klage, eine so genannte *actio ficticia*, gewährte - d.h. der Staat ersetzte die Selbsthilfe.

In der *actio ficticia* hieß es, daß der Beklagte auf jene Geldsumme zu verurteilen sei, die er hätte aufwenden müssen, wenn er ein vom Steuerpächter mit Beschlag belegtes Pfand hätte ablösen müssen [Gai. IV.32]

Etwas weniger raffiniert ist der zweite Beleg: Fällt ein römischer Schuldner in Konkurs wird sein Vermögen versteigert. Der Erwerber des Vermögens kann die in ihm, dem Erwerb, ruhenden Ansprüche geltend machen. Da diese bestehenden Forderungen aber nicht ihn, den Erwerber, sondern naturgemäß den Bankrotteur als Berechtigten ausweisen, wird er kurzerhand als Erbe des in Konkurs Gegangenen fingiert [Gai. IV.35].

Er soll so behandelt werden „als ob“ er den - ja immer noch lebenden - Schuldner beerbt hätte, damit er dessen Forderungen eintreiben kann.

Allen diesen Fiktionen ist gemeinsam, daß ein bestimmter nicht gegebener Sachverhalt als gegeben unterstellt wird. Es wird so getan, klarer noch: es soll so verfahren werden „als ob“ eine bestimmte Sachlage gegeben sei, die aber „in Wahrheit“ nicht gegeben ist.

Letztlich also eine höchst einfache Angelegenheit - wie beim Bademeister oder auch der berühmtesten aller juristischen Fiktionen, dem erst 1970 durch das Nichtehechengesetz aufgehobenen § 1589 Absatz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuches mit seinem, bei Nichtjuristen geradezu berüchtigten, Wortlaut:

“Ein uneheliches Kind und dessen Vater gelten als nicht verwandt“.

Der Zweck dieser Manipulation ist offenkundig.

Es geht darum, entweder neue Ereignisse, bestimmte, aus welchen Gründen auch immer veränderte Sachlagen oder auch bloße Anschauungsänderungen an das vorgegebene

normative Material anzupassen (die Juristen nennen das gerne einen legislativen „Fortschritt“) oder das vorhandene Normmaterial, ohne es irgendwie abändern zu müssen, einfach von dem betroffenen Fall fernzuhalten - also etwa die familienrechtlichen Rechte und Pflichten vom unehelichen Kind (gesetzestechnisch gesehen wäre das nicht mehr als eine stilistische Erleichterung).

Sprachlich wird die *fictio iuris* in Rom entweder mit dem Verb *fingere* oder der Konjunktion *ac si* („als ob“) plus Konjunktiv (*ac si ... esset*) zum Ausdruck gebracht; die deutsche Gegenwart bedient sich des Geltungsbegriffs: *ER gilt als Frau; Es gilt als nichtverwandt* etc.

Betrachtet man die *fictio iuris* unter rhetorischer Perspektive, müsste sie im Bereich einer Stilistik der Normen untergebracht werden. Bezeichnenderweise wird sie von Juristen gelegentlich und unspezifisch als „Figur“ angesprochen.

Tatsächlich lässt sie sich ohne weiteres - nicht anders als die rhetorische Frage - als *figura sententiae*, als Gedankenfigur auffassen, denn sie ist in der Sache ein **Imaginationsbefehl** („stell Dir vor ...!“ „verfahre als ob ...!“) der sich auf einen beliebigen Inhalt richten kann.

VI.

Dass es für die Geschichte der *fictio iuris* damit nicht sein Bewenden haben kann und wir sie nicht einfach sorglos bei den Römern belassen dürfen, sondern ihre Geschicke noch bis in die Neuzeit hinein verfolgen müssen, wenn anders sie uns noch eine generelle Sicht auf die *fictio* in all ihren Variationen ermöglichen soll - dafür sorgt die ungewöhnlich üppige Befassung der Juristendisziplin mit der Fiktion.

Die bis heute fortdauernde⁷ literarische Bearbeitung des Imaginationsbefehls durch rechtstheoretisch interessierte Juristen beginnt mit Rudolf von Jhering.

Jhering (1818 - 1892) war einer der scharfsinnigsten und bis heute auch für Nichtjuristen interessantesten Köpfe aus der großen Schar angesehener Zivilrechtler des 19. Jahrhunderts. Unter dem schönen Titel „Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung“⁸ hat er eine Rechtswissenschaftsgeschichte geschrieben, in der er ausführlich auf die *fictio iuris* eingeht..

Er berichtet, die Fiktionen hätten „sich in neuester Zeit einer regen Bearbeitung zu erfreuen gehabt“. Allerdings sei die Fiktion vielfach verkannt worden und dies schon seit den Zeiten Ciceros. „Wie läppisch“ sei es, so könne man wohl rasch sagen, meint Jhering, „ein rechtliches Hindernis, dessen man nicht Herr werden konnte, einfach hinwegzufingieren“, also zum Beispiel, „den Nichtbürger zum Bürger zu machen“. Dabei, sagt er, sei „die Sache so außerordentlich einfach“.

⁷Zuletzt wohl Paul Felix Wegmann, *Vermutung und Fiktion*, Genf 2016

⁸Ausgabe: I - IV⁸, Darmstadt, 1954, alle Zitate hier aus: III, 301 - 305

Spricht's und verhilft dem Leser mittels des *locus a fictione* zu einem schnellen Verständnis. Man solle sich, sagt er, ein Beispiel aus dem heutigen Leben vorstellen:

Eine Eisenbahnverwaltung habe ein Formular drucken lassen, in dem eine Rubrik für einen inzwischen geläufig gewordenen Artikel fehle. Zitat: „Um nicht die sämtlichen Formulare umdrucken zu lassen, bestimmt sie, daß der Artikel unter eine der vorhandenen Spalten untergebracht werden solle, daß Braunkohlen z.B. als Steinkohlen **gelten** sollen“.

Zweck dieses Verfahrens sei es offenkundig „das neue Verhältnis ganz so {zu} behandeln, **als ob** es unter die Kategorie des alten fiele“.

Das wird dann von Jhering an weiteren Beispielen des römischen Rechts ausführlich illustriert und folgendermaßen zusammengefasst:

„Der Zweck der Fiktion besteht in der Erleichterung der Schwierigkeiten, die mit der Aufnahme und Verarbeitung neuer, mehr oder weniger einschneidender Rechtssätze verbunden sind, in der Ermöglichung die traditionelle Lehre formell ganz in ihrer Gestalt zu belassen, ohne doch dem Neuen praktisch seine volle Wirksamkeit dadurch irgendwie zu verkümmern. Indem sie die Schwierigkeiten **umgeht, statt sie zu lösen**, charakterisiert sie sich damit als eine **wissenschaftlich unvollkommene Form** der Lösung der Aufgabe ...“

Es sei die *fictio iuris*, so fährt er fort, so etwas wie eine „technische Notlüge“, die aber dem Fortschritt diene, „zu einer Zeit, wo es der Wissenschaft noch an der Kraft fehlen würde, die Aufgabe in der ihr entsprechenden Gestalt zu bemeistern“

Diese auf den ersten Blick ungemein plausible Deutung hat die Zeitgenossen Jherings völlig überzeugt und ist bis heute letztlich unangefochten geblieben. Sie scheint sich auch von dem, was wir im Hinblick auf den Umgang mit der *fictio iuris* bei den Römern festgestellt haben, überhaupt nicht zu unterscheiden.

Die späteren Juristen haben folgerichtig ihre Aufmerksamkeit ganz überwiegend auf eine genauere Erfassung des „Wesens“ der *fictio iuris* gerichtet, eine ausführliche Taxinomie der Erscheinungsformen der Fiktion entwickelt und dem Entstehungsgrund der Fiktion nur noch geringe Beachtung geschenkt.

Gerade hier, bei der Genese der *fictio iuris* liegt aber der fundamentale Unterschied zwischen der modernen und der antiken Sichtweise. Der Unterschied deutet sich schon in der zitierten, beiläufigen Bemerkung Jherings an, in neuester Zeit habe sich die Fiktion einer regen Bearbeitung zu erfreuen.

Warum erst in der Neuzeit?

Weil das 19. Jhdt. die vorherige, nennen wir sie einmal naive Vorstellung einer unmittelbaren Anwendbarkeit des römischen Rechts verloren hatte. Die durch Aufklärung und Historismus geläuterten Köpfe der Pandektisten - so heißen diese Rechtslehrer wegen ihrer vorrangigen Beschäftigung mit den Digesten oder (griechisch) Pandekten, dem umfänglichsten Teils des

Corpus Iuris Civilis - diese Pandektisten also, sehen ihre Aufgabe darin, das überkommene Normmaterial rational und systematisch für ihre Gegenwart aufzubereiten. Sie sind also im präzisen Sinne dieses Wortes Rechts-Schöpfer, sie formen und basteln in größter Freiheit aus dem alten Normenschatz ein neues Normenkorsett für ihre bürgerliche Gesellschaft.

Sie produzieren neue Normen für die neue Wirklichkeit: die normenhungrige industrielle Gesellschaft.

Wer so arbeitet, dem muß das Fingieren, das Erdichten von Wirklichkeiten, um etwas Neues, Unerlebtes, Regelungsbedürftiges unter die alte Norm schieben zu können als anfängerhaft, als „läppisch“, wie Jhering bezeichnenderweise sagt, erscheinen.

Er wird gar nicht auf den Gedanken kommen, daß das antike Verfahren vielleicht keine Notlüge infolge einer wissenschaftlich noch unentwickelten und kraftlosen Zeit ist, sondern daß jene Zeit eine Auffassung von der Kraft, der Macht und der Magie des Wortes besaß, die es nicht bloß verbot, sondern schlicht unvorstellbar machte, das durchzuführen, was der gute Jhering sichtlich für allein angemessen und wissenschaftlich vollkommen gehalten hätte: nämlich den Wortlaut eines Gesetzes zu ändern, z.B. dadurch, daß man ihn solange auslegt, bis er zum Fall passt.

Daß Jhering seine Manipulation am Wortlaut nicht etwa als „Umgehung“, sondern als die richtige „Lösung“ betrachtet hätte, sieht man an seiner knappen Bemerkung, daß die *fictio iuris* der Römer nichts anderes gewesen sei „als eine eigentümliche Form der analogen Ausdehnung des Gesetzes“.

Die Fiktion „war“ aber gewiss gerade keine analoge Auslegung. Sie „war“ eine ontologische, keine semantische Unterstellung und zwar aus Ehrfurcht vor dem Wort.

Aber für den im normativen Konstruktivismus befangenen Betrachter Jhering hatte sie eben diesen (von der Norm her gesehen und auf die Norm bezogen völlig korrekten) Erweiterungseffekt.

Dass aber die Römer diesen Effekt auch so „gesehen“ haben und nicht viel eher von der geformten Identität des fingierten Falles mit dem „wahren“ FALL ausgegangen sind, scheint mir alles andere als sicher.

Das was Jhering (im Einklang mit seinen Fachgenossen) in der Zeit der Vollpositivierung des Rechts [Luhmann], die dessen jederzeitige Änderbarkeit implizierte, für die vollkommene „Form der Lösung der Aufgabe“ hält, nämlich die „wissenschaftliche“ Normgenerierung, dürfte für die älteren, die republikanischen, römischen Juristen tatsächlich vollkommen inakzeptabel gewesen sein.

Schließlich verstanden sich selbst noch die auf diese Juristen folgenden Rechtslehrer bis ins 2. Jahrhundert nach Christus eher als Priester, denn als Wissenschaftler⁹ Mit vollem Recht hat

⁹Ulpian, D.1.1.1.1: *cuius merito (i.e.: ius est ars boni et aequi) quis nos sacerdotes appellet*]

Franz Wieacker (1908 - 1994), der bedeutendste deutsche Rechtshistoriker des 20. Jahrhunderts, als er eine fiktionsdogmatische Schrift¹⁰ rezensierte, angemerkt, daß der „Geltungsgrund der Fiktion“ in der „Sakraltechnik der vorklassischen Jurisprudenz“ gesucht werden müsse¹¹.

Wir haben zahllose Belege für den hohen altrömischen Rechtsformalismus - um hinter diesem abstrakt blassen Begriff „Formalismus“ einmal alles Sprachmagische und Mythische verschwinden zu lassen - einen Formalismus, der vom Prozessverlust beim Aussprechen eines falschen Formularwortes bis zur Unübertragbarkeit einer vertraglichen Bindung von den Parteien auf andere reicht.

Wir haben außerdem so viele kritische Stimmen zu diesem Sachverhalt bereits aus der Antike von Cicero (aus dem 1. vorchristlichen Jhdt.) bis zu Justinian (aus dem 6. Jhdt. nach Christus), daß an der Herrschaft einer Sprachauffassung schwerlich zu zweifeln ist, die dem förmlich gesetzten oder gesprochenen Rechtswort und Rechtssatz eine kaum zu überwindende, sinnliche Existenz verleiht.

Aus dieser Perspektive erweist sich die Deutung von Rudolf von Jhering als eine typische Projektion eines professoralen Normschöpfers und Normgestalters des 19. Jahrhunderts.

VII.

Fragen wir uns jetzt, welche Lehren etwa aus der Betrachtung der klassischen *fictio iuris* für die Fiktion generell zu ziehen sein könnten, jener, wie ich vorhin formulierte, „wunderbaren menschlichen Fähigkeit [...], jenseits von dem, was der homo sapiens [...] ERFÄHRT, Dinge, Personen, Geschehnisse, ja, ganze Welten formen, erfinden, erdichten zu können“ dann sollten wir noch einmal auf diesen alten römischen Rechtsformalismus blicken.

Es scheint mir auf der Hand zu liegen, daß die Vorstellung, daß einer Rechtsnorm eine solche seinsmäßige geistige Realität zukomme, daß eine Veränderung ihrer Wirklichkeit wenigstens unheilig, wenn nicht sogar unmöglich ist, eine Auffassung von Sprache voraussetzt, die den Rechtsworten eine generell performative, wirklichkeitsverändernde Macht zulegt.

Und es scheint mir zumindest naheliegend, daß man zu einer solchen Auffassung des Rechtswortes nur kommen kann, wenn man auch die Alltagssprache als eine sinntragende, wirklichkeitsverbürgende Mitteilungsmacht ansieht.

Mit anderen Worten nur eine begriffsrealistische, keine nominalistische Sprachauffassung ist zu einer solchen Steigerung der Anschauung wie sie der Rechtsformalismus bietet, in der Lage.

¹⁰Josef Esser, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen, Klostermann 1940

¹¹Wieacker, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, 102 (1942) 176 - 184; alle Zitate aus diesem Text

Wer nicht bloß davon ausgeht, daß Recht „außer dem Begriff gar nicht angetroffen wird“, wie Kant formulierte¹², sondern wem obendrein auch noch der Begriff selbst nur ein flatus vocis [Roscelin de Compiègne], ein leerer Hauch, ist, der wird sich kaum eine Rechtswelt vorstellen können, in der ein „rechtshaltiges Wirklichkeitsgefüge“ (Wieacker) west, wie es der Rechtsformalismus voraussetzt.

Mir will nun scheinen, daß in der Fiktion in allen ihren Erscheinungsformen, sei es die *fictio nominis*, die *fictio personae* oder die *fictio iuris*, ein ordentliches Stück Realismus verborgen ist, ein Sprachrealismus, der uns treibt zu glauben, wenn wir einer Sache einen anderen Namen gebe, sei sie eine andere, wenn wir sie sprechen lassen, spreche sie und nicht wir und wenn wir handeln „als ob“, verwandelten Geltung und Konjunktiv den Schein in Wirklichkeit. *Simulacra pro veris accipitur*: Ein Behinderter ist kein Krüppel mehr, nicht Herr Voßkuhle, sondern das Grundgesetz spricht, und die die Braunkohlen „gelten“ als Steinkohlen.

Damit sind wir genau an der Stelle, wo sich, wie Wieacker erinnerte, die „alte große Schlacht zwischen Realismus und Nominalismus [...] erneut“. Eine immer noch nicht endgültig entschiedene Schlacht, in der Wieacker sich zu den Realisten schlägt, während ich auf der anderen Seite stehe.

Vor allem ertappe ich mich selbst, der ich - obwohl kein Naturwissenschaftler, von dem mein verstorbener Freund Hubert Markl sagte, daß er ihn sich anders denn als Nominalisten überhaupt nicht vorstellen könne¹³ - ich also, ertappe mich, der ich mich seit Jahrzehnten als Nominalist sehe, in der Situation, daß ich mich der Wirkkraft des Sprachrealismus nicht entziehen kann.

Es muss sich hier so ähnlich verhalten wie bei meinem Wissen von der Bewegung der Erde um die Sonne. Obwohl Kopernikus (1473 - 1543) nun schon seit mehr als 500 Jahren dargetan hat, daß die Erde ihre Bahn um die Sonne zieht und nicht umgekehrt, spreche ich nach wie vor vom „Auf“- und „Untergang“ der Sonne, sehe fasziniert zu, wie sie blutrot „untergeht“ und erlebe beglückt, wie sie des Morgens am Horizont „aufsteigt“.

Und so mag auch Wilhelm von Ockham (1288- 1347) schon vor mehr als 700 Jahren gezeigt haben, daß in den Worten keine Essenz steckt und ihre Seinsweise unreal ist - und ich bin auch völlig überzeugt, daß er recht hat - die Wirkmacht der Fiktionen ist doch da, geht auf wie die Sonne und erfasst mich.

Dieter Simon

¹² Kritik der reinen Vernunft, Weischedel IV, 451

¹³ Siehe Hubert Markl, *Wer bestimmt, wann das Leben beginnt?* Berlin, BBAW, 2003, 8: „kann mir jedenfalls keinen ehrlich klar denkenden Naturwissenschaftler vorstellen, der nicht zugleich [...] Nominalist wäre...“

