

Regel und Fiktion

Zur normativen Kraft des Kontrafaktischen

Untersuchung über zwei Argumentationsformen
kultureller Selbstdarstellung.

Dissertation der
Bergischen Universität Gesamthochschule
Wuppertal

Zur Erlangung der Würde eines Doktors der
Philosophie
vorgelegt von
Fabian Steinhauer, Wuppertal

1.2.2001

Gliederung

| | |
|---|-----------|
| Einleitung | 4 |
| I. Kultur und Argumentationsform..... | 4 |
| II. Selbstdarstellung und Selbstverteidigung..... | 9 |
| | |
| § 1 Der Aufmerksamkeitswechsel | 15 |
| I. Zeitformen der Argumentation | 15 |
| II. Die Fiktion | 18 |
| 1. Semi- und Vollfiktionen..... | 18 |
| 2. Das negative Tatbestandsmerkmal | 22 |
| III. Die Figur des Kontrafaktischen | 27 |
| 1. Die Annahme möglicher Welten | 27 |
| 2. Katastrophen | 31 |
| 3. Das Gesetz der Inversion | 36 |
| | |
| § 2 Die Macht der Unwirklichkeit | 40 |
| I. Der Vorzug der Konsequenz | 40 |
| II. Der transzendente Schein | 45 |
| III. Die Philosophie des Als-Ob | 51 |
| 1. Der idealistische Positivismus Vaihingers..... | 51 |
| 2. Empfindungen und Vorstellungsbilde | 53 |
| 3. Abbilden und Handeln | 55 |
| 4. Das Gesetz der Ideenverschiebung | 60 |
| 5. Wirksamkeiten des Unwirklichen..... | 62 |
| | |
| § 3 Die Möglichkeiten des Gesetzes | 78 |
| I. Das juristische Modell | 78 |
| II. Das Wirklichkeitsdilemma des Rechts | 80 |
| 1. Die Unterscheidung von Normativität und Faktizität | 80 |
| 2. Der Subsumtionszirkel | 84 |
| 3. Verwirklichungstakte des Rechts | 88 |
| 4. Kontakt- und Isolationsbegriffe | 94 |
| III. Das Ideal der Widerspruchslosigkeit | 101 |
| 1. Die Grenzen der Verbindlichkeit..... | 101 |
| a) Transzendentalpragmatische Argumente | 101 |
| b) Gedächtnisgarantien | 103 |

| | |
|---|------------|
| 2. Revisionen | 105 |
| IV. Die Theorien des juristischen Fiktionalismus | 110 |
| 1. Die Gesetzgebungstechnik der Fiktion | 110 |
| 2. Rechtsfortbildung und Anpassung | 114 |
| 3. Souveränität und Fiktion..... | 115 |
| a) Die Wirklichkeit als juristische Auflösungserscheinung | 115 |
| b) Zur ästhetischen Dimension des Rechts bei Savigny | 118 |
| c) Fiktion und Souveränität bei Hans Kelsen | 120 |
| aa) Die Idee der Reinheit | 120 |
| bb) Die Rückseite des Rechts | 121 |
| cc) Die Schleierfunktion der Grundnorm | 124 |
| V. Das unsichtbare Recht | 129 |
| 1. Der Aufmerksamkeitswechsel im Recht | 131 |
| 2. Recht als kontrafaktisch stabilisierte Verhaltenserwartung | 136 |
| a) Evidenz als Grenzerlebnis | 137 |
| b) Grenzformulierungen..... | 140 |
| aa) Kontrafakturen | 40 |
| bb) Sichtbare Haare und sichtbare Beine | 144 |
| cc) Bilder von der Philosophie des Als-Ob | 146 |
| | |
| § 4 Die Wirklichkeit einer Kultur | 154 |
| | |
| I. Von der Nachahmung zur Vorahmung | 155 |
| 1. Der „Arealismus„..... | 156 |
| 2. Werk und Wirk | 163 |
| II. Die Fiktion der Lücke im Kunstbetrieb | 167 |
| 1. Die Legitimation der Werke | 167 |
| 2. Positive und negative Regeln | 171 |
| 3. Holofernes der Täufer | 175 |
| 4. Das ist keine Pfeife, sondern... .. | 176 |
| III. Zeichenkreuzungen | 181 |
| 1. Latenter und manifester Gehalt | 181 |
| 2. Der Zwang zur Freundschaft | 186 |
| | |
| Anhang | |
| 1. Literaturverzeichnis..... | 193 |
| 2. Abbildungsverzeichnis..... | 204 |

Einleitung

I. Kultur und Argumentationsformen

(1) Kulturen entstehen als Begründungsgemeinschaften. Die einzelnen Mitglieder einer Kultur urteilen über ihre Erfahrungen und sie gebrauchen dabei Symbole und Regeln.¹ Bei privaten, künstlerischen, wissenschaftlichen oder juristischen Argumentationen wird zwar auf unterschiedliche Bedeutungsbestände zurückgegriffen, die Techniken der Stützung und Zuschreibung sind jedoch die gleichen.² Soweit unser Handeln auf kulturelle Tatbestände zurückführbar ist, ist es nicht nur begründbar, sondern auch deutbar. Setzen zwei Menschen die Unterschrift unter einen Grundstückskaufvertrag, so läßt sich der Grund dafür in den kodifizierten Formvorschriften des bürgerlichen Rechts finden. Ihr bekräftigender Handdruck ist auf die Ikonographie der Handelsgesten zurückzubeziehen, und der etwas zu weit geschnittene Armani-Anzug, den einer der beiden trägt, mag später Reflex des Filmes *"The Untouchables"* (1987) von *Brian de Palma* sein und Auskunft über die Kreditwürdigkeit des Vertragspartners geben. Einerseits kann man dies als Regelanwendung, andererseits auch als Bedeutungszuschreibung bezeichnen. Die Organisation unserer Erfahrung ist ohne die Fähigkeit, dem Geschehen die richtigen Tatbestände zuschreiben zu können, nicht denkbar.³ Begründungen, in denen der Einzelne auf kulturelle Tatbestände zurückgreift, bieten von vornherein eine herausragende Vermittlungsfunktion zwischen den Polen von Individualität und Gemeinschaftlichkeit. Wer seine Überzeugung durchsetzen will, wer sie mit einem anderen teilen will oder wer sich nur von diesem unterscheiden will, muß seine Überzeugung zu einer gemeinsamen Sprache dekontextuieren, wodurch er zugleich die Formulierungen seiner Kultur rekontextuiert und verlebendigt.⁴ Dabei kreuzen sich die drei Überzeugungsmittel *Logos*, *Ethos* und *Pathos*⁵ und der einzelne Körper bindet sich als „lebendiger Bedeutungsträger“ an die sprachlich oder visuell

¹ Darunter fallen sämtliche begrifflichen und visuellen Formulierungen.

² Zum Begriff der Stützung: *Stephen Toulmin, Der Gebrauch von Argumenten*, Kronberg/Ts. 1975.

³ Über Tatbestandsbindung und Alltagserfahrung: *Erving Goffman, Rahmen-Analyse*. Ein Versuch über die Organisation von Alltagserfahrung, Frankfurt a.M. 1993, S. 31 ff.

⁴ Da dieser Vorgang sowohl ein Assimilations- als auch ein Dissimulationsvorgang ist, liegt es näher, von Formulierungen statt von feststehenden Formen zu sprechen.

⁵ Vgl. für die höchstrichterliche Rechtsprechung: *Katharina Sobota, Argumente und stilistische Überzeugungsmittel in Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, in: *Jahrbuch Rhetorik* Nr. 15, S. 115.

externalisierten Bedeutungsträger einer Kultur.⁶ Begründungen nehmen also eine besondere Stelle bei der Darstellung von Kulturen ein; an ihrem ästhetischen-kommunikativen Prozeß läßt sich die Wechselwirkung zwischen globaler Kognition (Kultur) und lokaler Kognition (Mensch) beschreiben.⁷

(2) Der Begriff der Kultur hat die vorhergehenden Titel für Sozialisierungsformen wie z.B. Polis oder Gemeinde weitgehend abgelöst. Ab der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts und ausgehend von den regelhaften Gedächtnisgarantien in Rhetorik, Topik, Semiotik und ihren bildhaften Repräsentationen konzentriert sich in diesem Begriff das Interesse an der Transmission gemeinschaftsbildender Merkmale unter den Bedingungen des Unterscheidens und Vergleiches mit anderen Merkmalen.⁸ Beschreibt man diese Bedingungen unter der Perspektive von Argumentationen, so beschäftigt man sich nicht mit dem ontologischen Gehalt einer Kultur. Man analysiert dann Argumentationsformen. Argumentationsformen sind Teile einer Menge kommunikativer Praktiken und Verfahren, die eine Kultur durch typisierende Zusammenfassung bilden, indem wir mit ihnen über die Kultur sprechen.⁹ Dies erfolgt nicht im radikalkonstruktivistischen Sinne durch die sprachlicher Konstituierung des Gegenstands „Kultur“. Argumentationsformen beziehen sich auf realgeschichtliche Sachverhalte, sie ermöglichen die Identifizierung dieser Sachverhalte durch Typisierung und sie sind nicht identisch mit diesen realgeschichtlichen Sachverhalten. So stoßen wir auf primäre Argumentationsfiguren wie „Kultur“, „Gott“, „Bildung“, „Vernunft“ oder „Nation“, mit denen man Deutungsmuster oder Ansprüche an Sozialisierung und Transmission des Sozialisierten äußern kann. Wir stoßen aber auch auf sekundäre Argumentationsformen, die zur Beschreibung und Kritik der primären Figuren eingesetzt werden, also dann, wenn die Kultur selber thematisiert wird. Im Zentrum der vorliegenden Untersuchung stehen zwei sekundäre Argumentationsformen: die *Fiktion* und die *Kontrafaktur*, die die besondere Funktion haben, primäre Beschreibungsmuster einer Kultur zu temporalisieren. Bei der Fiktion und bei der Kontrafaktur handelt es sich um Argumentationsformen, die sich in allen Bereichen des Diskurses, ob nun Jurisprudenz, Epistemologie, Alltag oder Ästhetik dann finden, wenn die Mitglieder einer Kultur auf semantische Dynamik reagieren müssen. Begriffe müssen dann fallengelassen werden, oder man formalisiert sie oder „dichtet“ sie mit Hilfe der genannten Figuren

⁶ So haben Versuche durch die Psychologen Mary Meager, Randolph Arnau und Jamie Rhudy an der Universität von Texas ergeben, daß Bilder neben der Entfesselung gewünschter Gefühle auch indirekte Auswirkungen auf das Schmerzempfinden der Betrachter haben. *Schmerz nach Gemütslage*, FAZ v. 21. Oktober 1998, S. N1.

⁷ Vgl. Bazon Brock, *Ästhetik als Vermittlung*, Köln 1977, S. 4.

⁸ Vgl. Niklas Luhmann, *Kultur als historischer Begriff*, in: Gesellschaftsstruktur und Semantik Bd. IV, Frankfurt a.M. 1995, S. 33 ff; Heiner Mühlmann, *Die Natur der Kulturen*, Wien-New York 1996, S. 1

⁹ Vgl. Georg Bollenbeck, *Kultur-Avantgarde-Reaktion*, Frankfurt a.M. 1999, S. 21.

um. Wer so allgemein über Argumentationsfiguren schreibt, muß sehen, daß er dies auf der Grundlage von Unterscheidungskriterien vermag, die für die verschiedenen Ausprägungen kultureller Rückversicherungen gelten. Zugleich muß diese Grundunterscheidung hinreichend nichtssagend sein, um nicht zu große blinde Flecken zu erzeugen. Ich verwende hier die aus der Rhetorik stammende Unterscheidung, daß Begründungen auf positiven Regeln (Simulationen) gründen können oder aber auf negativen Regeln (Dissimulationen)¹⁰. Ich möchte dabei die Frage offenlassen, ob die Unterscheidung üblich oder unüblich ist und möchte zunächst diese beiden Regeltypen erläutern.

(3) Was bedeutet der Begriff der positiven Regel bzw. der Simulation? Eine Ausprägung dieses Regelbegriffes ist der aus der Jurisprudenz stammende Topos von der der *"normativen Kraft des Faktischen"*. Die von Georg Jellinek eingeführte Figur bezieht sich auf das sozialpsychologische Phänomen der Regelbildung. Grundlage dieser Regelbildung ist, daß sich durch Wiederholungen Überzeugungen und Erwartungshaltungen bilden.¹¹ Nach dem sozialpsychologischen Gesetz wird von dem, was ist, durch Wiederholung auf das geschlossen, was sein soll. Wie Hume bereits vorgab, ist die normative Kraft der Übung keine logische, sondern eine psychologische Regel, die in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts von Wissenschaftlern wie Richard Avenarius bestätigt und konkretisiert wurde. Die Jellinek'schen Formel wurde zu einem allgemeinen Topos, auch außerhalb des juristischen Diskurses. Dem Grundmotiv dieses Regelbegriffes nach fallen dem Gehirn Gewohnheitsreaktionen am leichtesten. Wiederholungen isolieren aus dem Strom der Reize. Neue Sinneseindrücke werden anhand gewohnter Vorstellungsräume normiert. Wenn wir eine fremde Sprache hören, wird die gesamte, bis dahin ungehörte Syntax zum einen Ohr hinein, zum anderen Ohr hinaus dringen. Nur bereits bekannte Silben, Wörter oder Sätze bleiben hängen und sind so erkennbar. Die Wirklichkeit ist der Bereich des Auswendiggelernten. Was für kognitive Leistungen gilt, gilt nach Georg Jellinek auch für normative kulturelle Regeln wie für den Akt der Rechtsentstehung.¹² Aus dem einfachen Erlebnis, wie sich unsere Vorgänger verhalten, schließen wir, daß deren Verhalten verbindlich für uns ist. Schleiermacher spricht in einem künstlerischen Zusammenhang von dem gleichen Phänomen, von der

¹⁰ vgl. Luhmann (FN 8)

¹¹ Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre* (1888), Reprint der 3. Auflage, Bad Homburg 1960., S. 331 ff.

¹² *"Der Ursprung vom Dasein normaler Verhältnisse liegt in einem psychologisch bestimmten Verhalten des Menschen zu den faktischen Vorgängen. Der Mensch sieht das ihn stets Umgebende, das von ihm fortwährend Wahrgenommene, das ununterbrochen von ihm Geübte, nicht nur als Tatsache, sondern auch als Beurteilungsnorm an.(...)"*; Georg Jellinek, a.a.O., S. 338. Dazu auch Müller: *"Die normative Bedeutung des Tatsächlichen soll auch für die Theorie vom Recht und Staat in nichts anderem liegen als in der weiter nicht ableitbaren Eigenschaft unserer Natur, kraft welcher das Geübte physiologisch und psychologisch leichter reproduzierbar ist als das Neue"*; Friedrich Müller, *Normativität und Normstruktur*, Berlin 1966, S. 77.

"leitenden Gewalt der schon feststehenden Form."¹³ Auch die Entzeitlichung von Regeln hat danach ihren Grund in der langen Zeitdauer der Übung dieser Regeln und in dem Erlebnis, daß es diese Regeln gab, bevor es die Generation der Regeladressaten gab. Gerade der Zeitablauf ist die Bedingung der Zeitlosigkeit. Und selbst in den Wiederholungen zufälliger Ergebnisse vermuten wir noch Bedeutung. Gewinnt jemand dreimal im Lotto, dann sagen wir: "Das kann schon kein Zufall mehr sein," und schreiben dem Gewinner zu, von einer höheren Macht besonders glücksbegabt zu sein oder über ein göltiges Voraussagesystem zu verfügen. Übertragen auf den Symbolgebrauch bedeutet dies weiter, daß Wiederholungen so sinnstiftend sind, daß wir die Worte unserer Eltern für die Dinge nehmen, und daß wir also eine Metapher als junge Tatsache und eine Tatsache als alte Metapher bezeichnen können.¹⁴ Das Faktische ist weniger die Bezeichnung eines besonders authentischen oder rationalen Zugangs zu den Dingen als vielmehr Ausdruck der Beibehaltung bisheriger Formulierungen. Wenn wir etwas als wirklich bezeichnen, dann benennen wir es so, wie es zuvor benannt wurde.¹⁵ Die Formulierung muß so eingeübt sein, daß wir meinen, in den Akt der Formulierung nicht mehr einzugreifen. Die Wirklichkeit ist das, was gelesen wird, ohne daß der Akt des Lesens noch bemerkbar ist. Die Aussage, daß Zuschreibungen auf positiven Regeln beruhen, bezieht sich also nicht auf ein Äquivalenz- oder Abbildungsverhältnis zwischen Sachverhalt und Tatbestand. Der Topos der *normativen Kraft des Faktischen* dient, da er auf Wiederholung und Imitation abzielt, der Bezeichnung des Üblichen¹⁶. Er ist Ausdruck der Erwartungshaltung, daß unsere Prognosen nicht enttäuscht werden.

(4) Was bedeutet dagegen der Begriff der negativen Regel? So, wie jede Metapher nur schwer geboren wird und es anfängliches Unverständnis und Widerstände gibt, stellt sich bei dem Gesetzesbegriff die Frage, welche Rolle Fiktionen oder kontrafaktische Annahmen spielen. Wann schließen wir von dem, was nicht ist, auf das, was sein soll? Wann bildet ein bis dahin nicht positiviertes mentales Konstrukt die Regel, von der aus ein Sachverhalt beurteilbar ist, erkennbar wird und unser Verhalten bestimmt? Schließlich erfolgen Begründungen nicht einfach über Simulationen, sondern auch über Kontinuitätsbrüche und Widersprüche. Bazon Brock hat in die ästhetische Theorie

¹³ F.D.E. Schleiermacher, *Hermeneutik*, Heidelberg 1959, S. 135.

¹⁴ Nelson Goodman, *Sprachen der Kunst*, Frankfurt a.M. 1995, S. 73.

¹⁵ Im folgenden Sinne: "Das heißt für jeden Namen: Wieder-Nennen ist Nennen", George Spencer-Brown, *Gesetze der Form*, Lübeck 1997, S. 2.

¹⁶ Siehe zum Zusammenhang von Normlegitimation und dem Üblichen: Odo Marquard, *Über die Unvermeidlichkeit von Üblichkeiten*, in: (ders.), *Glück im Unglück. Philosophische Bemerkungen*, München 1995, S. 62-74.

hierzu die Wendung von der *normativen Kraft des Kontrafaktischen* eingeführt, die eine Abwandlung des oben genannten Motivs von Jellinek ist. Sie dreht sich um die Frage, welche generativen Prinzipien der Selbstdarstellung von Kulturen zugrunde liegen.¹⁷ Antinomien und Fiktionen stehen im Zentrum der Regelbegriffe seit Kants transzendentaler Dialektik.¹⁸ Dies hat sich zu dem Topos entwickelt, daß die Welt im Symbolgebrauch der Begriffe und Bildsprachen ohnehin nicht abbildbar sei und daß daher die Frage nach der Wahrheit nicht mehr gestellt werden müsse. Die Theorien des Fiktionalismus bzw. Konstruktivismus wenden sich motiviert gegen jede Annahme eines Abbildungs- bzw. Äquivalenzverhältnisses zwischen kulturellen Tatbeständen und Sachverhalten. Die Zielvorstellung dahinter lautet, mit der Kritik am Wahrheitsbegriff den Streit um die Auslegung der Bedeutungsträger, der sich immer wieder in Kulturkämpfen und Glaubenskriegen äußert, verhindern zu können. Die Entwicklung des Fiktionalismus ist ein Teil der modernen Fundamentalismuskritik. Danach fürchtet man den, der eine Wahrheit behauptet, als Fundamentalist. Fiktionalismus und radikaler Konstruktivismus versprechen pragmatisch, es käme allein auf die Instrumentalisierbarkeit und Zweckmäßigkeit mentaler Konstruktionen, wie sie in Sprache und Bild formuliert werden, an.¹⁹ Die Fiktion ist danach eine Argumentationsform, die die „Einbeziehung des Anderen“ garantiert, weil sie nur auf den „Kranz unvermeidlicher Idealisierungen“ bezogen wird, der der Verständigungspraxis mit dem Anderen zugrundeliegt.²⁰ Nach den Erkenntnistheorien des zwanzigsten Jahrhunderts liegen den "gültigen" Beurteilungen der Außenwelt, unseren begrifflichen und anschaulichen Handlungsorientierungen, ohnehin selbstwidersprüchliche Konstruktionen zugrunde. Die Erkenntnistheorien zeichnen sich weiter dadurch aus, die negativen Regeln, über den Begriff der Fiktion in der "*Philosophie des Als-Ob*" (*Vaihinger*) oder den Begriff der Falsifikation im *Kritischen Rationalismus*, als Instrumente im Erkenntnisprozeß nutzbar zu machen. Insbesondere die radikalen²¹ und kommunikativen Konstruktivisten und die Theoretiker der virtuellen Realität berufen sich heute auf die *Philosophie des Als-Ob* mit eben dem Topos, die Wahrheit sei längst vom Schein der

¹⁷ Vgl. dazu: Heiner Mühlmann, *Kultur und Krieg*. Das säuische Behagen in der Kultur (Über Bazon Brock), Köln 1998, S. 14 ff./38 ff.

¹⁸ Vgl.: Immanuel Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, Werkausgabe in 12 Bd., Bd. III-IV, hrsg. v. Wilhem Weischedel, S. 308 ff. Vgl. zum Gesetzesbegriff und kontrafaktischen Konditionalen die Darstellung bei: Wolfgang Stegmüller, *Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und analytischen Philosophie*, Bd. I, Wissenschaftliche Erklärungen und Begründungen, Naturgesetze und irrealen Konditionalsätze, Berlin u.a. 1969, S. 273 ff.; Zur Rechtswissenschaft: Günther Winkler, *Rechtstheorie und Erkenntnislehre*. Kritische Anmerkungen zum Dilemma von Sein und Sollen in der Reinen Rechtslehre aus geistesgeschichtlicher und erkenntnistheoretischer Sicht, Wien/New York 1990, S. 103-126.

¹⁹ Vgl.: Hans Vaihinger, *Die Philosophie des Als-Ob*, 1. Auflage, Leipzig 1911; William James, *The Varieties of Religious Experience*, Cambridge 1985.

²⁰ So bei Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt a.M. 1992, S. 18

²¹ Ernst von Glasersfeld, *Die Wurzeln des Radikalen am Konstruktivismus*, in: Hans Rudi Fischer (Hrsg.), *Die Wirklichkeit des Konstruktivismus. Zur Auseinandersetzung um ein neues Paradigma*, Heidelberg 1995, S. 44.

gebrauchten Zeichen schattiert und nur anhand der Konsequenz unserer Handlungen und Annahmen bestimmbar. Die Verfahrensethik hat den Gedanken aufgegriffen, daß gerade die Argumentationsform der Fiktion erst eine vernunftautonome und "reine" Methode zur Formulierung zivilisierter Regelsysteme „jenseits der Macht“ erlaube.²² Als Instrumente haben Fiktionen Regelungscharakter, und als Ermächtigungsgrundlagen und Handlungsorientierungen bieten sie ein besonderes Verwirklichungspotential. Die Fiktion ist eine Argumentationsform, die bereits früh in der theologischen Kritik²³ und in juristischen Texten²⁴ auftaucht. Sie wird im Rahmen der vorliegende Arbeit nicht als ontologisches Problem, sondern als Regelungstechnik betrachtet. Insoweit stelle ich nicht die Frage, was fiktiv ist, sondern wie die Figur der Fiktion im Diskurs um die Kultur auftaucht. Im juristischen Diskurs zeichnet sich die Fiktion dadurch aus, daß bei der Rechtsfortbildung eine Regel angewendet wird, obschon der zugrundegelegte Sachverhalt den Voraussetzungen der bisherigen Anwendung nicht entspricht, er also kontraindiziert ist. Überschreitet man die Grenzen der Rechtswissenschaft zu Rhetorik, Poetik und Symboltheorie, so stößt man auf die Ähnlichkeit dieser Argumentationsform zu Kontrafakturen (Verweyen/Wittig), Pseudomorphosen, Inversionen und polaren Symbolen (Warburg).

Semantisch ausgedrückt bezeichnen die Fiktion und die Kontrafaktur Sprachsituationen, in denen eine Bedeutungsverschiebung stattfindet und die Extension einer Formulierung sich trotz Kontraindikation allein deshalb erweitert, weil mit der Formulierung bestimmte Konsequenzen verbunden werden.²⁵ Für einen Moment fallen Intension und Extension eines Bedeutungsträgers auseinander, um sich im nächsten Taktschritt der Argumentation wieder zusammen zu schließen. *Die normative Kraft des Kontrafaktischen* ist ein Phänomen der Bedeutungsverschiebung und der Dissimulation. In diesem Fall benennen wir einen Sachverhalt nicht so, wie wir ihn zuvor benannt haben. Wir kreuzen Bezeichnungen.²⁶ Die Argumentationsform der Fiktion ist in der Jurisprudenz kein Oppositionsbegriff zur Wirklichkeit, sondern eine Technik zur Sicherung von Verbindlichkeiten

²² Z.B.: Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Nachdruck der 2. Auflage von 1960, Wien 1967; Jürgen Habermas, *Vorbereitende Bemerkung zu einer Theorie der kommunikativen Kompetenz*, in: Habermas/Luhmann (Hrsg.), *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*, Frankfurt a.M. 1971, S. 120.

²³ Hans Robert Jauss, *Zur historischen Genese der Scheidung von Fiktion und Realität*, in: Henrich/Iser (Hrsg.), *Funktionen des Fiktiven*, München 1983, S.423 f.

²⁴ Vgl.: Julian, *Digesten*, D.45, 3, 1, 4; Gian Battista Vico, *De Nostris Temporis Studium Ratione*, München 1974; S. 99; Manfred Fuhrmann, *Die Fiktion im römischen Recht*, in: Henrich/Iser (Hrsg.), *Funktionen des Fiktiven*, München 1983, S. 413 ff.

²⁵ Zu „Extension“ und „Intension“ eines Begriffes: Wolfgang Stegmüller, *Hauptströmungen der Gegenwartsphilosophie*, Bd. II, Stuttgart 1987, S.351.

²⁶ Im folgenden Sinne: "Das heißt für jede Grenze: Wieder-Kreuzen ist nicht kreuzen", George Spencer-Brown, a.a.O., S. 2.

unter geänderten Verhältnissen. Ein Streit um die Verwendung von Fiktionen kann sich daher nie darum drehen, ob man die Wirklichkeit adäquat wiedergibt, sondern nur darum, ob man die bisherige Formen und Begründungen des eigenen Handelns beibehalten soll oder ob man sie einer Revision unterziehen soll.

II. Selbstdarstellung und Selbstverteidigung

(1) Der Versuch der Fiktionalisten, fundamentalistische Glaubenskriege dadurch zu verhindern, daß alle vorgeblich absoluten Werte als Fiktionen entlarvt werden, kann als gescheitert angesehen werden, seitdem selbst ein „gerechter“ Krieg mit Hilfe der Argumentationsform der Fiktion legitimiert wurde.²⁷ Im Umgang mit Fiktionen muß daher ein anderer Zugang gesucht werden als über die Kritik an der Abbildtheorie der Wahrheit. Diese Arbeit versteht sich insoweit als Beitrag zu einer Theorie des Kulturkampfes. Den Begriff „Kultur“ verwende ich hier ohne weitere inhaltliche Bestimmung für ein Ensemble, d.h. eine Menge kommunikativer Praktiken und Verfahren. Kulturgemeinschaften sind durch ihre Selbstbeschreibungen in Rechtstexten, Bildbeständen und Bibliotheken deutbar.²⁸ Eine Kultur ist bei der Auseinandersetzung um ihr begriffliches oder visuelles Konterfei und dessen Auslegung auf die Sicherung von Verbindlichkeit, ein Gedächtnis angewiesen. Der Streit um Formulierungen äußert sich nicht einfach in musealen Bilderkriegen oder in akademischem Universalienstreit. Im weiteren Sinne ist jeder Kampf der Kulturen auch ein Kampf um Formulierungen, eben weil er über Bild und Sprache vermittelt ist. Es ist daher ganz gewöhnlich, wenn ein Denker, wenn er sich auch „nur“ mit den ethischen Problemen neuer gentechnischer Handlungsmöglichkeiten befaßt, primär wegen „zweideutiger Formulierungen“ angegriffen wird²⁹ und dieser sich mit dem Vorwurf einer „Anleitung zum Falschlesen“ wehrt.³⁰ Neben der ethischen, moralischen oder ökonomischen Dimension sind Kulturkämpfe Kämpfe um Deutungsmacht. Bei Auseinandersetzungen muß die Kultur an sichere Verbindlichkeiten anknüpfen. Kulturen wollen fortsetzungsfähig sein und sie stehen unter Anschluß- d.h. Begründungszwang. Aufgrund dieser

²⁷ So nämlich bei: Jürgen Habermas, *Bestialität und Humanität*, Die Zeit Nr. 18 v. 29. 04. 1999. Vgl. dazu: § 3 V 2 b cc.

²⁸ Vgl. zum Recht als Selbstdarstellung einer Kultur: Jan Broekman, *Darstellung als Theorie*, Rechtstheorie Beiheft 5 (1984), S. 15-34 (27).

²⁹ So z.B. im Streit um Peter Sloterdijks Elmauer Vortrag: Thomas Assheuer, *Das Zarathustra-Projekt*, <http://www.archiv.zeit.de/daten/pages>. Ebenso: Reinhard Mohr, *Züchter des Übermenschen*, Spiegel v. 6.9. 1999

Begründungszwänge bildet die Kultur auch bei Widerstreit so etwas wie "*genetische Treue*"³¹ zu ihren Selbstkonzepten und ihren Bedeutungsträgern aus. Für ihre Mitglieder ist sie, historisch oder nach Wertungsstufen, auf Grundnormen zurückführbar, die unbestimmte Bezeichnungen wie "*Islam*", „*Leitkultur*“ oder "*Christlich-abendländische Tradition*" tragen. Die kulturellen Autobiographien und Selbstportraits tragen einen Namen, der die wesentlichen Eigenschaften einer Kultur bündeln soll. Diese Namen bilden zugleich, da sie mit einem Anspruch auf Wirksamkeit geäußert werden, die Grundnormen der Kulturgemeinschaft. Argumentationen sind von der Idee geprägt, daß sich die vorgebrachten Argumente in eine kohärente Gründe pyramide einordnen ließen.³² Dies wird schon dann deutlich, wenn Nachbarn und Mieter darüber streiten, ob und wann man im Garten grillen darf. Dann greift man in der juristischen Auseinandersetzung auf einen privaten Mietvertrag zurück, der sich an den Regeln des Zivilrechts messen muß, und die wiederum grundrechts- bzw. verfassungskonform ausgelegt werden müssen, die der Gerechtigkeit dienen sollen und darüber hinaus noch Ausdruck der Kultur "*westlicher Demokratien*" sein sollen.³³ Vom Vorgarten bis zum Menschenrechtshof mag es ein weiter Weg sein, mit genügend Ausdauer läßt sich aber auch dieser Weg beschreiten, weil selbst Grill- und Grundrechte argumentativ verwoben sind.³⁴ Ebenso lassen sich Bilderproduktionen, ob aus der Lindenstraße, der Galerie Mensing oder dem Haus der Kunst in München, in einem weitgehend durch Fallentscheidungen bestimmten Regelwerk des Bildes verorten. An dessen Abschluß stehen Vorstellungen wie *das unsichtbare Meisterwerk*³⁵ oder die einfache Forderung, daß es *Kunst* geben soll. Wenn man nur oft genug fragt, warum ein Bild in Galerien oder Museen an der Wand hängt, wird der Verteidiger früher oder später den Begriff der Kunst oder der Kultur anführen. So bezeugen Kunst und Recht Kultur. Je nach dem, ob die deskriptive oder präskriptive Dimension solcher Begriffe wie "Rechtskultur" oder "Kunst" im Vordergrund steht, kann man sie als Normen oder als Namen bezeichnen. Diese Doppelfunktion von Selbstdarstellung und Selbstverteidigung betrifft sowohl jede Form von Kultur, als auch jede Form der Kulturkritik. Die

³⁰ Vgl. Peter Sloterdijk, *Die Kritische Theorie ist tot*, <http://www.archiv.zeit.de/daten/pages/199937.html>

³¹ Friedrich Carl v. Savigny, *Vorlesungen über juristische Methodologie 1802-1842*; Frankfurt a.M. 1993, S. 100.

³² Vgl. Werner Krawietz, *Die Lehre vom Stufenbau des Rechts - Eine säkularisierte politische Theologie?*, in: Krawietz/Schelsky (Hrsg.), *Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen*, *Rechtstheorie Beiheft 5*, Berlin 1984, S. 255 ff.

³³ So wird in der Rechtswissenschaft von der "Drittwirkung der Grundrechte" im Bereich privater Rechtsgestaltung gesprochen. Siehe dazu: BVerfGE 7,198; 34,280; NJW 90,1470; Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München 1997, § 8 Rnd. 11; Canaris, *AcP* 184, S. 201.

³⁴ Vgl. z.B. die Entscheidung AG Bonn, Urteil v. 29.4.1997- 6 C 545/96, WuM 1997 S. 325 .

³⁵ Zu diesem Topos: Hans Belting, *Das unsichtbare Meisterwerk*. Die modernen Mythen der Kunst, München 1998.

Namen stehen wie Souveräne³⁶ am Abschluß von Begründungsketten und garantieren, daß letztlich auch interne Regelverstöße eine Form der Regelanwendung sind. So entsteht Kunst immer *“aus und gegen Kunst”* und Recht immer aus und gegen Recht.³⁷ Verhalten ist ja nicht nur dann regelhaftes Verhalten, wenn es der Regel entspricht. Der Regelverstoß fällt gerade unter die Regel, gegen die verstoßen wird.³⁸ Die normative Kraft des Kontrafaktischen muß dabei dort liegen, wo die normative Kraft des Faktischen liegt. Beides ist Zeugnis der Fähigkeit von Kulturen, Änderungen so zu behandeln, als seien sie keine, und Wiederholungen so, als seien sie innovativ. Sie muß Assimilationstechniken ausbilden, mit denen sich die oben geschilderten Simulationen und Dissimulationen vereinheitlichen lassen. Jean Starobinski nennt dies Immanentisierung. Er meint damit, daß die Namen analytisch vage und nominativ unklar sind. Gerade der Begriff der Kultur, ob nun in der Form der „Rechtskultur“, der Form der „deutschen Kunst“ oder einer Subkultur erlaubt Argumentationsweisen, in denen die vorgestellten Möglichkeiten gegen ihren tatsächlichen Zustand ausgespielt werden. So wird der Strang genetischer Treue gegen innere Widersprüche resistent: Fiktionen und Kontrafakturen dienen als semantisches Konservierungsmittel für enttäuschungssichere Vorbehalte und erfahrungsimune Erwartungen.³⁹ Was eine Kultur ist, und was sie nicht ist, ist der Begründungsform nach identisch.⁴⁰ Selten ist dieser Sachverhalt so anschaulich greifbar wie in der antifaschistischen Kontrafaktur der Wehrmachtsuniformen (Abb.1) oder in den Nachkriegskontrafakturen zur Kampagne der entarteten Kunst (Abb.2). Uniformen, Bilder und Rechtssätze entstammen jeweils nur einem Teilbereich kultureller Bedeutungsträger. Die Ähnlichkeiten, die sich auch über Revolutionen weitervererben, sind Teil eines Programms, das aus dem Begründungszwang kultureller Gemeinschaften und aus der damit verbundenen Annahme, daß es letzte Gründe gäbe, folgt.

(2) Diese Arbeit analysiert Fiktionen und Kontrafakturen nicht nur auf einem bestimmten Feld der Argumentation, wie etwa der Epistemologie oder der Jurisprudenz oder der Ästhetik. Das hat seinen

³⁶ Der Begriff des Souveräns wird dem des Axioms vorgezogen, da es sich bei Begründungsketten nicht um axiomatische, widerspruchsfreie Systeme handelt. Zudem gibt es in der Geschichte des Fiktionalismus eine Verbindung zwischen dem Problem der Grundnorm und dem des Souveräns. Siehe dazu: § 3 IV 3

³⁷ Vgl. zu diesem hermeneutischen Motiv: *Theodor Verweyen/Gunther Wittig, Die Kontrafaktur*. Vorlage und Verarbeitung in Literatur, bildender Kunst, Werbung und politischem Plakat, Konstanz 1987.

³⁸ Zugespielt: *“Der Verbrecher bringt durch seine Tat die Anerkennung des Gesetzes, daß er verletzt, zum Ausdruck”*; *Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie*, 1973, S. 174.

³⁹ Vgl. *Georg Bollenbeck, Tradition, Avantgarde, Reaktion*. Deutsche Kontroversen um die kulturelle Moderne, 1880-1945, Frankfurt a.M. 1999, S.23.

Grund darin, daß diese Figuren einen Übergang zwischen Kulturen, also zwischen den Mengen kommunikativer Praktiken markieren, und die jeweiligen Kulturen daher temporalisiert werden. Fiktionen verknüpfen z.B. den kodifizierten Gesetzestext mit der Alltagssprache oder die Bühne mit den Erfahrungsraum der Zuschauer. Sie verknüpfen eine sakralrechtlich orientierten Verfassungstheorie mit der Sprache einer autonomen juristischen Methode oder sie bilden eine Schnittstelle zwischen dem symbolischen Raum unsere Vorstellungsgebilde und den pragmatischen Raum unserer Handlungen. Indem diese Untersuchung scheinbar undiszipliniert zwischen Epistemologie, Jurisprudenz und Ästhetik wechselt, und eben die Aufmerksamkeitswechsel vollzieht, die sie beschreibt, nimmt sie die Figuren der Fiktion und der Kontrafaktur ins Blickfeld. Es liegt in der Fragestellung begründet, daß die Arbeit sich hier nicht auf symboltheoretische Überlegungen beschränkt oder, wie für die Argumentationstheorie typisch, sich auf den Sonderfall der juristischen Diskurses konzentriert. Die Frage, welche Funktion Fiktionen und Kontrafakturen innerhalb des Gesamthorizontes kultureller Rückversicherung haben, kann nicht außer acht lassen, daß es innerhalb einer Kultur als allgemeinstem Identifikationsangebot (Huntington) argumentative Teilbereiche gibt, die unter dem Leitbild der Wahrheit stehen (Epistemologie), solche die unter dem Leitbild der Regel bzw. des Nomos stehen (Recht) und solche die unter dem Leitbild des Regelbruchs bzw. der Antinomie stehen, obschon sie allesamt den Anspruch auf Verbindlichkeit äußern. Unter dem Leitbild der Antinomie bzw. der Fiktion steht heute vor allem der Bereich der autonomen Kunst. Wer nach der Funktion der Fiktion fragt, fragt zugleich auch nach einer Funktion der autonomen Kunst. Eine Gleichung könnte dann etwa so lauten: Die Kunst verhält sich zur Kultur so, wie die *fictio iuris* zum Recht: Sie ermöglicht einen Übergang zwischen Regeln und Symbolen. Ob sich diese Korrelation zwischen Regel und Fiktion bestätigt, daß ist der Hintergedanke, mit der ich meine Fragestellung angehe. Hierzu erfolgt eine diskursanalytische Auseinandersetzung mit der Figur der Fiktion auf den Gebieten der Epistemologie, Jurisprudenz und Kunsttheorie. Wollte man zu dieser Frage eine Genealogie der Fiktion in der Neuzeit schreiben, so müßte man wohl bei der Völkerrechtstheorie der spanischen Spätscholastik anfangen, zur Epistemologie Kants fortschreiten und schließlich über die Symboltheorie zur Ästhetik vordringen. Es ist hierbei der Topos des *linguistic turn*, der mich von dieser Chronologie abweichen läßt, weil er zu einem vorherrschenden Topos in der

⁴⁰ Daher scheint mir auch der oben verwendete Begriff des Namens so attraktiv. Eigennamen sind starre Kennzeichner, die eine Einheit über die Grenzen kontrafaktischer Welten hinweg ermöglicht, *Saul A. Kripke, Name und Notwendigkeit*, Frankfurt a.M. 1993.

diskursanalytischen Kulturgeschichte geworden ist.⁴¹ Die Wende der Erkenntnistheorie und Epistemologie zur Sprache läßt sie heute im Rahmen einer Erzählung als "Vorstufe" zum rechtswissenschaftlichen Umgang mit der Fiktion erscheinen. Der juristische Diskurs ist insoweit mit seinen kodifizierten und institutionalisierten Festlegungen, wovon die Kommunikation in Zukunft auszugehen hat (Luhmann), ein Paradigma des Streites um Kultur. Die folgende Arbeit wird daher nach einer näheren Begriffsbestimmung der Fiktion und der Kontrafaktur zunächst den epistemologischen und dann den juristischen Umgang mit Fiktionen zu schildern. Schließlich wird die vorgegebene Perspektive auf das Kunstsystem übertragen, um abschließend zu erörtern, wie die Fiktionsmerkmale der „offenen Semantik“, der „Unbestimmtheitsstellen“ und des „Regelbruchs“ auf die Identifikationsangebote einer Kultur bezogen werden können.

⁴¹ Vgl. Peter Schöttler, *Wer hat Angst vor dem >linguistic turn< ?* Ein Diskussionsbeitrag, in: Potsdamer Bulletin für zeithistorische Studien, 7(1996), S. 5 ff; Georg Iggers, *Zur >linguistischen Wende< im Geschichtsdenken und in der Geschichtsschreibung*, in: GuG 21 (1995), S.557 ff; Phillip Sarasin, *Subjekte, Diskurse, Körper*. Überlegungen zu einer

§ 1 Der Aufmerksamkeitswechsel

I. Zeitformen der Argumentation

(1) Sowohl die *Fiktion* als auch das *Kontrafaktische* werden als *mentale Konstruktionen irrealer Vorstellungswelten* definiert.⁴² Die aus der Sozialpsychologie entnommene Definition zielt darauf ab, in beiden Figuren einen besonderen Bewußtseinsinhalt zu sehen, der sich von anderen dadurch unterscheidet, daß ihm kein Ausschnitt der Außenwelt entspricht. Beide Begriffe werden in anderen Diskursen auch als das Widersprüchliche, das Imaginäre, das Ideale, das Illusorische, das Transzendente, das Virtuelle und als das Mögliche verstanden. Der kleinste gemeinsame Nenner liegt darin, daß mit diesen Begriffen ein unbestimmter Bereich semantischer Negativität bezeichnet werden soll. In Anbetracht dieser Vielbestimmtheit seien hier die Figur der Fiktion und des Kontrafaktischen und deren Systematik einleitend erläutert, und es sei ein Motiv an die Hand gegeben, anhand dessen der Gebrauch dieser Figuren vereinheitlicht werden kann. Beide Figuren werden von mir nicht als bestimmter Bewußtseinsinhalt, sondern als Argumentationsformen verstanden. Ich hatte in der Einleitung darauf hingewiesen, daß Fiktionen und kontrafaktische Annahmen⁴³ vor allem im Streit um die Abbildtheorie der Wahrheit angeführt werden. Weil das „Faktische“ – wie in der Einleitung geschildert – hier nicht als Ausdruck einer wie auch immer verstandenen Adäquanz zwischen Bewußtsein, Bedeutungsträger und Außenwelt verstanden wird, kann das Kontrafaktische auch nicht Ausdruck bloßer Inadäquanz sein. Es ist unprägnant, Fiktion und Wirklichkeit anhand des Kriteriums epistemologischer Entsprechung zu unterscheiden, wenn man Argumentationen und sprachliche Vermittlungen behandelt, die von vornherein unter der Bedingung ästhetischer Differenz stehen. Es ist ratsamer, daß man sowohl die Fiktion als auch die Kontrafaktur als Argumentationsformen und so zugleich als ein zeitliches Phänomen würdigt. Das hat den Vorteil, daß wir beide Figuren klarer in die Dynamik von Handlung und Wahrnehmung integrieren können und daß wir hier an einen Gedanken von Heiner Mühlmann anknüpfen können, der als kleinste Einheit einer Kultur den Moment der Übertragung von Regeln verstehen möchte. Der eine sagt: „*Vor dem Essen Hände waschen,*“ und der

diskursanalytischen Kulturgeschichte, in: Hardtwig/ Wehler, Kulturgeschichte Heute, Sonderheft GuG, Göttingen 1996, S. 131 ff.

⁴² Karl Klauer/Gerd Migulla, *Spontanes kontrafaktisches Denken*, in: Zeitschrift für Sozialpsychologie 26 (1995), S. 34 ff. m.w.N.

⁴³ Obschon der Begriff durch Musiktheorie und Poetik bereits besetzt ist, werde ich im folgenden von der Kontrafaktur ebenso wie von der kontrafaktischen Annahme sprechen.

andere tut es, und schon entsteht Kultur. Diese Übertragungsleistung wird vor allem immer dann aktiviert, wenn eine Tatsache zum Argument für etwas gemacht wird, und sie als Einzelfallerscheinung in den Fluß kommunikativer Herleitungen und Ableitungen eingefügt wird. Indem die Fiktion und die Kontrafaktur nicht als ontologisches Phänomen gewürdigt werden, sondern als Argumentationsform, erschließen sich die Strategien des Umgangs mit Fiktionen und Kontrafakturen und die damit verbundenen Optionen in kulturellen Auseinandersetzungen. Die Methode dieser Arbeit verlangt so, nicht einzelne realhistorische Sachverhalte erkenntniskritisch als fiktiv oder real zu qualifizieren, sondern zu untersuchen, wie die Figur der Fiktion zur Kennzeichnung von Sachverhalten eingesetzt wird und wie dies mit dem Ziel der Argumentation, zu überzeugen, verbunden wird.

(2) Innerhalb von Begründungen formulieren Fiktionen und Kontrafakturen Aufmerksamkeitswechsel. Das heißt, daß beide Argumentationsformen sich wiederum auf primäre Argumentationsfiguren beziehen wie z.B. „Gott“ „Kultur“, „Nation“ oder „Kunst“ und diese temporalisieren, indem sie bei diesen primären Tatbestandsmerkmalen den Unterschied zwischen Bedeutung, Vorstellungsbild und Bedeutungsträger markieren. Der Aufmerksamkeitswechsel soll das Leitmotiv für die beiden Argumentationsfiguren sein und er dient als Kriterium, anhand hier Fiktion und Wirklichkeit weiterhin unterschieden werden können. Man wechselt die Aufmerksamkeit, wenn man von dem einen Sachverhalt absieht, um sich auf einen anderen zu konzentrieren, man tat dies aber auch in dem Moment, als man sich auf den einen konzentrierte. In der Optik spielt dieser Aufmerksamkeitswechsel seine Rolle beim Fokussieren, bei dem man einen bestimmten Bereich scharf stellt, während ein anderer Bereich unscharf wird. Selbst wenn man einen Sachverhalt fokussiert hat, etwa auf einem Photo, so wechselt alsbald die Aufmerksamkeit zwischen der Glätte des Photopapiers und dem Raum der vorgestellten Gegenstände hin und her. Auch innerhalb von Begründungen gibt es diese Aufmerksamkeitswechsel nicht nur bei der Schilderung des Sachverhaltes und der Auswahl von Gründen, sondern auch im Hinblick auf rhetorische Tropen oder den Wechsel zwischen Form und Inhalt der Gründe, also zwischen dem Bedeutungsträger und dem, was darunter vorgestellt wird.⁴⁴ Bei jedem Bedeutungsträger, ob Begriff oder Bild, stehen wir unter den Zwängen,

⁴⁴ Bsp.: Der Wechsel zwischen Begriffsjurisprudenz und Interessenjurisprudenz im 19. Jahrhundert stellt in diesem Sinne einen Aufmerksamkeitswechsel dar.

Syntax, Semantik und Pragmatik auf isolierte Weise zum Sprechen bringen zu können und argumentativ zu nutzen, selbst also wiederum mit weiterer Syntax, Semantik und Pragmatik zu verknüpfen. So ist es möglich, durch die Aufmerksamkeit zugunsten einer Zeichenebene und zulasten der anderen Zeichenebenen einen Bedeutungsträger zu dynamisieren und bis zu einem gewissen Grad aus seiner diskreten Starre zu befreien. Früher oder später fällt einmal auf, daß auch das Wort „weiß“ meist mit schwarzen Buchstaben geschrieben wird oder daß auch der Begriff „laut“, wenn er denn zum Vorwurf gemacht wird, relativ leise ausgesprochen wird. In der Alltagsrhetorik der Werbung wird es äußerst erfolgreich praktiziert, ein Eisprodukt ausschließlich mit der Eigenschaft zu bewerben, daß es groß und mächtig (Magnum) ist, um schließlich mit eben dem gleichen Erfolg ein „Magnum Mini“ auf den Markt zu bringen.⁴⁵ Auf dem Gebiet der Kulturgeschichte gibt es erfolgreiche Umdichtungen und Aufmerksamkeitswechsel. Der Nationalsozialist Emil Nolde wird nicht als Vertreter eines „nationalen“ oder „nordischen“ Expressionismus hochgeschätzt. Seine Bilder gehören zum syntaktischen und semantischen Bestand der „entarteten Kunst“, obwohl er auf der Ebene der Pragmatik „volkstümlich“ malen wollte und rassistisch dachte und - wie auch Barlach, Heckel oder Mies van der Rohe - zur Loyalität gegenüber dem Führer bereit war.⁴⁶ Indem man solche Beschreibungen diskursanalytisch nutzt, wird deutlich, daß auch die kulturellen Deutungsmuster über das gegenseitige Ausblenden von Syntax, Semantik und Pragmatik erst an typisierender Prägnanz gewinnen. Sowohl innerhalb der überzeugenden Rede als auch innerhalb kultureller Übertragungsmomente werden Bedeutungsträger immer weitervererbt. Die Bedeutungsträger werden dabei laufend inhaltlich erweitert, eingeschränkt oder durch Bedeutungsinversionen und Kontrafakturen modifiziert. Sie kehren sich gegen sich selbst oder werden derart formalisiert, daß sie jeden Inhalt verlieren oder ihn vielmehr umstülpen, wie auch der „Zwerg“ im „Riesenfruchtzwerg“ (Danone). Sowohl die Fiktion als auch die Kontrafaktur sind Phänomene, die primär in diesem zeitlichen Zusammenhang der dynamischen Bedeutung zu sehen sind. Wenn Kultur temporalisiert wird, dann wird gleichzeitig von der „Rettung“ bzw. „Bewahrung“ oder dem „Zerfall“ der Kultur gesprochen. In diesem Fall bedarf es Argumentationsformen, die besonders auf diese Temporalisierungen abgestimmt werden können, und eine Weiterverwendung tradierter Begriffe ermöglichen. Der Abschied von Gründen und das Festhalten an den Bedeutungsträgern sind

⁴⁵ Werbekampagne zu dem Langnese Produkt *Magnum* (ab ca. 1993) und *Magnum Mini* (ab ca. 1999)

⁴⁶ Georg Bollenbeck, *Avantgarde – Tradition – Reaktion*, Frankfurt a.M. 1999, S. 22; Vgl. auch: Stephanie Barron (Hrsg.), *Entartete Kunst, Das Schicksal der Avantgarde im Nazi-Deutschland*, S. 319.

spezifische Zeitformen innerhalb von Argumentationen. Neben der Formulierung eines Standpunktes ist die Wahl eines Zeitpunktes ein grundlegendes Problem, weil dieser Zeitpunkt stets die Entscheidung fordert, wie frühere Standpunkte und spätere Folgen zu verknüpfen sind. Fiktionen und Kontrafakturen kann man als den Versuch verstehen, die semantische Dynamik zu verlangsamen und Bedeutungsträger über Aufmerksamkeitswechsel hinaus zu retten und zu konservieren. Als Fiktion kann der Bedeutungsträger auch dann weiter verwendet werden, wenn eine Differenz zwischen den Zeichenebenen Syntax, Semantik und Pragmatik augenfällig wurde.

II. Die Fiktion

1. Semifiktionen und Vollfiktionen

(1) Seit dem Standardwerk zum Fiktionalismus, Hans Vaihingers *"Philosophie des Als-Ob"*, wird zwischen Semi- und Vollfiktionen unterschieden.⁴⁷ Bei den folgenden Beispielen handelt es sich im eigentlichen Sinn um Vollfiktionen:⁴⁸

1. *Der Kreter sagt: "Alle Kreter lügen!"*⁴⁹

2. *„schöne Häßlichkeit“*⁵⁰

3. *Du sollst die Regeln brechen.*⁵¹

4. $\sqrt{-1} = X$.⁵²

Diese Konstruktionen widersprechen sich selbst, es handelt sich um Antinomien. Als Semifiktion bezeichnet Vaihinger die Konstrukte, die der Wirklichkeit widersprechen. Er gebraucht den Begriff für alle Bedeutungsträger, denen keine Entsprechung in der Wirklichkeit zugrundeliegt (*signum sine fundamento in re*). Beide Begriffe bestimmen die Fiktion, ohne daß es hier auf eine zeitliche Dimension ankäme. Die Fiktion stellt bei Vaihinger noch einen Oppositionsbegriff zur Wirklichkeit

⁴⁷ Hans Vaihinger, a.a.O., S. 24.

⁴⁸ Über die Antinomien im philosophischen Diskurs vgl.: Manfred Geier, *Das Sprachspiel der Philosophen*. Von Parmenides bis Wittgenstein, Reinbeck 1989, S. 63-101.

⁴⁹ Vgl.: Manfred Geier, a.a.O., S. 63.

⁵⁰ Vgl. dazu: Hans Sedlmayer, *Kunst und Wahrheit*, Mittenwald 1978, S. 153 f.

⁵¹ So könnte die Grundnorm der Avantgarde lauten.

⁵² Beispiel nach: George Spencer-Brown, *Gesetze der Form*, Lübeck 1997, S. xxi.

bzw. zur Wahrheit dar. Der Gegenbegriff zur Fiktion, d. h. die Wahrheit bzw. Wirklichkeit, bezeichnet dagegen Bewußtseinsinhalte oder Aussagen, die einen Ausschnitt der Welt adäquat wiedergeben. Die Unterscheidung von Fiktion und Realität setzt also weitgehend den Wirklichkeitsbegriff voraus, der auf der Entsprechung mentaler Vorstellungen und deren Formulierungen zu den Dingen basiert. Wer Realität und Fiktion unterscheidet, bezieht jeweils die mentalen Konstrukte auf die Außenwelt und qualifiziert sie entweder als adäquat oder als inadäquat. Der früheste Vorwurf, der gegen den Fiktionalismus vorgebracht wurde, war, daß jemand wissen müsse, was die Wahrheit sei, wenn er sage, alle geäußerten Wahrheiten seien Fiktion, denn sonst bedürfe es ja nicht dieses Widerstreites.⁵³ Tatsächlich trägt der Fiktionalismus diese ungeäußerte Form von Realismus dialektisch in sich. Diesem Hinweis läßt sich aber mit der weiteren Feststellung begegnen, daß die Unterscheidung zwischen Adäquanz und Inadäquanz zu den Grundvoraussetzung jeder Argumentation gehört. Sie ist immer Ausdruck der Bemühungen, Gründe auf Stützerwägungen zurückzuführen oder aber diese Rückführung zu verhindern. Die Unterscheidung zwischen Realität und Fiktion ist auch Ausdruck einer bestimmten Zufriedenheit mit den stützenden Tatbeständen und einem bestimmten Interesse an ihrer weiteren Verwendung. Daher ist die Fiktion sowohl Instrument der Kritik⁵⁴ als auch Ausdruck verteidigender Legitimationsbemühungen. So dient in der zeitlichen Dimension der Argumentation die Unterscheidung zwischen adäquat und inadäquat noch als Hinweis auf den angesprochenen Aufmerksamkeitswechsel. Die Unterscheidung zwischen „adäquat“ und „inadäquat“ kann man nicht einfach fallen lassen. Innerhalb der Operation von Argumentationen kann diese Unterscheidung allerdings nur auf den Bestand bisheriger Gründe bezogen werden.

(2) Nach nominalistischen Verständnis wäre eine Semifiktion z. B. der Begriff der "*Süße*" oder des "*Weißes*", da ihrer begrifflichen Isolation nichts entspricht. Die Erfahrung ist immer an einen Träger gebunden, und dieser Träger ist gerade nicht das schwarzgedruckte Wort, sondern z.B. ein Stück Würfelzucker. Die Vorstellung einer Wesenheit des Weißes, die vom Gegenstand lösbar ist, wäre also referenzlos. Nach poetischem Verständnis wären Semifiktionen etwa die Figur des *Batman*, von dem man weiß, daß es ihn in Wirklichkeit gar nicht gibt. Er gehört insoweit einer substanzlosen Welt der Phantasie an. Gleichwohl interessiert diese Figur im wahrsten Sinne des Wortes. Sie und ihre Welt hat

⁵³ Vgl.: Ernst Cassirer, *Erkenntnistheorie nebst Grenzfragen der Logik* (1913), in: Erkenntnis, Begriff, Kultur, Hamburg 1993, S. 54.

⁵⁴ Hans Robert Jauss, *Zur historischen Genese der Scheidung von Fiktion und Realität*, in: Henrich/Iser (Hrsg.), *Funktionen des Fiktiven*, München 1983, S. 423.

Anteil an unserer Welt und existiert durch diese Beziehung zu unserer Welt. Auch Fiktionen sind mit dem Repertoire unserer realen Erfahrung beurteilbar. Es gibt keinen *Batman*, er ist aber Zuschreibungsträger von wirklichen Erfahrungen der Schizophrenie, der Menschen in einer modernen Großstadt, der Frühwaisen, des Traumas, der Kriminalität und selbsternannter Sheriffs. Und auch der Bedeutungsträger ist höchst real. Man druckt die Comics auf chlorfrei gebleichtem Papier, um die Umwelt nicht zu belasten, man muß sie bezahlen, sich mit den Geschwistern darum streiten und sie unter Umständen vor den Eltern verstecken. Statt mit einer Form von Referenzlosigkeit müssen wir es mit einer Referenzverschiebung zu tun haben. Wenn Bedeutungen sich als Menge und als Kultur zusammenfassen lassen, dann bilden sie Felder und Rahmen.⁵⁵ Es gibt soziale, zeitliche oder örtliche Deutungsfelder. Mit der Argumentationsform der Fiktion versucht man die Grenze dieser Felder zu überschreiten. Das Negative des Fiktiven, ontologisch als „Nichts“ verstanden, bezieht sich weder auf den Bedeutungsträger noch auch auf die Bedeutung. Innerhalb argumentativer Operationen besteht das Negative der Fiktion in einem Absehen von anderen Gründen. Mit der Fiktion wird von einer Bedeutung bzw. von einer Menge zu einer anderen gewechselt.

Unter Perspektive der Unterscheidung von „Das gibt es/ Das gibt es nicht“ taucht das Problem auf, das *"bloß"* im bloß Ausgedachten zu erfassen. Schon, weil auch *gedankliche* Chimären beurteilbar sind, scheinen sie gegenständlich. Wittgenstein schließt folgendes daraus: *"Hätte diese Welt (des Fiktiven) keine Substanz, so würde, ob ein Satz Sinn hat, davon abhängen, ob ein anderer Satz wahr ist. Es wäre dann unmöglich, ein Bild der Welt (wahr oder falsch) zu entwerfen. Es ist offenbar, daß auch eine von der wirklichen noch so verschieden gedachte Welt Etwas - eine Form - mit der wirklichen gemein haben muß."*⁵⁶ Wittgenstein greift hier einen Gedanken auf, der seit Steinthal und Vaihinger den Fiktionalismus prägt: Eine Anschauung wird durch eine Relation apperzipiert, *„also nicht durch den Inhalt der Vorstellungsgruppe, sondern durch die Form derselben.“*⁵⁷ Fiktionen erfassen nicht etwas, was es „in Wirklichkeit“ gar nicht gibt, sondern sie stellen die Forderung, eine Form zu übertragen. So ist auch *Batman* ein Bündel von höchst realen Eigenschaften ist, daß der Name *Batman* und die gezeichnete Figur als Bedeutungsträger ebenfalls wirklich ist. Anlaß und Durchsetzung von *Batman* sind real, die konkrete Bündelung der Eigenschaften wird jedoch mit dem Hinweis verbunden, daß sie nicht der Wirklichkeit entspreche und dieser Hinweis muß eine bestimmte

⁵⁵ Vgl.: *Erving Goffman*, a.a.O., S. 31 ff.

⁵⁶ *Ludwig Wittgenstein, tractatus logico-philosophicus*, Frankfurt a. M. 1997, 2.0211-2.022.

Funktion erfüllen. Dieser Hinweis ist das eigentliche Element der Argumentationsform der Fiktion. Es begegnet uns im Modus des "Als-Ob".⁵⁷ Wer so tut, als ob etwas sich so und so verhalte, ist scheinbar von dem Gegenteil überzeugt, nimmt den Widerspruch zur eigenen Überzeugung aber im Hinblick auf weitere Zwecke in Kauf. Es handelt sich um eine Form anerkannter Inadäquanz. Das heißt, die Fiktion weist zwei Ebenen auf, und dies ist das Merkmal des mit ihr formulierten Aufmerksamkeitswechsels. Auf der ersten Ebene kennzeichnet die Fiktion eine *falsche, inadäquate* oder *unzeitgemäße* Formulierung. Auf der zweiten, pragmatischen Ebene intendiert sie, diese Form gleichwohl *entsprechend* zu gebrauchen.⁵⁸ Abbildung 3 zeigt insoweit eine Als-Ob Figur, weil die Anmache disqualifiziert, die „Qualität“ der Figur gleichwohl aber werbend pragmatisch eingesetzt wird. Ob das jetzt der Bühnenraum, der Comiestil, das Trompe l'œil oder die Wendung des *Als-Ob* ist - für die Fiktion ist es unverzichtbar, als Fiktion gekennzeichnet zu werden.⁶⁰ Bei Abbildung 3 ist das die Rahmenbildung, durch die die Anzeige wie eine Zeitschrift in der Zeitschrift gezeigt wird, und durch die der Raum des Als-Ob eröffnet wird. Es gibt keine Fiktionen ohne diesen Entblößungscharakter, der auf den Aufmerksamkeitswechsel hinweist. Soweit der Entblößungscharakter der Fiktionen reicht, soweit enttäuschen sie auch. Sie sollen uns klar machen, daß die Dinge nicht das sind, was sie sind. Fiktionen bleiben aber in diesem Moment der Enttäuschung nicht stehen. Die Fiktion soll die Skepsis suspendieren.⁶¹ Bei der Argumentationsform der Fiktion verneint man die Voraussetzungen eines Tatbestandes, um die mit dem Tatbestand verknüpften Folgen unabhängig davon bejahen zu können, ob dieser Tatbestand vorliegt, von dem Anderen anerkannt wird oder nicht.. Die Kennzeichnung eines Argumentes als fiktiv nimmt in gewisser Hinsicht Kritikern den Wind aus den Segeln; die Enttäuschung wird zum Gewinn erklärt. Insofern kann man die *Philosophie des Als-Ob* auch als *Philosophie des Selbst-Wenn* bezeichnen.

⁵⁷ Hans Vaihinger, a.a.O., S. 155

⁵⁸ So: Hans Vaihinger, *Die Philosophie des Als-Ob*, a.a.O.; Ebenso: John Searle, *The Logical status of Fictional Discours*, New Literary History 14 (1975).

⁵⁹ Vgl. dazu Abbildung 3.

⁶⁰ So noch jüngst in dem Musikvideo zu Michael Jacksons Lied „Ghost“. In diesem Video übernimmt Michael Jackson durch Spezialeffekte die Rolle von mehreren Personen, unter anderem die eines alten weißen Mannes und die eines Skelettes. In keiner dieser Rollen ist er als Michael Jackson zu erkennen. Der Abspann zeigt schließlich die tricktechnische Verwandlung von Michael Jackson in die anderen Personen. Dieser Abspann übernimmt die enttäuschende Funktion des „Als-Ob“.

⁶¹ „...that willing suspension of disbelief for the moment, which constitutes poetic faith“; Coleridge, *Biographia Literaria*; zitiert nach: Götz Pochat, *Geschichte der Ästhetik und Kunsttheorie. Von der Antike bis zum 19. Jahrhundert*, Köln 1986, S. 529

2. Das negative Tatbestandsmerkmal⁶²

(1) Betrachten wir das *Als-Ob* nun in seiner pragmatischen Dimension als Argumentationsform. Es handelt sich um eine Regelungsform, die dem *argumentum a simile*, d.h. der Analogie entspricht. Bereits unter dem Begriff der Semifiktion ließ sich feststellen, daß Fiktionen besondere Ähnlichkeitsformen sind. Wenn in Rechtstexten gesagt wird, bei einer Analogie sei die Norm "entsprechend" anwendbar, so heißt dies zunächst einmal, daß ein erster Subsumtionsversuch gescheitert ist. Wer im Sachenrecht die Regeln über die Eigentumsübertragung *per argumentum a simile* auch auf Tiere anwendet, macht damit deutlich, daß er Tiere nicht für Sachen hält. Er macht damit weiter deutlich, daß er das Zuschreibungsmerkmal „Sachen“ für einen Begriff hält, der nicht nur funktional oder rechtstechnisch verwendet wird, sondern auch im Hinblick auf unsere Vorstellungen von Natur und Alltag gedacht werden muß. Derjenige, der die Analogie verwendet, geht insoweit von einem natürlichen Inhalt der Begriffe aus. Zumindest bezieht er die Rechtssprache auch auf die Alltagssprache, und er kreuzt zwei Bedeutungsfelder. Durch die Analogie macht er deutlich, daß er die Subsumtion im Bedeutungsbereich der Alltagssprache für gescheitert hält. Danach paßt die Norm nicht auf den Fall, ihre Regelungsgehalt entspricht nicht dem zu lösenden Problem. Das Verhältnis zwischen Regel und Fall ist insoweit inadäquat. Ein zweiter Subsumtionsversuch ergibt dann, daß sich die Norm adäquat auf den Sachverhalt bezieht. Obschon Tiere keine Sachen sind, passen die zivilrechtlichen Regeln der Sachübereignung oder des Besitzschutzes eben auch für Tiere. Innerhalb der Semantik und Systematik des Sachenrechts paßt der Begriff der Sache rechtstechnisch auch für Tiere, weil sich der Regelungsgehalt des Sachenrecht auch auf Tiere übertragen läßt. Es ist ein Rahmungs- oder Mengenproblem, daß Tiere keine Sachen und doch Sachen sind: Bewege ich mich noch in der Menge der kommunikativen Praktiken, die den Begriff Tier im biologischen Sinne verwenden, oder bewege ich mich bereits in der Menge jener Praktiken, die den Begriff entsprechend der Tradition des Zivilrechtes verwenden? Nach beiden Subsumtionsversuchen gelangt man zu dem selbstwidersprüchlichen Ergebnis, das Verhältnis zwischen Regel und Fall sei *inadäquat/adäquat*. Wenn dann mit einer Fiktion gefordert wird, die Regel „entsprechend“ anzuwenden, dann heißt dies, daß man die inadäquaten Merkmalen der Vorschrift zu beachten hat, gleichzeitig seine Argumentation

⁶² Zum Begriff „negatives Tatbestandsmerkmal“ siehe: *Jutta Minas von Savigny, Negative Tatbestandsmerkmale*. Ein Beitrag zur Rechtssatz und Konkurrenzlehre, Köln 1972, S. 75 ff. Der Begriff wird dort im engeren Sinne auf die Strafrechtsdogmatik bezogen.

aber auf die adäquaten Merkmale stützen soll. Im genannten Beispiel des § 90 a BGB soll man die unkodifizierte Alltagssprache nicht aus dem Blickfeld verlieren und zugleich den unformulierten Telos des Sachenrechts pragmatisch nutzen. Man bewegt sich dann sowohl in einer Kultur der „politischen Korrektheit“ als auch in der Kultur des deutschen Zivilrechtes. Die Aufforderung, dieses Nebeneinander von Ausblenden und Fokussieren zu vollziehen, zeichnet den Aufmerksamkeitswechsel der Fiktion aus.⁶³ Das selbstwidersprüchliche Ergebnis von Adäquanz/Inadäquanz wird über eine dritte Schlußgröße dahingehend aufgelöst, daß die Konsequenz der ambivalent formulierten Regel eintreten soll. Obschon der Begriff der Entsprechung gebraucht wird, bezieht sich dies nicht auf eine Form logischer bzw. semantischer Äquivalenz. Diese dritte Größe wird als *tertium comparationis* bezeichnet. Man hat versucht, den Analogieschluß als dritte Schlußform neben der Deduktion und der Induktion darzustellen. Tatsächlich ist das *tertium comparationis* nur eine im Hintergrund stehende Prämisse, ein negatives Tatbestandsmerkmal, das *noch nicht* oder *nicht mehr* formuliert ist.⁶⁴ Will man das *argumentum a simile* bzw. die Fiktion nicht als Argumentationsform, sondern als Zeitform beschreiben, so gehört zu ihrer Beschreibung, daß sie zwischen *noch nicht formuliert* und *nicht mehr formuliert* hin und her pendelt und so ein ungeäußertes Element, die dritte Schlußgröße, enthält. Die Fiktion gleicht als Zeitform dem von Lessing beschriebenen fruchtbaren Moment, in dem die Vergangenheit und Zukunft einer Formulierung in einer Wendung verdichtet werden. Die Fiktion ist eine semantische Levade. Die Rechtsgeschichte lehrt, daß das im Hintergrund stehende unformulierte *tertium comparationis* früher oder später selbst als regelhaftes Prinzip formuliert wird und aus der Fiktion bzw. der Analogie dann selbst eine positive Rechtsvorschrift wird.⁶⁵ Oder sie wird fallengelassen, weil das Rechtssystem sich endgültig von den alten Grundlagen verabschiedet. An der Schlußform als Analogie bzw. Fiktion muß man nur solange festhalten, solange dieses regelhafte Prinzip nicht gesetzlich kodifiziert ist, sondern das Gesetz als Rechtsfortbildungsform kommentiert, solange es nicht als rechtlicher Primärtext formuliert und kodifiziert ist, sondern als „unformulierter“ Sekundärtext den Gesetzestext begleitet. Die Fiktion wird formuliert, um den Aufmerksamkeitswechsel zwischen der kodifizierten Rechtssprache und der

⁶³ Siehe aus der Sicht der Regelpoetik: Rüdiger Ganslandt, „...ärger, als daß ein Schaf Löwen gebären solle“- Regel und Regelüberwindung bei Herder, in: Heinz Herbert Mann/Peter Gerlach (Hrsg.), Regel und Ausnahme, Aachen-Leipzig-Paris 1995, S. 57-62.

⁶⁴ Siehe dazu: Wolfgang Gast, *Juristische Rhetorik*, Heidelberg 1988, S. 225 ff. (227).

⁶⁵ Zum Beispiel wurde die allgemeine Unterlassungsklage im deutschen Zivilrecht zunächst auf eine Analogie zu den §§ 12, 862, 1004 BGB gestützt. Inzwischen ist der dahinterstehende Rechtsgedanke, das sog. Präventionsprinzip in den Reformentwürfen zum Zivilrecht schon formuliert, so daß dort die Analogie wegfällt. Dazu: Wolfgang Gast, a.a.O., S. 227.

Alltagssprache oder der juristischen Sekundärsprache zu konservieren. Die Prämisse, das *tertium comparationis* ersetzt durch eine Bedeutungsverschiebung die formulierten Voraussetzungen der Regel durch eigene Voraussetzungen. Da das *tertium* der Argumentationsform der Fiktion noch nicht formuliert ist, kann es als negatives Tatbestandsmerkmal bezeichnet werden. Dieses negative Tatbestandsmerkmal weist auf den Bedeutungsüberschuß und den zeitlichen Synchronisationsversuch hin, den die Fiktionen markieren. Diese Wendung unterscheidet negative Regeln von positiven Regeln. Ich will dieses *tertium* ruhig auf ein zeitliches Phänomen beziehen und in der Form des „*Noch Nicht*“ als ein weiteres entscheidendes Merkmal der Argumentationsform der Fiktion hervorheben. Daraus folgt zugleich, daß Theorien, die die Argumentationsform der Fiktion selber verteidigen, darauf angewiesen sind, Asynchronien zu schildern, um die Notwendigkeit der Synchronisation zu behaupten. Die *Philosophie des Als-Ob* bewegt sich daher auch in der Nähe einer *Philosophie des Noch-Nicht*, d.h. sie ist latent utopisch. Bei dieser Form der Regelungstechnik wird aufgrund des negativen Tatbestandsmerkmals auf die Rechtsfolge der Norm, d.h. allgemein auf die praktische Konsequenz gerade nicht verzichtet. Daher ist der Entblößungscharakter der Fiktion durchaus zweischneidig. Als Instrument der Kritik konzentriert sich diese Entlarvung ganz auf die Inadäquanz des ersten Subsumtionsversuches, ohne auf die Adäquanz des zweiten Versuches aufmerksam zu machen. Zudem ändert der Hinweis nichts an der tatsächlichen Verwendung der Argumentationsform und an der Tatsache, daß die Synchronisation zweier Bedeutungsbereiche zu einer Verwirklichung der Bedeutungsträger führen kann. Die Ambivalenz erhöht sich, wenn die Fiktion Ausdruck von Legitimations- und Durchsetzungsbemühungen ist. Die Verwirklichung der Konsequenz einer Fiktion findet daher unter der Verdeckung und Entwirklichung ihrer Voraussetzungen statt. Mit der Fiktion wird nicht nur die Unwirklichkeit der Wirklichkeit gleichgestellt, sondern auch die Wirklichkeit der Unwirklichkeit. Das führt zu dem Gedanken von Nietzsche, daß man mit dem Fiktionalismus nicht nur die wahre Welt abschaffe, sondern auch die scheinbare. Die Verwendung einer Fiktion weist auf einen Aufmerksamkeitswechsel bzw. eine Transformation,⁶⁶ in der eine Vorstellung positiviert wird⁶⁷ und der Bedeutungsträger negativiert wird. Hans Robert Jauß hat dies als die Vermittlungsleistung des Fiktiven bezeichnet, die darin liege, daß die Fiktion eine bestimmte Realität negiert, und in eins damit dem Imaginären Prägnanz und

⁶⁶ Der Begriff der Transformation wird in diesem Zusammenhang auch von Erving Goffman gebraucht. Siehe: *Erving Goffman, Rahmen-Analyse*. Ein Versuch über die Organisation von Alltagserfahrung, Frankfurt a.M. 1993, S. 52.

⁶⁷ *Wolfgang Iser, Die Doppelungsstruktur des literarisch Fiktiven*, in: Henrich/Iser., a.a.O., München 1983, S. 497.

Gestalt verleiht.⁶⁸ Dies entspricht der ästhetischen Unterscheidung nach Form und Inhalt. Es ist wie bei der Betrachtung der Zeichnung "*Study for the garden of love*" von Rubens: Die Zeichnung ist der Bedeutungsträger der Figur, und doch schließt die Wahrnehmung der Kreide die der Seide aus et vice versa.⁶⁹

(2) Transformationen stellen nicht nur Ähnlichkeiten her. Zugleich lösen sie Ähnlichkeiten, indem sie Differenzen erzeugen. Die Rhetorik behandelt Transformationen primär als Verhüllungstechnik. Kernstück dieser Technik ist die *Dissimulation*, die sich in sechs Änderungskategorien aufteilen läßt: *appositio* (Zusatz), *detractio* (Abzug), *transpositio* (Umstellung), *immutatio* (Veränderung), *copia* (Überfluß) und *brevitas* (Verkürzung).⁷⁰ In jedem der genannten Fälle wird über Umdichtungen Bedeutung verschoben. Die rhetorische imitatio-Theorie geht davon aus, daß es Produktionsregeln der Rede gibt, die auf der Nachahmung von Vorbildern basieren. Die getreue Nachahmung und Wiederholung eines Vorbildes wird Imitation oder Simulation genannt. Schon Quintilian stellt hier jedoch das Dissimulationspostulat auf: "*Nachahmung als solche genügt nicht.*"⁷¹ Dies ist mit der Forderung verbunden, den Vorbildern zu folgen, das Vorbild jedoch zugleich zu verbergen. Daher wird die Dissimulation in der Rhetorik als Verhüllungstechnik verstanden. Der Zweck dieses Postulates kann dahingehend gedeutet werden, daß der Redner durch die Umdichtung vermeiden soll, daß der vorbildorientierte Text formalisiert und leblos wird.⁷² Die Dissimulation soll die feststehenden und konstitutiven Formen einer Sprache einerseits fortsetzen, andererseits in Bezug auf die rhetorische Situation verlebendigen. Das Erfordernis, den Anschluß an die Vorbilder und die Beibehaltung der Rede als Änderung darzustellen, ist jedoch nur die eine Seite der Dissimulation. Darin erschöpft sich das Postulat nicht, da insofern auch auf die Vorbilder verzichtet werden könnte, um die Sprache des Redners zu aktualisieren. Auch die Dissimulation ist eine Form von Assimilation, weil die rhetorischen Vorbilder Regeln sind, die immer in Bezug auf Fälle, d.h. konkrete rhetorische Situationen zu denken sind. Eine nachahmende Rede, die in einer anderen rhetorischen Situation erfolgt, muß zur Aufrechterhaltung einer historischen Begründungskette die Änderungen der

⁶⁸ Hans Robert Jauf, *Das Vollkommene als Faszinosum des Imaginären*, in: Henrich/Iser, a.a.O., S. 443.

⁶⁹ Nach: Michael Podro, *Fiction and Reality in painting*, in: Henrich/Iser, a.a.O., S. 225 ff.

⁷⁰ Ausgearbeitet von: J. Sturm, *De imitatione oratoria libri tres*, Argentorati 1574; Darstellung nach: Gunther Verweyen/Theodor Wittig, a.a.O., S. 328.

⁷¹ Quintilianus, *Institutiones oratoriae*. Libri XII, Darmstadt 1975, S. 486 f.

⁷² So: H. Gmelin, *Das Prinzip der Imitatio in den romanischen Literaturen der Renaissance*, in: Romanische Forschung 46 (1932), S. 83-360.

rhetorischen Situation so darstellen, als seien sie keine und die Wiederholung der rhetorischen Vorbilder so, als sei sie keine. Dissimulationen verhüllen die Änderung der rhetorischen Situation und sie verhüllen, daß man an den alten Bedeutungsträgern noch festhält.⁷³ Die „Entähnlichung“, die durch die Dissimulation erfolgt, zielt auch darauf ab, neue Situationen für das Auditorium in die Evidenzen bisheriger Verbindlichkeiten zu überführen und auf die *"leitende Gewalt der schon feststehenden Form"*⁷⁴ zurückzuführen. Daher haben wir die Fiktion sowohl auf das *argumentum a simile* als auch auf die Dissimulationstechnik der Rhetorik beziehen können. Die normative Kraft des Faktischen und die des Kontrafaktischen sind daher letztlich zwei Seiten eines generativen Prinzips, das entscheidet, ob die Aufmerksamkeit auf die Adäquanzen oder die Inadäquanzen zum Präformationsbestand einer Kultur gelenkt werden.

(3) Als Fiktion beobachten wir auch alle Verhaltensformen, die eine Transformation anderer Verhaltensformen unter Verzicht auf die praktische Konsequenz dieses Verhaltens darstellen. Die Behauptung eines *"so-tun-als-ob"* begegnet uns z.B. bei Begrüßungsgesten Jugendlicher, die die Bewegungen von Boxkämpfern andeuten.⁷⁵ Die gleiche pragmatische Dimension weist die Fiktion auf, soweit sie als Instrument der Kritik eingesetzt wird und eine bestimmte Aussage pejorativ als *„bloß fingiert“* bezeichnet wird. Unverzichtbares Merkmal einer Fiktion ist der erkennbare Hinweis, daß die Aussage oder das formulierte Verhalten wirkungslos sind. Auch hier ist zu beobachten, daß das Fiktive an diesem Verhalten nicht in dem Bezug auf eine wie auch immer geartete Form von Irrealität liegt, sondern in dem Akt der Bedeutungsverschiebung. Die beiden Formen der Fiktion lassen sich, so unterschiedlich sie sind, nicht immer auseinanderhalten. Deutlich wird dies im Modus des Scherzes, der auf perfide Art dem Angriff nicht nur jede Art Boshaftigkeit, sondern auch dem Angegriffenen jede Verteidigungsmöglichkeit nimmt. Die Verwirrungen werden noch einmal potenziert, wenn ein Dritter auf einen geschmacklosen Scherz mit der verteidigenden Anmerkung reagiert, die Bemerkung sei *"aber gemein"*. Erst in diesem Moment ist dem Satz jede restliche Form von Scherzhaftigkeit und somit dem Angegriffenen jede Hoffnung auf Fehlbewertung seiner Person

⁷³ So ist aus den Schmuckformen des antiken Tempels in dem Moment „falsche Architektur“ (Mühlmann) geworden, als das Material Holz durch Stein ersetzt wurde, und die Formensprache beibehalten wurde.

⁷⁴ F.D.E. Schleiermacher, *Hermeneutik*, Heidelberg 1959, S. 135.

⁷⁵ Eine ausführliche Darstellung mit zahlreichen Beispielen unter dem Begriff der Modulation findet sich bei: *Erving Goffman*, a.a.O., S. 52-97.

genommen. Bei Pornofilmen findet sich der Hinweis, die gesamte „Geschichte“ sei „*entirely fictional*“. Das mag in Anbetracht der Tatsache, daß der Film in besonderem Maße auf Wirksamkeit zielt und daß sich vor der Kamera der Geschlechtsverkehr tatsächlich vollzieht, überraschen. Darsteller und Zuschauer werden animiert, aber nicht computer-animiert. Ich zweifle, ob es überhaupt einen negativen Rest und eine Form der Bedeutungsverschiebung in Pornofilmen gibt. Der Hinweis auf die Fiktion dient primär wohl als Entschuldigung, also als Möglichkeit, Zuschreibungen zu verhindern. Ähnliche Verwirrungen treten auf, wenn einem Zuschauer bei einer blutigen Inszenierung von Dantons Tod das Blut tatsächlich aus dem Kopf weicht und er in Ohnmacht fällt.⁷⁶ Die Entschuldigung, man habe „*ja nur so getan, als ob*“, wird in einem solchen Fall schon zu spät kommen. Zumindest ist man dann um die Suspension der Folgen noch bemüht. In der Praxis dürften Fiktion und Dogma, Scherz und Ernstfall nur schwer auseinanderzuhalten sein, weil beide Seiten gleichermaßen wirken können. Das entbindet jedoch nicht von der Pflicht, hier heuristisch ein Unterscheidungskriterium zu finden. Zur weiteren Unterscheidbarkeit der beiden Formen von Fiktionen sei die erste Figur, die auf Wirksamkeit zielt, als *praktische Fiktion*, die zweite Figur als *Suspensivfiktion* bezeichnet.

III. Die Figur des Kontrafaktischen

1. Die Annahme möglicher Welten

(1) Vor dem Begriff des Kontrafaktischen oder der Kontrafaktizität steht begriffsgeschichtlich das Substantiv „*Kontrafaktur*“. Der Begriff ist aus dem französischen Begriff „*contre-fait*“ abgeleitet. Er bezieht sich sowohl auf Legierungen eines Edelmetalles als auch auf gefälschtes Geld. Er ist zugleich aus dem nlat. Begriff „*controfatio*“ abgeleitet, der für eine Paraphrase der Apokalypse steht. Der Begriff ist in der Portraitmalerei als *Contrafactor* und *Konterfei* nachweisbar.⁷⁷ Er wurde für die

⁷⁶ Vgl. das Streß-Beispiel des Hamletschauspielers bei Heiner Mühlmann, *Die Natur der Kulturen*, Wien/New York 1996, S. 33

⁷⁷ Vgl. Nikolaus Reusner, *Contrafacturbuch*. Ware und Lebendige Bildnissen etlicher weltberühten unnd Hochgelehrten Männer in Teutschland, Straßburg 1587

Fertigung von Stadtansichten und anatomischen Demonstrationen als "*Contrafactur*" verwendet.⁷⁸ Schließlich ist er seit der Reformation beinahe ausschließlich auf musiktheoretischem Gebiet nachweisbar.⁷⁹ In allen Fällen bezeichnet er eine bestimmte Relation zum Vorbild bzw. zur Vorlage. Die Bedeutung reicht hier jedoch von täuschendem Surrogat bis zum getreuen Ebenbild und pendelt historisch zwischen den beiden Polen von Adäquanz und Inadäquanz⁸⁰ um schließlich nur noch den Wechsel einer Relation zu bezeichnen. Ebenso wie die Fiktion spielt das Kontrafaktische eine wichtige Rolle im Universalien- bzw. Bilderstreit. In der Poetik wird der Begriff der Kontrafaktur als Abgrenzung zu den rhetorischen Dissimulationstechniken gebraucht, da die Kontrafaktur die Vorbilder nicht verbergen wolle.⁸¹ Der Begriff der Kontrafaktur wird allerdings zugleich gegenüber der Parodie abgegrenzt, da diese die Autorität der Vorlage zerstören wolle. Der Begriff der Kontrafaktur definiert in der Poetik die formale Übereinstimmung zweier Werke bei bedeutungsmäßiger Diskrepanz.⁸² Das ist der Ausgangspunkt, den ich hier aufgreifen will. Die Uniform der NVA stellt zum Beispiel eine Kontrafaktur dar, da sie einerseits erhebliche formale Übereinstimmungen mit der Uniform der Wehrmacht aufweist (vgl. Abbildung 1). Zugleich dient die Uniform der NVA als Symbol antifaschistischen Kampfes, während die Uniform der Wehrmacht mit dem faschistischen Kampf verbunden wird. Abb. 2 zeigt ebenso eine Kontrafaktur. Die Zusammenstellung von Bildern moderner Kunst und Bildern Behinderter war einerseits Teil der Verdammung moderner Kunst in der Kampagne der entarteten Kunst. Mit den gleichen Argumentationsfiguren wurde in den 50`er Jahren die Moderne als unverstellte Zugangsmöglichkeiten zu den Tiefen der Seele legitimiert. Das Argumentationsmuster konnte so einerseits als faschistisch verdammt werden, andererseits als modern gesegnet werden. Da in allen Fällen beide Bedeutungen sich gegenseitig nicht nur ausschließen, sondern auch widersprechen können, liegt hierin eine besondere Ähnlichkeit der Kontrafaktur zum selbstwidersprüchlichen Element der Fiktion. In dieser Übereinstimmung liegt zugleich jedoch der entscheidende Unterschied zwischen der Fiktion und der Kontrafaktur. Wenn ein Bedeutungsträger zwei sich widersprechende Bedeutungen aufweist, so kann

⁷⁸ Vgl. z.B. aus der Sammlung der UB München: *Warhaftige Contrafactur des heil.röm. Reichsfreistatt Regensburg mit Irer Gelegenheit gegen Mitternacht*, Holzschnitt 1589

⁷⁹ Vgl. *Walter Lipphardt: Zur geistlichen Kontrafaktur*. Ein unbekanntes hs. Gesangsbuch Adam Reißners a.d. Jahre 1554 als wichtige Quelle dt. Volksliedweisen, Kassel 1967

⁸⁰ Vgl.: *Verweyen/Wittig, Die Kontrafaktur*. Vorlage und Verarbeitung in Literatur, bildender Kunst, Werbung und politischem Plakat, Konstanz 1987, S. 11 ff.

⁸¹ "*Der Vorbildtext ist dominanter konstitutiver Faktor des Nachfolgetextes; aber diese Tatsache wird auf der elokutionell-lexikalischen Ebene der Imitation nicht in augenfälliger Weise deutlich. Genau darin aber sehen wir das Hauptkriterium der Unterscheidbarkeit einer Imitation von einer Kontrafaktur*", *Verweyen/Wittig*, a.a.O., S. 66; Freilich ergibt die oben erwähnte Zweiseitigkeit einer Ähnlichkeitsbeziehung, daß dieses Abgrenzungskriterium vage und letztlich unbrauchbar ist.

man dies in Anlehnung an Aby Warburg als eine *polare Formulierung* bezeichnen. Aby Warburg nennt in seinem Kreuzlinger Vortrag⁸³ die Schlange als Beispiel einer polaren Formulierung. Die Schlange steht sowohl für das Verderben⁸⁴ als auch für das Heil.⁸⁵ Die Schlange ist allerdings nur aus der Sicht des unbeteiligten Dritten, der beide Bedeutungsebenen sieht, widersprüchlich. Die Pragmatik der Kontrafaktur unterscheidet sich von der Fiktion dadurch, daß ihr das widersprüchliche Als-Ob und somit der Entblößungscharakter und der Enttäuschungsversuch der Fiktion fehlt. Sowenig, wie die Kontrafaktur die „Vorbilder“ verbergen will, so wenig will sie diese „Vorbilder“ auch enthüllen. Das heißt, dass die Kontrafaktur keinen offenen semantischen Grenzübergang intendiert, wie die Fiktion. Sie lebt davon, daß die Grenze zur anderen Bedeutung des Vorbildes oder der Vorlage geschlossen bleibt. Während die Fiktion damit der Ambivalenz operiert, daß der Bedeutungsträger sich adäquat *und* inadäquat zur Bedeutung verhält, verlangt die Kontrafaktur eine Entscheidung *entweder* für die eine Bedeutung *oder* für die andere Bedeutung und daher handelt es sich bei der Kontrafaktur um den *einseitigen* und *vollzogenen* Austausch einer semantischen Relation.⁸⁶ Ist die Relation einmal ausgetauscht, soll der „erste“ Zustand nicht mehr wahrgenommen werden, es soll insoweit eine kognitive Einschränkung erfolgen.

(2) Der Begriff des Kontrafaktischen bezeichnet im heutigen Sprachgebrauch, ebenso wie die Fiktion, das "*nicht der Wirklichkeit entsprechende*". Der Begriff taucht in der deutschen Literatur vermehrt seit den 60' er Jahren auf. Dies ist möglicherweise auf angloamerikanische Einflüsse zurückzuführen. Der Gebrauch des Wortes "*counterfactual*" im anglo-amerikanischen Pragmatismus und in der analytischen Philosophie mag die Hauptursache für den Gebrauch des Begriffes "*kontrafaktisch*" statt "*fiktiv*" oder "*irreal*" sein. Tatsächlich wurde und wird dieser Begriff als Synonym für die Fiktion verwendet. Kontrafaktische Annahmen werden in diesem Sinne ebenso wie die Fiktion als die *mentale Konstruktion irrealer Vorstellungswelten* definiert⁸⁷. Die unterschiedliche Herkunft der beiden Begriffe wird dabei nicht beachtet, vor allem aber wird die oben erläuterte Unterscheidung nicht vorgenommen. Mir geht es hier um die Unterscheidung beider Figuren. Gegenüber der Figur der

⁸² Verweyen/Wittig, ebd.

⁸³ Aby Warburg, *Schlangenritual*. Ein Reisebericht, Berlin 1995, S. 53. Aby Warburg hat selbst, das geht aus diesem Vortrag hervor, die Philosophie des Als-Ob von Vaihinger rezipiert und bringt seine Idee der polaren Symbole in den Zusammenhang mit dem Fiktionalismus Vaihingers: „*Der Schlange gebührt ein eigenes Kapitel in der Philosophie des Als-Ob*“.

⁸⁴ So in der Laokoon-Figur.

⁸⁵ So in der Asklepios-Figur.

⁸⁶ Z.B. zwischen Bild und Unterschrift, zwischen Text und Melodie, zwischen Bedeutungsträger und Bedeutung.

Fiktion ist eine Kontrafaktur und die mit ihr verbundene kontrafaktische Annahme eindimensional. Eine kontrafaktische Annahme enthält weder die oben erwähnte Kennzeichnung der Inadäquanz noch eine sich darüber hinwegsetzende Intention des praktischen Gebrauchs. Insoweit sind kontrafaktische Annahmen auch nicht mit Analogieschlüssen vergleichbar und auf die Form des Als-Ob zurückführbar. Gleichwohl vollzieht sich bei kontrafaktischen Annahmen ein Aufmerksamkeitswechsel. Dieser geht einher mit der Annahme möglicher Welten. Wer einen Sachverhalt so umdenkt, wie er auch sein könnte und die Tatsachen im Hinblick auf ihre kontrafaktischen Alternativen wertet, vollzieht diesen Aufmerksamkeitswechsel, der hier interessiert.

(3) Die semantisch eindeutige Form kontrafaktischer Annahmen begegnet uns im irrealen Konditional. Dabei handelt es sich um eine Aussage, in der Antezedenz und Präzedenz als wahre Aussagen verneint werden, der gesamte Satz jedoch als wahr bejaht wird. Das irreale Konditional hat z. B. folgende Form:

1. *Hätte es noch eine Stunde geregnet, dann wäre der Oder- Deich gebrochen.*

Damit wird zugleich folgendes behauptet:

1.1. *Es hat nicht mehr geregnet.*

1.2. *Der Deich ist nicht gebrochen.*

Obschon man also Aussagen über zwei unverwirklichte Situationen macht, erhebt der gesamte Satz Anspruch auf die gültige Formulierung real möglicher Bedingungen. Kontrafaktische Annahmen begegnen uns immer dort, wo wir Aussagen über mögliche Welten machen und wo wir Kausalketten annehmen oder Verantwortlichkeiten zuschreiben. Daß mit den kontrafaktischen Möglichkeiten ein realer Faktor behauptet wird, ist im genannten Beispiel durch die Intention erkennbar, mit der Behauptung weiter Deichbaumaßnahmen durchzusetzen. Die nicht verwirklichte Situation des möglichen Deichbruchs soll Voraussetzung für weitere Konsequenzen sein. Sämtliche Dispositionsprädikate die verwendet werden, wenn man z.B. "*Kaba ist leicht löslich*" sagt, sind durch kontrafaktische Annahmen gestützt. Sie beziehen sich nicht auf manifeste, d.h. aktuell erfahrbare Eigenschaften wie "*flüssig*", sondern sind Versprechen, die noch nicht eingelöst sind. Wie das irrealen Konditional, so beschreibt ein Dispositionsprädikat reale Faktoren, die jedoch nur latent vorhanden und nicht vollständig positiviert sind. Die manifeste Eigenschaft, flüssig zu sein, ist nicht verwirklicht. Ebenso wenig sind die Bedingungen formuliert, die vorhanden sein müssen, damit sich das

⁸⁷ Karl Klauer/Gerd Migulla, *Spontanes kontrafaktisches Denken*, in: Zeitschrift für Sozialpsychologie 26 (1995), S. 34 ff.,

Versprechen wirklich einlöst. Dazu kommen kaum abschließend aufzählbare Bedingungen, die erfüllt sein müssen, damit die Voraussage tatsächlich eintrifft. Dispositionsprädikate bilden, wie auch der Induktionsschluß, das Modell für Aussagen, die fortsetzbar sein sollen. Da Fortsetzbarkeit ein uneingelöstes Versprechen ist, ist es nicht überprüfbar und nicht widerlegbar.⁸⁸

2. Katastrophen

(1) Kontrafaktische Annahmen sind nicht an die genannten sprachlichen Formen gebunden. Alle Attributionen kausalen Verhaltens und alle Zuschreibungen sind mit der Annahme alternativer Möglichkeiten verbunden. Die Annahme, Contergan habe zu Schädigungen von Embryonen geführt, beruht auf der kontrafaktischen Annahme, daß die Kinder nicht geschädigt worden wären, wenn die Mütter kein Contergan genommen hätten.⁸⁹ Bis hin zu Werbeanzeigen, die mit einem *"Statt U,- DM heute nur X,- DM"* werben, begegnen wir dem Hinweis auf alternative Möglichkeiten. Selbst noch Ausreden wie *"Ich war verhindert"* werden von der Annahme begleitet, daß man eine Verabredung eingehalten hätte, wenn nicht Situation X eingetreten wäre. Besonderes Merkmal der Denkform des Kontrafaktischen ist diese Situation X, eine Situation, an der die Wirklichkeit und deren mögliche Alternative zugleich anknüpfen und auseinanderlaufen. Man kann sich dies wie Abzweigungen in den Darstellungen von Baumgrafiken vorstellen.⁹⁰ Douglas Hofstaedter hat vorgeschlagen, diese Situationen *"beinahe-Situationen"* zu nennen, weil im Moment der Abzweigung noch ein besonderes Möglichkeitspotential steckt.⁹¹ Diese Situationen sind Situationen, die ein hohes Enttäuschungs-, Schreckens-, Versprechens- oder Aufforderungspotential besitzen.⁹² Diese Situationen zeichnen sich dadurch aus, daß sie negative Valenz hervorrufen. Bei der kontrafaktischen Annahme handelt es sich um einen Aufmerksamkeitswechsel zwischen der Wirklichkeit und ihrer möglichen Alternative. Beide

m.w.N.

⁸⁸ Siehe: Nelson Goodman, *Tatsache, Fiktion und Voraussage*, Frankfurt a.M. 1988, S. 110 ff.

⁸⁹ „Die strafrechtliche Praxis geht bei der Frage, ob eine Handlung Ursache eines Erfolges geworden ist, von jeher von der Bedingungstheorie aus (RG 44,244; BGH 1,332;2,24;7,114). Sie besagt, daß eine Handlung dann Ursache eines Erfolges ist, wenn die Handlung nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß der Erfolg entfiele(...) (sog. *conditio-sine-qua-non* Formel). Die Rechtsprechung behandelt Fragen der objektiven Zurechnung nach wie vor als Kausalitätsprobleme und beantwortet sie auf dem Boden der Kausalitätsformel.“ Herbert Tröndle, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München 1997; vor § 13 Rnd. 16/18.

⁹⁰ Eine Darstellung der Denkform des Kontrafaktischen unter Berücksichtigung von Baumuniversen: Günther Posch, *Zur Semantik der kontrafaktischen Konditionale*, Tübingen 1980; S. 34 ff.

⁹¹ Douglas R. Hofstaedter, *Gödel, Escher, Bach*. Ein endlos geflochtenes Band, Stuttgart 1986, S. 675-724, siehe dazu auch: Christoph Rodiek, *Erfundene Vergangenheit*, Kontrafaktische Geschichtsdarstellung (Uchronie) in der Literatur; Frankfurt a.M. 1997; S.11.

bilden Bedeutungsbereiche, die sich auch als Kulturen im oben genannten Sinne verstehen lassen. Von Alfred Schütz stammt hierzu der Gedanke, daß ein solcher Aufmerksamkeitswechsel stets mit einem besonderen Schock verbunden sei: *"Es gibt so zahlreiche Arten verschiedener Schockerfahrung, wie es verschiedene geschlossene Sinnbereiche gibt, denen ich den Wirklichkeitsakzent erteilen kann."*⁹³ Was Ursache und was Folge ist, der Schock oder der Aufmerksamkeitswechsel, ist wohl nicht zu klären. Überhaupt ist nicht klar, ob Katastrophen Grund⁹⁴ oder Folge von Revisionen sind. Die Etymologie des Begriffes Katastrophe deutet in den rhetorischen Ursprüngen noch darauf hin, daß beides eins ist, diese Rekonstruktion will ich hier aber offen lassen. Zumindest läßt sich in der Alltagserfahrung der enge Zusammenhang beider Erscheinungen feststellen. Schütz nennt als Beispiele den Schock des Einschlafens beim Wechsel in die Traumwelt. Auch die Polarität des Symbols der Schlange entspringt unmittelbar der Furcht vor ihr.⁹⁵ Es gibt einen Bereich, wo Formulierungen, Symbolbildung und das Benennen von Gründen beinahe unmöglich sind, weil emotionale Extreme einen Bereich bilden, der allenfalls mit geschlossenen Reiz-Reaktions-Schemata vergleichbar ist.⁹⁶ Hier besteht eine Nähe und eine Wechselwirkung zwischen Regelzuschreibungen und kontrafaktischen Annahmen. Im Bereich kultureller Rückversicherung ist nicht festlegbar, ob Regeln das Ergebnis von Zuschreibungen sind oder umgekehrt. Aby Warburg faßte auf symboltheoretischem Gebiet dazu den Gedanken, daß die Zuschreibung kultureller Tatbestände eine Doppelfunktion erfüllt. Kulturelle Tatbestände sind als kollektive Reaktionen der Vergangenheit Gedächtniseinheiten, die diese Doppelfunktion erfüllen. Jeder aktuelle Eindruck kann nach Warburg sowohl den phobischen Reflex der Projektion auslösen, als auch die zivilisierte Reaktion der Bezeichnung und Erklärung und das eine kann zugunsten des anderen reduziert werden.⁹⁷ So kann man im Rückgriff auf Stützerwägungen auf die Vorderseite oder auf die Rückseite der verwendeten Bedeutungsträger gelangen, d.h. es ist dann nicht klar, ob die Gründe die Entscheidung rechtfertigen oder die Entscheidung die Gründe. Diesen Doppelcharakter der

⁹² Klauer/Migulla, a.a.O. S. 34 f.

⁹³ Alfred Schütz, *On multiple Realities*, in: *Collected Papers*, Den Haag 1962; S. 231; Übersetzung und Zitat nach Goffman, a.a.O. S. 12.

⁹⁴ So: Nelson Goodman/Catherin Z. Elgin, *Revisionen*. Philosophie und andere Künste und Wissenschaften, Frankfurt a.M. 1993, S. 9.

⁹⁵ Vgl.: Ulrich Raulff, *Nachwort*; in: Aby Warburg, a.a.O., S. 78/79; ebenso: Balaj Mundkur, *The Cult of the Serpent, An Interdisciplinary Survey of its Manifestations and Origins*, Albany 1983, S. 6.

⁹⁶ Vgl.: Raulff, a.a.O., S. 79.

⁹⁷ Gombrich, E.H.; *Aby Warburg*. Eine intellektuelle Biographie, Hamburg 1992

Zuschreibung haben auch die aktuellen sozialpsychologischen Forschungen bestätigt.⁹⁸ Diese Wechselwirkungen sind derart ausgestaltet, daß in den meisten Fällen nicht aufzuklären ist, ob Zuschreibungen kontrafaktisches Denken auslösen⁹⁹ oder ob kontrafaktisches Denken Zuschreibungen auslöst.¹⁰⁰ Nicht nur jede persönliche kleine oder große Katastrophe wird von der Hypothese "Was wäre, wenn..." und dem Aufbau einer möglichen Gegenwelt begleitet, sondern auch die Wendepunkte kultureller Gemeinschaften. Für die Begründungskonzepte kultureller Selbstbeschreibung wird dies dadurch bestätigt, daß alle Formen historiographischer Kontrafakturen an kriegerische Auseinandersetzungen, Revolutionen, Königsmorde oder andere Katastrophen gebunden sind.¹⁰¹ Da die Beinahe-Situationen stets an Wendepunkten liegen, bilden sie zugleich den Moment der Bedeutungstauung¹⁰² für die folgende Entwicklung, d.h. von ihnen geht der Eindruck der Notwendigkeit für alle weiteren Entscheidungen aus, obschon sie ein besonderes Möglichkeitspotential besaßen. Es gilt, daß je größer das Möglichkeitspotential einer Situation aus der ex-ante Sicht, desto größer das Notwendigkeitspotential aus der ex-post Sicht. Von möglichen Abzweigungsmomenten geht eine solche Suggestion der Verantwortung aus, daß alle weiteren Entscheidungen als Ableitungen der ersten Entscheidung erscheinen und darauf bezogen werden. Je höher das Möglichkeitspotential einer Situation, desto stärker ist der Eindruck der Notwendigkeit dieser Situation für alle nachfolgenden Situationen. Daran entzündet sich die Kritik, die die Argumentationsform des Kontrafaktischen übt. Hier stoßen wir auf einen weiteren Unterschied zwischen der Argumentationsform der Fiktion und der Form des Kontrafaktischen. Die Fiktion taucht seit Kant primär im Zusammenhang mit der Idee der Notwendigkeit auf.¹⁰³ Die Poetik des Kontrafaktischen ist seit dem 19. Jahrhundert in erster Linie einer Kritik an einer geschichtsphilosophischen Idee der Notwendigkeit und Teleologie historischer Prozesse verbunden.¹⁰⁴ Die Kontrafaktur wurde von Geschichtsschreibern eingesetzt, um zu zeigen, daß der

⁹⁸ Böhner/Bless/ Schwarz/ Strack, *What triggers causal attributions?* The impact of valence and subjective probability, in: *European Journal of Social Psychology* 18 (1988), S. 335-345; Möller/Strauß, *Bedingungen kontrafaktischen und attributionalen Denkens*, in: *Sprache und Kognition* 16 (1997), Heft 2, S. 110-117 (111); Klauer/Migulla, *Spontanes kontrafaktisches Denken*, in: *Zeitschrift für Sozialpsychologie* 1995, S. 34-45 (34 ff.)

⁹⁹ So: Roese N.J/ Olsen, J.M., *What might have been*. The social psychology of counterfactual thinking, Hillsdale 1995.

¹⁰⁰ So: Lipe M.G., *Counterfactual reasoning as a framework for attribution theory*, *Psychological Bulletin* 1991.

¹⁰¹ Vgl. Christoph Rodiek, a.a.O.; Peter Burg, *Die Funktion kontrafaktischer Urteile am Beispiel der Bauernkriegsforschung*, in: *Geschichte in Wissenschaft und Unterricht* 34 (1983), S. 768-779. Siehe auch die Aufzählung bei Isaac D'Israeli, *Of a history of events which have not happened*, in: *Curiosities of Literature*, Paris 1835, II, 369-378

¹⁰² Zum Begriff der Bedeutungstauung: Saul A. Kripke, a.a.O., S. 112 ff.

¹⁰³ Siehe unten § 2 II.

¹⁰⁴ Vgl. Christoph Rodiek, a.a.O. S.63 f.; Isaac d'Israeli, a.a.O.

Geschichtsverlauf nicht vorherbestimmt und nicht notwendig war.¹⁰⁵ Wenn die Vergangenheit plausibel umzudichten ist, und gleichwohl die gleichen Resultate liefert, dann ist damit im Umkehrschluß die Kontingenz historischer Verläufe aufgewiesen.

(2) Wonach bestimmt sich aber das Möglichkeitspotential einer Situation? Geschehen mit negativer Valenz rufen das Gefühl hervor, ein besonderes Möglichkeitspotential zu besitzen. Es ist plausibel, folgendes anzunehmen:

Wenn Adolf Hitler an der Kunstakademie aufgenommen worden wäre, würde unser Leben ganz anders aussehen.

Gänzlich unplausibel wäre die Annahme, daß das weitere Schicksal des Lesers, seiner Kinder und künftiger Staaten in meiner Verantwortung liegt, nur weil der Leser mir und meinem Text ein paar Stunden gewidmet hat:

Hätten Sie nicht die Stunden für die Lektüre des Textes „Regel und Fiktion“ gebraucht und in ihren Lebenslauf eingefügt, und hätten Sie nicht alles Übrige unterlassen, dann sähe das gesamte Raum-Zeit-Gerüst ihres Lebens und aller daraus folgender Leben anders aus.

Gleichwohl sind beide Sätze gleichermaßen unüberprüfbar und unwiderlegbar. Auch wenn man diesen Text liest und mehrere Stunden oder Tage dafür verwendet, geht man dennoch davon aus, daß sich das übrige Raum/Zeitgerüst des Lebenslaufes nicht verschieben wird, es rastet schon wieder ein. Eine denkbare Erklärung lautet hier, daß die Ablehnung Hitlers an der Akademie für die Konstitution der folgenden Geschichte eben kausal wurde. Die Lektüre dieses Textes vermag das wohl kaum. Kausale Ereignisketten sind jedoch Zuschreibungen, die gerade auf kontrafaktischen Erwartungen und Zuschreibungen basieren.¹⁰⁶ Die sind davon abhängig, ob wir in Alternativen denken können, oder nicht. Die Alternative zur Hitlers Aufnahme ist bekannt, die Alternative zur Lektüre dieses Textes ist es nicht. Das Dilemma wird immer erst sichtbar, wenn wir kausale Ursache-Folge Beziehungen nicht als erwiesen hinnehmen, sondern selbst nachweisen wollen. Wir geraten dann schnell in tautologische Verstrickungen, da wir die Ursache-Folge Beziehung nur deshalb annehmen, weil wir annehmen, daß

¹⁰⁵ Vgl. *Christoph Rodiek*, ebd.

¹⁰⁶ Lesenswert hierzu die kontrafaktischen Argumente in: BGHZ 57, 137. Ein Verkäufer hatte dort wahrheitswidrig angegeben, der verkaufte Wagen sei unfallfrei. Nach dem Kauf verunglückte der Käufer allein schuldhaft. Der erste Unfall war hierfür nicht ursächlich geworden. Der BGH hat gleichwohl dem Käufer einen Schadensersatzanspruch gegen den Verkäufer zubilligt. Er argumentiert damit, daß der Käufer ohne die Täuschung einen anderen Wagen gekauft hätte, und nicht zu beweisen sei, daß er mit dem anderen Wagen den gleichen Unfall gehabt hätte. Kritische Anmerkung hierzu bei *Dieter Medicus, Bürgerliches Recht*, Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung, Köln u.a. 1993, Rnd.228.

ohne die Ursache die Folge nicht eingetreten wäre. Regelbildungen sind das Ergebnis von Zuschreibungen, und nicht der Ausgangspunkt. Die Bestimmung kausaler Handlungsketten setzt das Wissen um sie stets schon voraus¹⁰⁷. Daher bestätigen sie nur im voraus gemachte Erwartungen. Was der Grund für etwas ist, bestimmt sich für die selbstbeschreibende Kultur nicht aus einer kausalen Verknüpfung, sondern aus der Zuschreibung von Verantwortung und wenn diese Zuschreibung auch bloß auf phobischen Reflexen beruht. Die Geburt Hitlers stellt ebenso wie alle weiteren Sekunden seines Lebens und sein Scheitern an der Akademie nur Durchlaufstationen eines Ereignisflusses dar, der sein Schicksal mit dem seiner Eltern und dem unserer Eltern etc. verbindet. Gleichwohl gibt es Situationen mit hohem, und Situationen mit niedrigem Zuschreibungspotential. Aus dem besonderen Zuschreibungspotential von Katastrophen folgt, daß alle weiteren Regeln und Werte als Ableitungen dieser ersten Weggabelung erscheinen. Je negativer die mit einer Situation verbundene negative Valenz, um so größer ist das Zuschreibungspotential. Besonderes Zuschreibungspotential basiert auf Ausnahmeständen, weil wir insbesondere innerhalb von Katastrophen bereit sind, in Alternativen zu denken und weil dies wiederum auf die Bildung von Erwartungen und Regeln wirkt.¹⁰⁸ Katastrophen bilden, soweit in ihnen eine beinahe Situation liegt, daher Zuschreibungsrahmen, der nur schwer zu überschreiten ist. Abgesehen von den individuellen Schicksalen Einzelner ergibt sich daraus das Dilemma, daß Ausnahmestände einer Kulturgemeinschaft immer wieder Zuschreibungen bündeln, und daß sich gerade daraus ihr Charakter als Bedeutungstau für alle weiteren Wirklichkeitsbedingungen ergibt. Kulturelle Revisionen sind um so unwahrscheinlicher, je eher es gelingt, die bisherigen Werte und Regeln als Ergebnis und Errungenschaft der letzten Katastrophe zu interpretieren. Gerade aus Ausnahmeständen ergibt sich der Schein der Verantwortlichkeit und die Immunität von Kulturen. Der Streit um das Beibehalten oder Ändern kultureller Tatbestandsmerkmale endet daher früher oder später in vergangenen Ausnahmeständen. Die beinahe-Situation, welche die Wirklichkeit mit ihrer kontrafaktischen Alternative verbindet, läßt sich allerdings in gewisser Hinsicht mit dem negativen Tatbestandsmerkmal der Fiktion vergleichen. Beides übernimmt die Funktion einer Schnittstelle zwischen dem Bereich des für wirklich Gehaltene und dem der alternativen Möglichkeiten. Aus der Katastrophe folgt eine unformulierte Erwartungshaltung, die diese negativen

¹⁰⁷ So auch die Kritik bei: *Tröndle*, a.a.O., vor § 13 Rnd. 16.

¹⁰⁸ Vgl. *Jens Möller & Bernd Strauß*, a.a.O., S. 111; Diese Studien werden durch die Rechtsprechung deutscher Gerichte zu der Frage, ob ein Verkehrsunfall für den Fahrer abwendbar oder unabwendbar war., bestätigt. Diese Frage wird in der Regel von den Richtern in Abhängigkeit davon beantwortet, ob dem Fahrer ein schuldhafter Verstoß gegen die Verkehrsregeln nachzuweisen ist, obschon diese Frage gerade die verschuldensunabhängige Haftung betrifft.

Tatbestandsmerkmale bildet. Es gibt jedoch noch eine entscheidende Beziehung zwischen der Denkform der Fiktion und der Annahme kontrafaktischer Welten: Man kann davon ausgehen, daß sich die Annahme möglicher Alternativen darauf auswirken wird, ob und wie Fiktionen verwendet werden, als Instrument der Kritik oder als Instrument der Legitimation, als Suspensivfiktion oder als praktische Fiktion. Die Konstruktion kontrafaktischer Welten wirkt auf die Zufriedenheit mit den bisherigen Erklärungen und Bedeutungen. Erst wenn eine Formulierung Geltungsanspruch über die Grenzen aller möglichen Welten hinaus und in allen kontrafaktisch gedachten Alternativen behauptet, eignet sie sich zur Grundlage behaupteter Notwendigkeiten. Die Formulierung wird dann „notfalls“ als Fiktion weiter eingesetzt.

3. Das Gesetz der Inversion

(1) Kontrafakturen stellen inverse Umdichtungen eines Geschehensverlaufes dar.¹⁰⁹ Auch die kontrafaktische Alternative wird nicht durch eine Form von Irrealität konstituiert, sondern durch eine Transformation zwischen unterschiedlichen Bedeutungsbereichen. Die Gründung der BRD konnte von der folgenden kontrafaktischen Annahmen begleitet werden:

"Wenn wir nicht in ein westliches Bündnis eingebunden wären, entspräche unsere Staats- und Gesellschaftsform der DDR."

Die mögliche Alternative zur BRD lautete DDR und nicht DXR, XRD oder Germania. Kontrafaktische Alternativen sind so nicht in einer Form der Irrealität zu suchen, sondern basieren auf realen Erfahrungen, die außerhalb des Rahmens liegen, der gerade als Wirklichkeit akzentuiert wird. Gegenüber der Denkform der Alternative stellt die Argumentationsform des Kontrafaktischen einen engeren Begriff durch das Merkmal des inversiven Bezuges zwischen Realität und möglicher Alternative dar. Das heißt, daß die Umdichtungen des Kontrafaktischen dem *Prinzip des Gegensinns* folgen.¹¹⁰ Diesem Prinzip des Gegensinns liegt der Warburg'sche Gedanke der polaren Symbole zugrunde. Kontrafaktische Annahmen werden als Inversionen zum tatsächlichen Geschehen wirksam. Diese Inversionen kann man auf biographische und auf umweltbezogene Alternativen beziehen. Als

¹⁰⁹ Zum Unterschied aus poetischer Sicht: *Christoph Rodiek*, a.a.O. S. 41-48.

¹¹⁰ "... es sei denn nach dem Prinzip des Gegensinns, wie meiner Vermutung nach noch manches andere bezeichnet wird." *Petrarca, Die Besteigung des Mont Ventoux*, Übersetzt und herausgegeben von Kurt Steinmann, Stuttgart 1995, S. 17.

Beispiel kann ich hier eine persönliche Erfahrung anführen, für deren Schilderung ich mich zugleich damit entschuldige, daß ich von keinem anderen Ereignis erfahren habe, welches den Sachverhalt der Inversion am ehesten aufdeckt. Mein Vater lag nach einem Autounfall mit schweren Verletzungen im Krankenhaus. Zu diesem Zeitpunkt versuchten verschiedene Personen, sich und andere mit der kontrafaktischen Annahme zu trösten, daß er bei dem Unfall auch hätte umkommen können, und insoweit noch Glück im Unglück gehabt hätte. Tatsächlich erlag mein Vater nach drei Monaten seinen schweren Verletzungen. Die gleichen Personen tauschten nun innerhalb eines Momentes die kontrafaktische Annahme mit dem Inhalt, der zuvor Realität war, aus. Sie trösteten sich mit der Annahme, daß er auch schwer verletzt hätte weiter leben können, die baldige Erlösung sei Glück im Unglück gewesen. Das bezeichnende an diesem Geschehen ist, daß es nicht der Inhalt der Annahme ist, der einen besonderen Versprechens- oder Erklärungscharakter hat. Dieser Charakter liegt vielmehr in dem inversionsartigen Gegensatz zur Realität. Schließlich war der kontrafaktisch angenommene Trost andererseits der Trostanlaß. Der Inhalt der kontrafaktischen Annahme ist nicht beliebig, sondern muß, um besondere Wirkung zu erzielen, die Inversion des tatsächlichen Geschehens darstellen, um die negative Valenz des Schockerlebnisses auszugleichen. Katastrophen prägen polare Symbole, und diese polaren Symbole werden in Form einer Kontrafaktur formuliert. Das Schockerlebnis erzwingt gerade, die Gegenseite der Bedeutung nicht wahrzunehmen.

(2) Dieses Gesetz der Inversion können wir auf die Zuschreibungen von Gründen und Symbolen beziehen. Insoweit erlangen die geschilderten Umstände Bedeutung für die Begründungskonzepte von Kulturen. Wir können das Gesetz der Inversion auch auf Bedeutungstufen und die beschreibenden kulturellen Tatbestände von Kulturen beziehen. Wenn ich im folgenden den Begriff „Kontrafaktur“ gebrauche, dann gebrauche ich ihn losgelöst von der poetischen Herkunft auch in Bezug auf die Ausbildung gesellschaftlicher Symbole und in Bezug auf die Funktion kultureller Selbstdarstellung. Ein aktuelles Beispiel für Kontrafakturen bietet Abb. 4. Sie zeigt ein Photo von Vertriebenen. Anhand dieses Beispiels läßt sich darlegen, wie Katastrophen die Bildung von Kontrafakturen fördern. Dieses Photo taucht an exponierten Stellen des ikonographischen Bestandes der Bundesrepublik Deutschland auf. Dieser Typus wird in offiziellen Geschichtsbüchern und Lehrbüchern abgedruckt oder in Leitartikeln führender Zeitungen erwähnt.¹¹¹ Man kann dieses Photo insoweit zu dem Bereich der

¹¹¹ Siehe auch unten § 3 V

Staatsikonen zählen. Ich will zunächst einmal unterstellen, daß dieses Photo im Jahre 1945 aufgenommen wurde. So steht das Bild, wenn es zu einem Argument gemacht werden sollte, vor allem für folgende politische Inhalte: Es steht für die sog. *Stunde Null* in Deutschland; es steht für Lehren aus der Geschichte; es steht dafür, nie wieder eine verbrecherische Diktatur auf deutschem Boden zuzulassen; es steht für die Gründung der beiden deutschen Nachkriegsstaaten und für sämtliche Formen internationaler Friedens- und Menschenrechtspolitik. Als Argumentationsform bezieht sich das Photo eng auf die Bedeutungstaupe des deutschen Rechtsstaates, der NATO oder der UNO. Nun unterstelle ich, daß dieses Bild im Jahre 1999 aufgenommen wurde. Es kann dann den gleichen Inhalt haben, wie das eben beschriebene Bild. Es kann ebenso als politisches Argument eingesetzt werden. Auf der Grundlage dieser Symbolik wurde auch ein allgemeiner politischer Imperativ aufgestellt: Die Bürgerrechts- und Wohltätigkeitsorganisation *Anti-Defamation League* hat im Zusammenhang mit dem Kosovokrieg in amerikanischen Zeitungen einen Spendenaufruf gestartet.¹¹² Teil dieses Spendenaufrufes war ein Photo vom Typus der Abb. 4. In der Anzeige blieb offen, ob es im Jahre 1945 oder im Jahre 1999 aufgenommen wurde. Der Aufruf trug den Titel: "*Respond as you wish the world had responded the last time.*"¹¹³ Der Titel verweist auf die Vorstellung, Versäumnisse nachzuholen zu können und er verweist damit auf ein Konzept richtigen Handelns, also auf einen Bereich idealer Vorstellungen kultureller Gemeinschaften, der auf kontrafaktischen Alternativen basiert. Dieser Verweis beinhaltet eine kontrafaktische Annahme in der Form eines Konjunktivs. Das irrealer Konditional, daß sich mit diesem Konjunktiv verbinden läßt (*„Wenn wir damals richtig gehandelt hätten, dann...“*) wird in dieser Anzeige nicht ausformuliert. Das kann nur daraufhin deuten, daß die Autoren dieser Anzeige darauf spekulieren, daß die Adressaten schon wissen, was richtig gewesen wäre. Die Anzeige bezieht sich mithin auf eine unformulierte Erwartungshaltung, die durch das gemeinsame Erlebnis der Katastrophe des Faschismus geprägt ist. Sie bezieht sich auf die alternativen Handlungsmöglichkeiten vor der Katastrophe des Nationalsozialismus. Sie bezieht sich darauf, früher und entschlossener gegen Diktatoren vorzugehen, als bei der letzten Katastrophe. Neben der Anzeige findet sich die Erläuterung: "*The jewish community knows firsthand, that silence breeds tragedy.*"¹¹⁴ Der Text neben dem Bild macht nun deutlich, daß es sich bei dem Bild um eine Kontrafaktur handeln soll. Das gleiche Photo trägt zwei Unterschriften:

¹¹² abgedruckt in: Ulrich Baer, *Viehwagon mit Zuschauer*, FAZ v. 11.5.99, S. 62.

¹¹³ Handle so, wie jedermann das letzte mal hätte handeln sollen.

¹¹⁴ Die jüdische Gemeinschaft hat am eigenen Schicksal erfahren, daß Unterlassen Tragödien erzeugt.

„2. Weltkrieg“ und „Kosovo-Krieg“. Auch Jürgen Habermas hat ein solches Photo in einem Text angesprochen, in dem er den Eingriff der NATO im Kosovo rechtfertigte, ich komme darauf weiter unten zurück. Die Polarität dieser Argumentation liegt nun darin, daß die eine Tragödie die andere verdeckt. Die Kontrafaktur verweist auf kontrafaktische Alternativen, verdeckt sie aber zugleich. Das Bild diente auch zur Rechtfertigung der Luftangriffe der NATO, und insoweit mag es Zeugnis dessen sein, daß die Personen auf dem Bild nicht vor den Serben, sondern vor den Bomben der NATO fliehen. Auf diese Weise wurden gleiche oder ähnliche Bilder in der Propaganda der Serben eingesetzt. Zu dem Typus dieses Bildes gibt es also noch einen dritten Titel. Wie im Fall der Schlange steht diese Aufnahme sowohl für das Heil, bessere Alternativen zu wählen, als auch für das Verderben falscher Strategien. Es ist doppeldeutig, welches Unterlassen hier Tragödien auslöst. Wird dazu aufgerufen, die Serben aus dem Kosovo zu bomben, bevor sie ihr Werk fortsetzen können? Flüchten die Abgebildeten vor den Bomben der NATO oder den Serben? Das Bild liefert Evidenzen sowohl für *"Wehrt euch!"* als auch für *"Nie wieder Krieg!"*, je nach dem, auf welcher Seite des Photos man steht. Das Gesetz der Inversion macht das Dilemma deutlich, wenn man aus Katastrophen lernen will und hierzu auf Symbole der Katastrophe zurückgreift. Aus der Geschichte lernen immer zwei Parteien. Auch die letzte Katastrophe wurde von einem Aufmerksamkeitswechsel begleitet, der Lehren verdeckte und Lehren hervorrief. Die Entscheidung der letzten Katastrophe basierte auf einem Schluß aus der vorletzten Katastrophe, sie war selbst schon die Wahl zwischen Alternativen, die nicht genutzt und nicht gesehen wurden. Wenn man nun handelt statt zu unterlassen, läuft man Gefahr, nur den Schluß dessen, der sich in der letzten Katastrophe entschied, zum Täter zu werden, zu wiederholen. Spätestens, seitdem dem Menschen zwei Katastrophen widerfahren sind, also seit dem Sündenfall und dem Brudermord, oszilliert er zwischen Schuld und Unschuld. Er scheint in jedem Fall neue Katastrophen hervorzurufen. Ich will mit diesem Beispiel politischer Symbolik verdeutlichen, daß auch für kontrafaktische Annahmen das Dilemma des Aufmerksamkeitswechsels gilt: Auch die Schilderung möglicher Welten stellt immer eine Auswahl dar, die von ganz realen Situationen geprägt ist. In möglichen Welten würden mögliche Welten ganz anders geschildert, als sie es tatsächlich werden.

§ 2 Die Macht der Unwirklichkeit

I. Der Vorzug der Konsequenz

(1) Ein Grundzug des Erkenntnisinteresses des Menschen liegt in dem Wunsch, sich auf unbezweifelbare Grundlagen beziehen zu können. Der Mensch geht davon aus, daß es dafür, wie er verfährt oder was ihm widerfährt, letzte Gründe gibt. Aus diesen Nullpunktfixierungen sind in der Neuzeit, insbesondere nach Kant, Nullpunktfiktionen geworden. Irrealität ist heute ein Vorzeichen der Wirklichkeit. Durchforstet man den Wald der praktischen Fiktionen, die sich auf letzte Gründe beziehen, so bemerkt man eine Chronologie der axiomatischen Als-Ob Maximen, anhand derer sich die allmähliche Beherrschung der Wirklichkeit durch Fiktionen ablesen läßt. Dies gilt insbesondere dann, wenn man diese Gedanken ein wenig paraphrasiert:¹¹⁵

1. *Handle so, als ob du die Welt nicht hättest.*¹¹⁶

2. *Handle so, als ob du Gott nicht hättest.*¹¹⁷

3. *Handle so, als ob du Gott hättest.*¹¹⁸

4. *Handle so, als ob du die Welt hättest.*¹¹⁹

Die Aufrufe zur Als-Ob-Betrachtung bilden eine Entwicklungslinie von dem ersten Korintherbrief über das spätscholastische Völkerrecht, über den Kantianismus bis hin zur Erkenntnistheorie unseres Jahrhunderts. Innerhalb der anhaltenden Attraktivität der Fiktion lassen sich Gemeinsamkeiten und

¹¹⁵ Vgl. die entsprechende Auswahl bei: *Odo Marquard, Kunst als Antifiktion*, in: Henrich/Iser (Hrsg.), *Die Funktion des Fiktiven*. München 1983, S. 39 ff.

¹¹⁶ Erster Brief des *Paulus an die Korinther*, 7. Kapitel, Vers 29 ff: „*Künftighin sollen deshalb auch, welche Frauen haben, so leben, als hätten sie keine, die Weinenden so, als weinten sie nicht, die sich freuen, so, als freuten sie sich nicht, die etwas erwerben, so, als behielten sie es nicht zu eigen, die mit der Welt zu tun haben, als hätten sie mit ihr nicht zu tun; denn die Gestalt dieser Welt vergeht.*“ Bibeltext übersetzt von Konstantin Rösch. Paderborn, 1947.

¹¹⁷ Vgl.: *Hugo Grotius, De jure belli ac pacis*, Paris 1625: „*Diese hier dargelegten Bestimmungen (des Völkerrechts Anm.d.V.) würden auch Platz greifen, selbst wenn man annähme, was freilich ohne die größte Sünde nicht geschehen könnte, daß es keinen Gott gäbe oder daß er sich um die menschlichen Angelegenheiten nicht bekümmere.*“, Vorrede Punkt 11,12, Tübingen 1950, S. 33. Grotius übernahm diese Hypothese von Vasquez, der seinerseits Gregor von Rimini zitiert; *Franz Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Heidelberg 1995, S. 290 ff., *Wilhelm Grewe, Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, Baden Baden 1988, S. 230, *Hans Welzel, Naturrecht und materielle Gerechtigkeit*, Göttingen 1962, S. 93.

¹¹⁸ Siehe unten § 2 II zur transzendentalen Dialektik Kants.

¹¹⁹ Vgl. *Hans Vaihinger, Die Philosophie des Als-Ob*, Leipzig 1924 (4. Auflage) und siehe unten § 2 III.

Unterschiede festmachen, die für die Systematik des Aufmerksamkeitswechsels bezeichnend sind. Der erste Unterschied, der auffällt, ist, daß die ersten beiden Maximen negative Fiktionen (Als-Ob-Nicht), während die dritte und die vierte Maxime affirmative Fiktionen (Als-Ob) enthalten. Der Ambivalenz des Aufmerksamkeitswechsels entsprechend werden jedoch alle Maximen von ihrem Gegenteil begleitet. Das heißt, daß Paulus' Korintherbrief noch von der Überzeugung getragen ist, die Welt wäre noch nicht überwunden, und sie müsse erst noch im Hinblick auf die Heilswelt verunwirklicht werden.¹²⁰ Bezüglich der ersten Maxime hat Hans Blumenberg angemerkt: *"Die apokalyptischen Stigmata während der Kreuzigung versetzen die Welt in den Wartestand. Sie besteht fort, als ob sie nicht mehr zu bestehen hätte. Ihr Sein wird zum Schein, ihre Existenz zum irrealen Prädikat."*¹²¹ Paulus ruft zu der praktischen Konsequenz auf, das Ende des Diesseits, das in der Kreuzigung vorweggenommen wurde, im eigenen Handeln zu verwirklichen. Die Maxime formuliert den Aufmerksamkeitswechsel zur Entwirklichung des Diesseits und zur Verwirklichung des Jenseits. Odo Marquard hat dies als eschatologische Weltvernichtung¹²² bezeichnet. Die Argumentationsform der Fiktion bezeichnet damit ebenso einen Wartezustand wie Hypothesen. Das erste Beispiel weist darauf hin, daß die Erwartungshaltung, die axiomatische Fiktionen formulieren läßt, katastrophengeboren ist, und daß sie durch diese Fiktionen Gegenwelten aufbaut. Der eschatologische Kreuzigungsschock ist das erste Modell für den Kreuzigungsschock des Aufmerksamkeitswechsels. Auch die zweite Maxime, die im Zusammenhang mit der Begründung des Völkerrechts und der Souveränität zu lesen ist, wird von ihrem Gegenteil begleitet. Sie ist insofern interessant, als es sich hierbei um den ersten Gedanken einer Methodenfiktion handelt, die Autonomie sichern soll. Grotius übernimmt diese Maxime zur Begründung des Kriegsrechts auf der Grundlage der Überzeugung, daß es über dem staatlichen Recht einen geoffenbarten göttlichen Willen gibt, der die Rechtsetzung und das Völkerrecht bindet. Diesem göttlichen Willen entsprechend muß der Mensch jedoch vernunftbegabt und institutionenbildend so handeln, als ob er selbst die Verantwortung trage, damit er die Verantwortung trägt. Auch bei der Fiktion, die Grotius verwendet, liegt die Katastrophe kultureller Umwälzungen im Hintergrund. Im Anblick von konfessionellen Bürgerkriegen um die Auslegung der Allmacht Gottes und seiner Regelsetzung soll es einen Bereich geben, der der Disposition der theologischen Interpretation

¹²⁰ Vgl.: Odo Marquard, a.a.O., S. 39.

¹²¹ Hans Blumenberg, *Matthäuspassion*, Frankfurt a.M. 1988, S. 239.

¹²² Odo Marquard, a.a.O., S. 41.

entzogen und vernunftautonom ist.¹²³ Das *ius divinum* soll dadurch, daß es weggingiert wird, vor seinen Interpreten geschützt werden und die Autonomie juristischer Argumentation sichern.

(2) Weil die Als-Ob-Maximen stets von ihrem Gegenteil begleitet werden, bezeichnen die negativen Fiktionen das Handeln, zu dem aufgefordert wird, während die affirmativen Fiktionen den Zweifel markieren, der ihnen zugrunde liegt. Die letzten beiden Maximen verbindet der Wunsch, diesen Zweifel an den eigenen Prämissen als irrelevant für das weitere Verhalten anzusehen. Sie lizensieren inadäquates Verhalten und sind nicht mehr primär ein Instrument der Kritik, sondern Ermächtigungsgrundlagen. Die jeweils fehlenden Überzeugungen sollen überwunden werden, weil sie im Hinblick auf ein gewisses Endziel unerheblich sind. Der Widerspruch, auf der Grundlage fehlender Überzeugung zu handeln, kann aufgelöst werden, da der Mangel an Überzeugung durch ein Mehr an Nützlichkeitsgewissheit aufgewogen wird. Insofern ist jede neuzeitliche *Philosophie des Als-Ob* auch eine Philosophie des *Selbst-Wenn*. Die Verbindlichkeiten sollen im Modus des Als-Ob gesichert werden. Das Als-Ob bezeichnet nur noch eine Stelle, an der früher einmal eine Begründung war, die inzwischen aber weggefallen ist.¹²⁴ Erst in den theoretischen Weltentwürfen des 20. Jahrhunderts hängt nichts weniger als die Wirklichkeit selbst von der Wirksamkeit einer Fiktion ab, weil mit ihnen die Inadäquanz eines einheitlichen Weltentwurf evident wurde. Dies läßt sich an der zentralen Funktion dieser Figur in der konstruktivistischen Erkenntnistheorie und Psychologie,¹²⁵ in der Geschichtspoetik des Kontrafaktischen,¹²⁶ in der Wissenschaftstheorie über irrealen Konditionalsätze¹²⁷ und in der Theorie der kommunikativen Vernunft¹²⁸ ablesen. Die angeführte Paraphrase Nr. 4 ist die Aufforderung des konstruktivistischen Wirklichkeitsverständnisses. Hier hat ein Paradigmenwechsel, zumindest aber ein Generationswechsel, von Metaphysik auf Kontraphysik stattgefunden, indem einerseits die spekulative Metaphysik als Illusion entlarvt wurde, andererseits

¹²³ Vgl.: Odo Marquard, a.a.O., S. 41.

¹²⁴ Vgl.: Görg Haverkate, *Gewißheitsverluste im juristischen Denken*. Zur politischen Funktion der juristischen Methode, Berlin 1977, S. 191.

¹²⁵ Zwischen dem radikalen Konstruktivismus und der "bloßen" konstruktivistischen Psychologie gibt es insoweit einen gemeinsamen Nenner. Siehe zu dieser Auseinandersetzung: Gerhard Roth, *Das Gehirn und seine Wirklichkeit*. Kognitive Neurobiologie und ihre philosophischen Konsequenzen, Frankfurt a.M. 1998; Ralf Nüse, *Über die Erfindungen des radikalen Konstruktivismus*. Kritische Gegenargumente aus psychologischer Sicht, Frankfurt a.M. 1992.

¹²⁶ Siehe zur Poetik des Kontrafaktischen und zur fiktionalisierten Geschichtsschreibung: Christoph Rodiek, *Erfundene Vergangenheit*. Kontrafaktische Darstellung (Uchronie) in der Literatur, Frankfurt a.M. 1997; Uta Heimann-Störmer, *Kontrafaktische Urteile in der Geschichtsschreibung*. Eine Fallstudie zur Historiographie des Bismarck-Reiches, Frankfurt a.M. 1991.

¹²⁷ Exemplarisch: Nelson Goodman, *Tatsache, Fiktion und Voraussage*, Frankfurt a.M. 1995.

¹²⁸ Jürgen Habermas, *Vorbereitende Bemerkung zu einer Theorie der kommunikativen Kompetenz*, in: Habermas/Luhmann (Hrsg.), *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*, Frankfurt a.M. 1971.

jedoch ein Bereich des Geistes dem reserviert bleiben soll, was keiner Erfahrung zugänglich ist. Das "Nichterfahrbare" ist der Bereich, in dem die Denkform der Fiktion wirksam wird, und gerade dadurch soll dieser Bereich als Erfahrbares positiviert werden. Dabei ist es nun eine oft aufgewiesene Tatsache, daß programmatisch nachmetaphysische Denker eine umgekehrte Art von Metaphysik betreiben, indem eine Reihe von Vergegenständlichungen gegen andere eingetauscht werden. Der Begriff des *transzendentalpragmatischen* entbehrt daher auch jeder Ironie. Da die Geschichte der Unterscheidung von Realität und Fiktion ihren Anfang in der theologischen Kritik und der Verhöhnung "bloßer Gebilde von Menschenhand" nahm¹²⁹, ist die Umkehr zu einer Würdigung der Denkform der Fiktion als Grundlage möglicher Humanität eine Karriere, die die Ablösung eines metaphysischen Souveräns durch die Selbsterhöhung des Menschen zwingend begleitet. Ein Gebilde von Menschenhand ist das ausgezeichnete Zeugnis für die Begründung humaner Wahrheit. Mit der Axiomatisierung fingierten Weltverständnisses wird die der Stelle des Schöpfergottes umbesetzt.¹³⁰ So wird in den heutigen Wahrheitstheorien aus dem entlarvten Dogma *Wahrheit* oder *Wirklichkeit* eine Zweckillusion, an der festgehalten werden muß, um die Orientierung unseres Handelns zu ermöglichen. Die Denkform der Fiktion ist die Grundlage des pragmatischen Wirklichkeitsbegriffes¹³¹ und die Grundlage möglicher Vernunft. Der *consensus omnium, the final opinion* (Peirce) oder die *ideale Sprechsituation* sind solche Zweckillusionen, die sich der Verwirklichung versagen.¹³² So heißt es bei Habermas im Sinne einer grundlegenden Kontrapophysik der Sitten:

"Wir können nicht umhin, kontrafaktisch immer wieder so zu tun, als sei dieses Modell (der kommunikativen Vernunft) wirklich. Auf dieser unvermeidlichen Fiktion beruht die Humanität des Umgangs unter Menschen, die noch Menschen sind, d.h. in ihren Selbstobjektivierungen noch nicht sich als Subjekt völlig fremd geworden sind." ¹³³

¹²⁹ Nach Fuhrmann/Panneberg ist diese Unterscheidung in theologischer Tradition zunächst als Form der Kritik an den literarischen Vorgängern aufgetaucht. Zunächst sei es Xenophanes gewesen, der die Vorstellung der Dichter von den Göttern als zu menschlich tadelt, d.h. als Fiktion im Sinne trügerischer Projektion erklärt. Einmal als vom Menschen geschaffen durchschaut, verliere das Konstrukt seine göttliche Würde und Wahrheit. Hans Robert Jauf, *Zur historischen Genese der Scheidung von Fiktion und Realität*, in: Henrich/Iser (Hrsg.), *Funktionen des Fiktiven*, München 1983, S. 423.

¹³⁰ Insoweit bestätigt der Fiktionalismus Luthers Thesen gegen die scholastische Theologie: " *Non potest homo naturaliter velle deum esse deum. Immo vellet se esse deum et deum non esse deum.*" Zitiert nach: Hans Blumenberg, *Matthäuspasion*, Frankfurt a.M. 1991, S. 16.

¹³¹ Malte Hossenfelder, *Realität als Utopie*. Zum pragmatischen Wirklichkeitsbegriff, in: Pochat/Wagner (Hrsg.), *Utopie. Gesellschaftsformen, Künstlerträume*, Graz 1996, S. 114 f.

¹³² "Daß ein solches Konstrukt (einer idealen Sprechsituation) einigermaßen praxisfern ist, liegt auf der Hand. Es hat auch nicht den Sinn einer Realitätsbeschreibung, sondern den einer kontrafaktischen Unterstellung"; Uwe Volkmann, *Einführung in die Diskurstheorie des Rechts*, JuS 1997, S. 977.

¹³³ Jürgen Habermas, a.a.O., S. 120.

(3) So mag das Fingieren das vernünftigste oder zweckmäßigste sein, um auf dieser Grundlage seine Geltungsansprüche zu verwirklichen. Das ist der optimistische Grundansatz konstruktivistischer Theorien, und es liegt nahe anzunehmen, daß es gerade dieser konstruktivistische Optimismus ist, der die oben erwähnten grundlegenden Zweifel lizenziert. Inadäquanzen und Zweifel sind gestattet, da sie teleologisch überwunden werden können. Fiktionen sind zielstrebig.¹³⁴ Indem die Wirksamkeit einer Fiktion zur Grundlage unserer Handlungsorientierung gemacht wird, kann man heute geradezu von einer Macht der Unwirklichkeit sprechen, die - möglicherweise in einem jacobinischen Streich - die "Macht der Wirklichkeit" (Hegel) abgelöst hat. Hegel schloß sein idealistisches System in den Grundlinien der Philosophie des Rechts mit der Bemerkung "Was vernünftig ist, das ist wirklich, und was wirklich ist, das ist vernünftig."¹³⁵ In der nachidealistischen Phase wird diese Wirklichkeitsverstrickung der Vernunft zunehmend unverständlicher. Die Wirklichkeit wird als die Art eines Lebensentwurfs aufgefaßt, wie er gerade nicht ausgeführt werden sollte und dem eine wahre, bessere oder schönere Gegenwirklichkeit entgegengestellt werden sollte. Die Trennung von Denken und Sein, wie sie sich nach dem Idealismus und Hegels Entwurf von der Macht der Wirklichkeit in der Wissenschaft vollzieht, erfordert gleichwohl eine Grundlage, auf der die Orientierung des Menschen auf das ihn umgebende Raum-/Zeitgerüst bezogen werden kann. Es scheint, daß diese Grundlage die Annahme ist, der Gebrauch der Konstruktionen werde ihre Zweckmäßigkeit und ihre Relation zur Welt erweisen. Diesen Optimismus will ich hier unter Rückgriff auf Jürgen Habermas den *Vorzug der Konsequenz* nennen.¹³⁶ Der pragmatische Grundtenor, der der konstruktivistischen Linie zugrundeliegt, lautet, daß die Fiktion unverzichtbar, unhintergebar und somit notwendig für die Handlungsorientierung des Menschen ist. Will man die Denker des Fiktionalismus als diejenigen bezeichnen, die die tradierten Werte und Begriffe als bloße Fiktionen kenntlich machen oder entlarven, so geht es in den folgenden Ausführungen keinesfalls darum, die Entlarver zu entlarven. Dafür erschöpfen sich die aufgeführten Theorien des Fiktionalismus eben nicht in dieser wahrheitsreformatrischen Zielsetzung, sondern sie bemühen sich stets um eine Rekonstruktion des Irrtums und des Widerspruchs als handhabbare Instrumente. Der

¹³⁴ Der teleologischen Gedanken wird im radikalen Konstruktivismus kybernetisch als Phänomen der *Zielstrebigkeit* behandelt. Siehe dazu u.a.: *Heinz von Foerster, Wir sehen nicht, daß wir nicht sehen*, <http://ftp.heise.de/tp/deutsch/special/robo/6240/1.html> v. 21.03.1999.

¹³⁵ *Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Hamburg 1995, S. 14.

¹³⁶ *Jürgen Habermas, Bestialität und Humanität*, Die Zeit Nr. 18 v. 29. April 1999, S. 7.

Rekonstruktion des epistemologischen Instrumentalismus, der auf der Argumentationsform der Fiktion fußt, gilt dieser Paragraph.

II. Der transzendente Schein

(1) Sucht man für das zwanzigste Jahrhundert nach den Ausgangspunkten des Fiktionalismus, so stößt man auf Leitmotive der philosophischen Literatur, die die Grundlinien der Auseinandersetzung mit der Argumentations- und Denkform der Fiktion vorgezeichnet haben und die insgesamt als *konstruktivistische Linie* innerhalb der Moderne bezeichnet werden können.¹³⁷ Diese konstruktivistische Linie nimmt ihren Ausgangspunkt in der *Kritik der reinen Vernunft* von Immanuel Kant und führt sowohl zum radikalen Konstruktivismus als auch zur Verfahrensethik des 20. Jahrhunderts. Kants Erkenntniskritik ist in der philosophischen Literatur der Schnittpunkt zwischen der vormodernen Trennung von Metaphysis/Physis und der modernen Dichotomie von Fiktion und Wirklichkeit. Für die Darstellung der Theorien des Fiktionalismus ist die Erkenntniskritik von Kant daher entscheidend, da die von ihm eingeführten Unterscheidungen bis zur konstruktivistischen Erkenntnistheorie des 20. Jahrhunderts wirksam bleiben. Zugleich ist Kant der erste, der der skeptische Methode der Vernunft und ihrer Widersprüche unter dem juristischen Begriff der Antinomie und der Argumentationsfigur der Fiktion eine zentrale Stellung innerhalb der Epistemologie einräumt. Insbesondere in der *transzendentalen Dialektik* wird der Gedanke ins Zentrum gerückt, daß jede Vernunft ihren Ausgangspunkt in einem Widerspruch nimmt: einerseits dem Gedanken, alles Bedingte auf etwas Unbedingtes zurückzuführen, andererseits jedoch, jede Bedingung als bedingt anzusehen.¹³⁸ Diese Widersprüche sollen, so Kant, innerhalb einer skeptischen Methode aufgelöst werden. In der Vorrede zur ersten Auflage der *Kritik der reinen Vernunft* schildert Kant daher sein Ziel, das Vernunftvermögen "*unabhängig von aller Erfahrung*" zu bestimmen.¹³⁹ Dahinter steht die Idee der Reinheit, die für die Wissenschaft seit dem 18. Jahrhundert

¹³⁷ Vgl.: Thomas Mc Carthy, *Ideale und Illuionen*. Dekonstruktion und Rekonstruktion in der kritischen Theorie, Frankfurt a.M. 1993, S. 11.

¹³⁸ Vgl.: Manfred Geier, a.a.O., S. 80.

¹³⁹ Immanuel Kant, *Werkausgabe in 12. Bänden, Bd. III: Die Kritik der reinen Vernunft*, hrsg. v. Wilhelm Weischedel, Frankfurt a.M. 1995, S.13.

gleichbedeutend mit dem Ziel ist, eine vernunftautonome Methode, frei von ideologischen und politischen oder anderen Zwängen zu finden, die Entscheidungen von ihren Entscheidungsgrundlagen lösen läßt. In der Vorrede zur zweiten Auflage taucht bei Kant der konstruktivistische Traum auf, daß "*Vernunft nur das einsieht, was sie selbst nach ihrem Entwurf hervorbringt.*"¹⁴⁰ Kant erläutert die Konstruktion als das Vermögen, durch das man zu einer Erkenntnis *a priori* gelange, in dem man "*der Sache nicht beilegen müsse, als was aus dem notwendig folgte, was man seinem Begriffe gemäß selbst in sie gelegt hat.*"¹⁴¹ Diese Vorstellung wird sowohl zum Programm seiner Vernunftkritik als auch des späteren Fiktionalismus, wie in Hans Vaihinger als Kantforscher entwirft.

(2) Die Erkenntniskritik Kants geht über den allgemeinen neuzeitlichen Gedanken hinaus, daß Vernunft nicht rezeptiv sondern produktiv sei. In der *Kritik der reinen Vernunft* arbeitet Kant die Unterscheidungen aus, die für die Systematik des Fiktionalismus und Konstruktivismus grundlegend werden sollen. Primär ist es die kantianische Unterscheidung von Anschauung und Begriff, die zum modernen Verständnis der Konstruktion und der Fiktion führt:

*"Unsere Erkenntnis entspringt aus zwei Grundquellen des Gemüts, deren die erste ist, die Vorstellungen zu empfangen (die Rezeptivität der Eindrücke), die zweite, das Vermögen, durch diese Vorstellung einen Gegenstand zu erkennen (Spontanität der Begriffe); durch die erstere wird uns ein Gegenstand gegeben, durch die zweite wird dieser im Verhältnis auf jene Vorstellung (als bloße Bestimmung des Gemüts) gedacht. Anschauungen und Begriffe machen also die Elemente aller unserer Erkenntnis aus."*¹⁴²

In dem Abschnitt "*Vom logischen Verstandesgebrauch überhaupt*" erläutert Kant diese Unterscheidung. Während die Anschauung "*niemals anders als sinnlich sein kann,*"¹⁴³ ist der Verstand ein nichtsinnliches Erkenntnisvermögen,¹⁴⁴ vermöge dessen der Gegenstand der Anschauung erst gedacht werden kann. Daraus leitet sich das Zitat ab: "*Gedanken ohne Inhalt sind leer, Anschauungen ohne Begriffe sind blind.*"¹⁴⁵ Mit dieser Unterscheidung gibt Kant die beiden Bedeutungsfelder vor, die durch die Fiktion gekreuzt werden können. Da der Verstand Begriffe formuliert, liegen diese erst einmal außerhalb der Anschauung. Die Begriffe oder Tatbestände, so

¹⁴⁰ Immanuel Kant, a.a.O., S. 23.

¹⁴¹ Immanuel Kant, a.a.O., S. 22.

¹⁴² Immanuel Kant, a.a.O., S. 97.

¹⁴³ Immanuel Kant, a.a.O., S. 97.

¹⁴⁴ Immanuel Kant, a.a.O., S. 109.

argumentiert Kant, beruhen im Gegensatz zu den Anschauungen nicht auf Affektionen, sondern auf Funktionen. Das heißt, daß der Verstand Hilfskonstruktionen formuliert, die insofern Hilfskonstruktionen sind, als sie nicht in Wirklichkeit erfahrbar sind. Die produktive Leistung der autonomen Vernunft liegt darin, daß sie Begriffe formuliert, die sich nicht auf empirische Daten stützen, sondern als reine Verstandesbegriffe synthetisch *a priori* gebildet werden:

*"Die Synthesis überhaupt ist, wie wir künftig sehen werden, die bloße Wirkung der Einbildungskraft, einer blinden, obgleich unentbehrlichen Funktion der Seele, ohne die wir überall gar keine Erkenntnis haben würden, der wir uns aber selten nur einmal bewußt sind."*¹⁴⁶

Die nachkantianische Rechtfertigung der Denkform der Fiktion als zentrales Erkenntnisinstrument liegt nun darin begründet, daß die Verstandesleistung bei Kant nicht mehr primär an das Kriterium der Realitätsentsprechung gebunden wird. Vielmehr kommt es bei der Begriffsbildung darauf an, Möglichkeitsgarantien für das Vermögen der Anschauung zu formulieren. Die abbildtheoretische Definition der Wahrheit, die davon ausgeht, daß die Wahrheit einer Erkenntnis ihre *"Übereinstimmung mit dem Gegenstande"* bedeute,¹⁴⁷ wird von Kant als Zirkel aufgewiesen. Da der Mensch von sich aus durch die Vorstellungen von Raum und Zeit und von den Grundbegriffen des Verstands kategorial vorgeprägt ist, bildet sich weder die Wirklichkeit unmittelbar noch die Wahrheit unvermittelt im menschlichen Geist ab. Wahrnehmung ist immer durch imaginäre Teile angereichert. Die Wahrheit oder *"Gegenständlichkeit"* der Erkenntnis, so Kant, bedeutet gegenüber der Wirklichkeit der Erfahrung nichts anderes als die *Dignität* eines bestimmten Urteils, und diese *Dignität* ist außerhalb einer Metaphysik erst zu beweisen, so lautet der kantianische Gedanke, wenn sich für die Erkenntnismethode selbst Kriterien finden lassen, nach denen sich zwischen Notwendigkeit und Kontingenz eines Urteils unterscheiden läßt.¹⁴⁸

(3) Kant knüpft die Rechtfertigung objektiver Erkenntnis, seine Methode der transcendenten Erkenntnis, an den Begriff des *a priori* an. Das *a priori* ist in erster Linie nicht durch Wirklichkeitsentsprechung, Überzeitlichkeit und Überörtlichkeit bestimmt, sondern dadurch, daß es notwendig ist:

¹⁴⁵ Immanuel Kant, a.a.O., S. 98.

¹⁴⁶ Immanuel Kant, a.a.O., S. 117.

¹⁴⁷ Immanuel Kant, a.a.O., S. 103.

*"Denn das kündigt eine jede Erkenntnis, die a priori feststehen soll, selbst an: daß sie schlechthin notwendig gehalten werden will und eine Bestimmung aller reinen Erkenntnisse a priori noch vielmehr, die das Richtmaß, mithin selbst das Beispiel aller apodiktischen (philosophischen) Gewißheit sein soll."*¹⁴⁹

Indem die Konstruktionen des Verstandes nicht mehr der Kategorie der Entsprechung unterfallen, sondern der Kategorie der Notwendigkeit, bricht die Spannung zwischen Kognitivität und Normativität auf. Obschon das *a priori* eigentlich ein epistemologischer Begriff ist, wird er doch auf die metaphysische Unterscheidung von Kontingenz und Notwendigkeit bezogen.¹⁵⁰ Die Bestimmung des apriorischen Urteils soll vor jeder Erfahrung und unabhängig von dem aktuellen Vollzug durch den Urteilenden erfolgen, und die soll in allen kontrafaktischen Alternativen zum tatsächlichen Geschehensverlauf identisch sein. In diesem Zusammenhang führt Kant den Konstruktionsbegriff ein:

*"Ein Begriff aber konstruieren heißt, die ihm korrespondierende Anschauung a priori darstellen. Zur Konstruktion eines Begriffes wird also eine nicht empirische Anschauung erfordert, die folglich, als Anschauung, ein einzelnes Objekt ist, aber nichts desto weniger, als die Konstruktion eines Begriffes (einer allgemeinen Vorstellung), Allgemeingültigkeit für alle möglichen Anschauungen, die unter denselben Begriff gehören, in der Vorstellung ausdrücken muß."*¹⁵¹

Die Konstruktion ist bei Kant die Vereinigung von Urteilsformen des Verstandes und der Anschauung, und sie ist ein Ergebnis der Einbildungskraft. Kant verschränkt Erkennbarkeit und Begründbarkeit und formuliert den konstruktivistischen Gedanken, die autonome Vernunft sei die Gesetzgebung für die Natur, er schöpfe nicht aus ihr die Gesetze, sondern schreibe der Natur seine Gesetze vor. Kant führt den Gedanken des Realisationsverfahrens ein, der darauf beruht, daß die Sachverhalte und Objekte nach den formalen Regeln des Verstandes erst in der Anschauung zu konstruieren sind, bevor sie verbildlicht und *realisiert*¹⁵² werden.¹⁵³ Darin liegt nun ein gewisser

¹⁴⁸ Vgl.: Ernst Cassirer, *Erkenntnistheorie nebst Grundfragen der Logik (1913)*, in: Erkenntnis, Begriff und Kultur, Hamburg 1993, S. 5.

¹⁴⁹ Immanuel Kant, a.a.O., S. 15.

¹⁵⁰ Zur Kritik daran: Saul A. Kripke, *Name und Notwendigkeit*, Frankfurt a.M. 1993; Dazu: Wolfgang Stegmüller, *Hauptströmungen der Gegenwartsphilosophie*, Bd.II, Stuttgart 1987, S. 314 ff.

¹⁵¹ Immanuel Kant, a.a.O., S. 613. Das anschließende Dreiecks-Beispiel wurde insbesondere zum Vorbild der Theorie der Kodifikation in der historischen Rechtsschule von Savigny, die somit zum Vorläufer der konstruktivistischen Rechtswissenschaft von Hans Kelsen wurde. Vgl. dazu: Dieter Nörr, *Savignys philosophische Lehrjahre*, Frankfurt a.M. 1994, S. 265.

¹⁵² F. Kaulbach, *Anschauung*, in: Joachim Ritter (Hrsg.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Darmstadt 1972, S. 344.

¹⁵³ Vgl.: Helga König, *Konstruktion*, in: Joachim Ritter (Hrsg.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Darmstadt 1972.

Richtungswechsel zwischen Deskription und Präsription und dies führt nun zum zweideutigen Begriff der Wirklichkeitskonstitution. Diese Zweideutigkeit teilt Kants Konzeption mit den Figuren der Analogie und der Fiktion. Kant selbst fordert, daß die Ideen nur als "*Analoga von wirklichen Dingen zum Grunde gelegt werden.*"¹⁵⁴ Mit diesem Entwurf geht nun jedoch der Begriff der Konstruktion keine Verbindung mit dem Begriff der Möglichkeit, sondern gerade mit dem der Notwendigkeit ein.

*"Begriffe, die den objektiven Grund der Möglichkeit der Erfahrung abgeben, sind eben darum notwendig."*¹⁵⁵

Die Legitimation von Wissenschaften vollzieht sich nun nicht mehr über die adäquate Darstellung der Wirklichkeit, sondern dadurch, die Bedingungen der Möglichkeit einer vernünftigen Methode zu finden.

(4) Die Rechtfertigung der Denkform der Fiktion hängt nun direkt zusammen mit dem Ideal der reinen autonomen Vernunft. Erstes Element einer solchen Vernunft sind die Ideen.

*"Ich verstehe unter der Idee einen notwendigen Vernunftbegriff, dem kein kongruirender Gegenstand in den Sinnen gegeben werden kann."*¹⁵⁶

Kant kommt in seiner Erkenntniskritik zu dem Schluß, daß die Ideen uns immer wieder in die Irre führen, daß wir ihrer aber bedürfen. Während konstitutive Ideen die Eigenschaft haben, uns zu verfehlten metaphysischen Annahmen zu verleiten, ist der regulative Gebrauch für unser Vernunftwesen unentbehrlich, allein um die Ideen als Begriffe fixierbar, externalisierbar und so dekontextualisierbar zu machen. Kant verbindet so den Nachweis der Unbeweisbarkeit aller Metaphysik mit dem Hinweis auf die Möglichkeit der Denkform des *Als-Ob* als einer regulativen Idee. Wenn wir nicht mit der Gewißheit über die Realität des Idealen handeln können, dann haben wir gleichwohl notwendig so zu handeln, als ob das Ideale existiere. Die aufklärerische Besonderheit der Wortverbindung *Als-Ob* liegt nun darin, wie später Hans Vaihinger herausarbeitet, daß die Anerkennung der reinen Vernunft im *Als-Ob* unter dem Vorbehalt der praktischen Vernunft steht. Tatsächlich zielt die Unterscheidung zwischen regulativen und konstitutiven Ideen darauf ab, eine erkenntnistheoretische Gewaltenteilung zu erreichen. Wir sollen einerseits nicht dem Irrtum verfallen,

¹⁵⁴ Immanuel Kant, a.a.O., S. 586, 601.

¹⁵⁵ Immanuel Kant, a.a.O., S. 124.

¹⁵⁶ Immanuel Kant, a.a.O., S. 331.

die Konstrukte der reinen theoretischen Vernunft für Korrelate der Wirklichkeit halten, gleichwohl soll unser Verhalten mit ihnen begründbar sein. Die auf diese Weise provisorische Reglementierung des Verhaltens durch Ideen umgeht die Gefahren verfehlter Selbstüberhöhung. Erst die Ideen als indemonstrable Begriffe, die in der Erfahrung nicht angetroffen werden, ermöglichen eine Vorstellung von Gott als von der unbedingten Einheit aller Gegenstände (theologische Idee), von der Welt als der Einheit aller Erscheinungen (kosmologische Idee) und von der Seele als der Einheit des Subjekts (psychologische Idee):¹⁵⁷ *"Als dann heißt es z.B., die Dinge der Welt müssen so betrachtet werden, als ob sie von einer höchsten Intelligenz ihr Dasein hätten."*¹⁵⁸ Danach sind die Ideen bloße Sollvorschriften, die auf nicht erreichbares Ziel in unserem Inneren verweisen. Die oben zitierte kantianische Als-Ob-Maxime wird in der Rezeption daher folgendermaßen ausgeführt: *"Du sollst alle psychischen Erscheinungen so verknüpfen, als ob ihnen eine Einheit, die Seele zugrunde läge; Du sollst die Reihe der bedingten Erscheinungen so verknüpfen, als ob ihnen eine unbedingte Einheit, die Welt, zugrunde läge."*¹⁵⁹ Kant stellt heraus, daß mit dem Instrument der menschlichen Vernunft unsere Ideen und unsere Vorstellungskraft unentbehrlich für das orientierte Handeln sind. Jedes intentionale Handeln bedarf eines Zielpunktes, in dem *"die Richtungslinien aller seiner Regeln in einem Punkt zusammenlaufen."*¹⁶⁰ Diesen Zielpunkt nennt Kant den *focus imaginarius*,¹⁶¹ der als *conditio sine qua non* unseres Handelns eine Zweckillusion ist. Auch hier taucht wieder der Gedanke auf, daß die formulierten Leitbilder nicht realitätsadäquate, aber notwendige *„Probiersteine der Wahrheit unserer Regeln“*¹⁶² sind. Hilfskonstruktionen in Form des hypothetischen Vernunftgebrauchs, die gegenüber dem Endziel der Erkenntnis unvollständige Zustände darstellen, können so gerechtfertigt sein.¹⁶³ Diese Idee des notwendigen Zielpunktes der Erkenntnis wird später insbesondere sowohl vom Kritischen Rationalismus als auch vom Konstruktivismus aufgenommen. Aus diesem Notwendigkeitsprinzip folgt, wie Popper ausformuliert hat, daß wir zum Fortschritt irren, und dies ist überhaupt nur daher möglich, weil Erkenntnis zweckgeleitet ist. Die Orientierung auf den *focus imaginarius* löst als wissenschaftliches Leitbild die aufklärerische Entlarvung zweckgeleiteter

¹⁵⁷ Vgl. unter vielen: Darstellung bei Norbert Schneider, *Erkenntnistheorie im 20. Jahrhundert*, Stuttgart 1998, S. 25. Kants Erkenntnisentwurf verhindert darüber hinaus, Wissenschaftskonzeptionen als realistische oder naturalistische Typen aufzufassen, da er als Grundlage jeder Erkenntnismöglichkeit die Unterscheidung zwischen Anschauung und Begriff einführt.

¹⁵⁸ Immanuel Kant, a.a.O., S. 583.

¹⁵⁹ Hans Joachim Störig, *Kleine Weltgeschichte der Philosophie*, Frankfurt a.M. 1992, S. 407.

¹⁶⁰ Immanuel Kant, a.a.O., S. 565.

¹⁶¹ Ebd.

¹⁶² Immanuel Kant, a.a.O., S. 567.

¹⁶³ Sog. bonum-durch-malum Figur. Vgl.: Odo Marquard, a.a.O., S. 44.

Täuschungen ab. Mit dem *transzendentalen Schein*¹⁶⁴ und den *natürlichen und unvermeidlichen Illusionen*,¹⁶⁵ die darin begründet sind, daß sich die reine Vernunft an die nun inferior verstandene Wahrnehmung bindet, wird auch die Denkform der Fiktion als Erkenntnismittel gerechtfertigt. Die Verwendung der Denkform der Fiktion steht bei Kant unter dem Vorbehalt der zweckmäßigen Einheit,¹⁶⁶ und "*vollständige zweckmäßige Einheit ist Vollkommenheit*".¹⁶⁷ Das heißt, daß die Argumentationsform der Fiktion nur als regulativer Ersatz eines letzten Grundes stehen darf.¹⁶⁸ Sie erhält ihre Funktion nur zur Überbrückung nicht mehr bestimmbarer letzter Gründe.

III. Die Philosophie des Als-Ob

| | |
|--------------------------------------|--|
| Es ist, als ob die ganze Welt | der Klein und Groß und Böse` und Gut |
| nur auf zwei Worte wär gestellt. | noch immer hält für absolut. |
| Sie haben einen tiefen Sinn, | Dem Denker, der vieles aufgedeckt, |
| sie brachten dem Geist hohen Gewinn. | der höhere Geistigkeit hat erweckt, |
| Sie brächten einen höhern noch, | der uns das Wissen hat geschenkt, |
| wenn sich nicht regte immer doch, | das durch "als ob" uns richtig lenkt, |
| der alte unbekante Wahn, | dem hohe Weisheit ward zuteil, |
| der alles Geistige grob faßt an, | dem großen Manne: Glück und Heil. ¹⁶⁹ |

1. Der idealistische Positivismus Vaihingers

(1) Hans Vaihinger, dessen akademische Karriere zunächst durch seine Kant-Kommentierung begründet war, systematisierte exemplarisch mit der Ausarbeitung seiner "*Philosophie des Als-Ob*" den erkenntnistheoretischen Fiktionalismus und versuchte, die Fiktion zur Grundlage jeder

¹⁶⁴ Immanuel Kant, a.a.O., S. 308.

¹⁶⁵ Immanuel Kant, a.a.O., S. 311.

¹⁶⁶ Immanuel Kant, a.a.O., S. 598.

¹⁶⁷ Immanuel Kant, a.a.O., S. 599.

¹⁶⁸ Immanuel Kant, a.a.O., S. 601.

epistemologischen Argumentation zu machen.¹⁷⁰ Er rezipiert damit nicht nur den Gedanken Kants über die Fiktion als einer Stelle des transzendentalen Scheins, sondern entwirft einen *idealistischen Positivismus*, nach dem sämtliche Bewußtseinsinhalte, ob sie nun aus empirischen Daten oder dem Verstand resultieren, Fiktionen darstellen. Eine Analyse der Philosophie des Als-Ob aus ihrem geisteswissenschaftlichen Kontext heraus läßt Vaihinger als Zeitgenossen solcher unterschiedlichen Strömungen wie der Lebensphilosophie, dem Pragmatismus und der biologischen Erkenntnislehre erscheinen.¹⁷¹ Vaihingers Werk ist ein durchaus typisches Zeugnis der deutschen nachidealistischen Phase. In deren Hervorkehrung des praktisch und willentlich Handelnden vor dem theoretischen Subjekt des Idealismus unterscheidet sich Vaihinger von der Erkenntniskritik kantianischer Prägung. Diese Verankerung Vaihingers im Postidealismus tritt in seiner Bemerkung hervor, seine Theorie des Fiktionalismus orientiere sich am *"Primat des Willens (man kann auch sagen: der Willen der Primaten)"*¹⁷² Motivisch klingt in dieser rhetorischen Form sowohl der nachidealistische Finalismus Schopenhauers als auch die evolutionär-biologische Fundierung der Geisteswissenschaft an.¹⁷³ Vaihingers Philosophie des Als-Ob weist in weiten Teilen Ähnlichkeit mit dem Werk von Friedrich Nietzsche auf. Diese Ähnlichkeiten beruhen allerdings nicht auf der Rezeption Nietzsches durch Vaihinger. Vielmehr beruhen die Ähnlichkeiten wohl darauf, daß beide Autoren unabhängig voneinander das Werk von F. A. Lange „*Die Geschichte des Materialismus*“ rezipieren,¹⁷⁴ auch wenn Vaihinger später darauf hingewiesen hat, daß der Erfolg Nietzsches in ihm den Entschluß genährt hat, die Philosophie des Als-Ob, entstanden ab 1888, schließlich im Jahre 1911 erstmals zu veröffentlichen. Vaihingers naturwissenschaftlicher Ansatz und seine metaphysischen Unterscheidungen sind idealtypisch für die Zeit des ausgehenden 19. Jahrhunderts. In seiner Ausrichtung auf die neurophysiologischen und evolutionärbiologischen Theorien seiner Zeit erscheint

¹⁶⁹ Felix Rosenthal, *Gedicht für Hans Vaihinger*, in: August Seidel (Hrsg.), *Die Philosophie des Als-Ob und das Leben*, Festschrift für Hans Vaihinger zum 80. Geburtstag, Neudruck Berlin 1986, S. 247.

¹⁷⁰ Hans Vaihinger, *Die Philosophie des Als-Ob*. System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus, mit einem Anhang über Kant und Nietzsche, Leipzig 1924.

¹⁷¹ Hans Vaihingers rechtfertigt in der Einleitung zu der Philosophie des Als-Ob, warum das 1878 weitgehend abgeschlossener Werk erst 1911 herausgebracht wurde. Er begründet diese mit seiner Sorge um die Durchsetzungsfähigkeit seiner Theorie zu jener Zeit. Seine Rechtfertigung baut darauf auf, daß die Wirklichkeit des Wissenschaftsbetriebes erst Wilhelm Wundt, Ernst Mach, Richard Avenarius, Friedrich Nietzsche und Charles Sanders Pierce hervorbringen mußte, um durch das geänderte Klima einer Theorie der Fiktionen Anerkennung zu verschaffen. Ein Überblick über die Gemeinsamkeiten der genannten Autoren findet sich bei Norbert Schneider, *Erkenntnistheorie im 20. Jahrhundert*. Klassische Positionen, Stuttgart 1998, S. 31-41.

¹⁷² Vaihinger, a.a.O., S. XIV.

¹⁷³ Klaus Ceynowa, a.a.O., S. 202.

¹⁷⁴ Ceynowa, a.a.O., S. 221; Ceynowa zitiert dort auch folgende Stelle aus Nietzsches "Jenseits von Gut und Böse": "Die Falschheit eines Urteils ist uns noch kein Einwand gegen ein Urteil(...)Die Frage ist, inwieweit es lebensfördernd, lebenserhaltend, Art-erhaltend, vielleicht gar Art-züchtend ist."

er auch als Vorläufer für verschiedene Strömungen, die heute unter dem Begriff des Konstruktivismus¹⁷⁵ zusammengefaßt werden. Dieser Schnittpunkt zwischen klassischer geisteswissenschaftlicher Kathederphilosophie und naturwissenschaftlicher Kognitionslehre soll Vaihingers Werk zum argumentativen Tor in die Theorien des Fiktionalismus machen.

(2) Vaihinger tritt in diesem Werk mit der These an, daß der Nachweis über die Ungültigkeit von Vorstellungsgebilden unerheblich dafür sei, ob diese Vorstellungen weiter gebraucht oder ob sie suspendiert werden. Die theoretische Vernunft sei nicht in der Lage, unser Handeln zu ändern, sobald die zugrundegelegten Annahmen als falsch erkannt werden, weil entscheidend allein der praktisch-zweckmäßige Gebrauch dieser Annahmen sei. Und dieser zweckmäßige Gebrauch könne auch vorliegen, wenn die Entscheidungskriterien sowohl der Wirklichkeit auch sich selbst widersprechen und also Vollfiktionen sind. Die Trennung zwischen theoretischer und praktischer Vernunft hat ihren Grund in der bloß lebenserhaltenden und lebensfördernden Funktion des Denkens. Danach könne es zur Handlungsorientierung und zu Stabilisierung von Verhaltenserwartung notwendig sein, mit falschen, aber instrumentalisierbaren Vorstellungsgebilden zu operieren. Seine insbesondere gegen den Idealismus Hegels gerichtete These von der Differenz von Denken und Sein stützt Vaihinger durch Unterscheidungen, auf die ich im folgenden näher eingehen möchte.

2. Empfindung und Vorstellungsgebilde

Indem die *"grundsätzlich falsche und widerspruchsvolle, aber nützliche Vorstellungswelt des Menschen"* zum letzten und nichthintergehbaren Ausgangspunkt des menschlichen Geistes gemacht wird, versucht Vaihinger die Spaltung von Anschauung und Begriff, die bei ihm zur Unterscheidung von sensorischem Empfinden und gedanklicher Konstrukte führt, zur Grundlage einer naturwissenschaftlich orientierten Erkenntniskritik zu machen¹⁷⁶. Die einleitende Frage, die Vaihinger stellt, lautet, wie es kommt, daß wir mit bewußt falschen Vorstellungen doch Richtiges erreichen? Vaihinger argumentiert in seinem Werk durchgehend mit der grundlegenden

¹⁷⁵ Ernst von Glasersfeld beruft sich ausdrücklich auf die von Vaihinger eingeführten Unterscheidungen von Fiktion und Hypothese: *Ernst von Glasersfeld, Die Wurzeln des "Radikalen am Konstruktivismus"*, S. 43, 44, in: Hans Rudi Fischer (Hrsg.), *Die Wirklichkeit des Konstruktivismus, Zur Auseinandersetzung um ein neues Paradigma*, Heidelberg 1995.

Unterscheidung, daß als wirklich nur das sensorische Empfinden des Menschen gewertet werden kann. Alles Weitere, so Vaihinger, ist im bewußten Gleichstellen eines Wirklichen mit einem Unwirklichen Fiktion. Diese Reduktion des Wirklichkeitsbegriffes auf das sensorische Empfinden bedeutet, daß jeder Selektion und Kombination aus dem *"Empfindungschaos, der großen unklaren Nebelmasse der Empfindungen"*¹⁷⁷ Fiktionalitätscharakter zukomme. Nach Vaihinger ersetzt die Fiktion gegebene Wirklichkeitsmomente zum Konstrukt einer bloß vorgeblichen Wirklichkeit. Er erläutert das am Beispiel der Wahrnehmung von Zucker, und er greift dabei auf ein Motiv zurück, das ich einleitend unter die normative Kraft des Faktischen subsumiert hatte: Gemäß dem Prinzips des kleinsten Kraftaufwandes und der Gewohnheitsreaktionen wird alles, was wiederkehrt, aus dem Chaos der Empfindung herausgehoben. Zunächst empfindet der Mensch bloß weißes Licht und Süße, und er hat so etwas wie *"Süßweiß"* Dann trifft er Süße auch an anderem Ort und der Geschmack wird als Eigenschaft isoliert. Er hat nun *süße Weiße*. Schließlich trifft er weißes Licht auch an anderem Ort, und auch die Farbe wird zur Eigenschaft. So erkennt er schließlich eine weiße und süße Substanz, die er Zucker nennt, und unterscheidet zwischen Ding und Eigenschaft, obschon beides zusammenfällt.

*"Wer gab dem Denken das Recht, beides als Eigenschaft anzusetzen und ein Ding hinzuzudenken als ihren Träger?"*¹⁷⁸ *"Die Fiktion der Substanz entsteht also, indem das eine Glied des Verhältnisses: Ding und Eigenschaft aus dem Gegebenen ins Nicht-Gegebene hinausgeschoben wird."*¹⁷⁹

Diese Unterscheidung, die auf wiederholten Wahrnehmungen beruht, führt letztlich zur Annahmen abstrakter Wahrheiten wie *"Weißheit"* oder *"Süßheit"*. Das Denken beginnt dabei mit Semifiktionen wie der Fiktion der Substanz oder mit den künstlichen Klassifikationen, um schließlich *"immer kühner geworden"*, mit den Vorstellungsgebilden zu operieren, die nicht nur der Wirklichkeit widersprechen, sondern auch sich selbst, also mit den eigentlichen Vollfiktionen.¹⁸⁰ Vaihinger weist in seinem Werk umfangreich die Verwendung von Semifiktionen und Vollfiktionen in der Rechtswissenschaft, der Ökonomie, den Naturwissenschaften und der Philosophie nach. Papiergeld, Staatsvertrag, Atom und Ding-an-sich sind Fiktionen, deren Widersprüchlichkeit bewußt sei und deren Gebrauch sich

¹⁷⁶ Hans Vaihinger, *Ist die Philosophie des Als-Ob Skeptizismus?* <http://www.weltkreis.com/mauthner/hist/vaih2.html>. Mittwoch, 25. März 1998, auch in: *Annalen der Philosophie* hrsg. von Hans Vaihinger und Raymund Schmidt, Bd. 2, Heft 4, 1920.

¹⁷⁷ Vaihinger, a.a.O., S. 286.

¹⁷⁸ Anhand des Zuckerbeispiels erweist sich Vaihinger als Nachfolger von George Berkeleys subjektivem Idealismus. Vgl. dazu: *I.C. Tipton, Berkeley, The Philosophy of Immaterialism*, London 1974.

¹⁷⁹ Vaihinger, a.a.O., S. 300.

¹⁸⁰ Vaihinger a.a.O., S. 24.

gleichwohl durch Erfolg im Handeln bewährt habe. Vaihinger geht weiter davon aus, daß wir noch vor solchen differenzierten theoretischen Konstrukten in der Wahrnehmung immer dem Zwang zum Fingieren ausgeliefert sind. Das heißt, daß Apperzeption, wie im Positivismus und im Neukantianismus des ausgehenden 19. Jahrhunderts, als Prozeß verstanden wird, der allein durch Gewohnheit bestimmt ist und dadurch direkt von der Faktizität in Fiktionalität umschlägt. Neue, unbekannte Sinneseindrücke werden durch vertraute Vorstellungsräume geformt. Wie in der Erkenntniskritik von Richard Avenarius oder von Ernst Mach folgt für Vaihinger daraus, daß die kognitive Tätigkeit erkenntnisverneinend sein kann. Indem die apperzeptive Tätigkeit dem Prinzip des kleinsten Kraftaufwandes folgt, ist Apperzeption zugleich Ignoranz. Lassen sich bestimmte Vorstellungsräume nicht auf gewohnte Muster zurückführen, so werden die Vorstellungen verformt, bis sie schließlich auf die passenden gewohnten Muster und Vorurteile zutreffen und erkennbar sind.

3. Abbildung und Handeln

Die Formung der Wahrnehmung durch Vorurteile mit der Gefahr des Wirklichkeitsverlustes ist ein zentrales Motiv der philosophischen und naturwissenschaftlichen Literatur, verstärkt mit dem Beginn der *nuova scienza* und mit der Aufklärung in der Neuzeit. Seit dieser Zeit kennt die Wissenschaftsgeschichte die Gegenüberstellung von verstellenden Begrifflichkeiten und durchdringender *Wahrnehmung*. Bei Vaihinger wird dieses Motiv der Wissenschaftsliteratur vom Irrationalitätsverdacht gegenüber den Vorgängern befreit. Die Legitimation der Fiktion wird auch außerhalb transzendenter Annahmen auf die gesamte Wahrnehmung und Erkenntnis bezogen. Die Autonomie des Irrtums im Prozeß der Erkenntnis wird bei Vaihinger geleitet durch die Unterscheidung der Funktionen des Denkens in theoretische Abbildungsleistung einerseits und praktische Orientierungsleistung für das Handeln andererseits. Ich hatte zur Systematik des Aufmerksamkeitswechsels angemerkt, daß die Fiktion ganz dem *argumentum a simile*, also dem Analogieschluß gleicht. Dieser zeichnet sich durch zwei Subsumtionsversuche aus, von denen einer scheitert, ein zweiter erfolgreich ist und dieser Widerspruch auf der Grundlage des *tertium comparationis* aufgelöst wird. Vaihinger subsumiert die Vorstellungsbilder erst unter die Kriterien der Abbildung, dann unter Kriterien pragmatischer Erfolge. Bevor die Frage beantwortet wird, was das *tertium comparationis* ist, das diesen Aufmerksamkeitswechsel rechtfertigt, sollen diese beiden Bedeutungsbereiche geschildert werden. Vaihinger argumentiert an dieser Stelle evolutionär-

biologisch und sagt, daß die ursprüngliche Funktion des Denkens in der Orientierungsleistung lag, in der Empfindung in Bewegung reflexartig umgesetzt werden mußte, um Leben zu sichern. *"Alles Seelenleben ist eine weitere Ausbildung des Reflexvorgangs: Einwirkung von außen, innere Verarbeitung, Wirkung nach außen."* Er beruft sich hierbei auf den Sprachwissenschaftler und Psychologen Heymann Steinthal:

"Dieselbe Ansicht entwickelt treffend Steinthal(...): >>Wir bedürfen des Wissens von der Welt der Dinge und von unserem Selbst und von dem Zusammenhange der Dinge untereinander und mit uns, um leben zu können.<< Steinthal führt - ganz im Sinne der modernen Betrachtungsweise - drei Hauptarbeiten an, zu denen das Wissen berufen ist: Aufsuchung der Nahrung, Einleitung der Befruchtung, Schutz vor Unwetter: >> Das Wissen ist also ein dem Haushalt der Natur unentbehrlicher Faktor. Es tritt zu den physikalischen und chemischen Wirkungen hinzu, um den Bestand des Menschengeschlechts und des Tierreichs zu ermöglichen.<<(…) Diese Auffassung ist wichtiger für die Logik, als es auf den ersten Blick erscheint, und zwar für eine Logik als eine Technik des Denkens, nicht als Erkenntnistheorie."¹⁸¹

Vaihingers Beschreibungen sollen es ermöglichen, die logischen Prozesse mit den organischen Bildungsvorgängen zu vergleichen. Erst in weiteren Phasen, so Vaihinger, die gemäß dem Gesetz der Überwucherung des Zwecks durch das Mittel dieser ersten Phase folgen, beginnt das Denken mit eigenständigen Abbildungs- und Beschreibungsleistungen. Das heißt, der Irrationalität der Abbildungen und Beschreibung dieser späteren Phasen wird eine Rationalität des Handelns der evolutionär früheren Phase wieder nachgeschaltet, indem er sagt, daß nur die erste Phase die zweite Phase lizenziert. Apperzeption wird also letztlich durch Prinzipien geleitet, die allein erfolgreiches Handeln gewährleisten sollen. Selbst wenn der Wahrheitsanspruch der Vorstellungsgebilde theoretisch unhaltbar sein sollte, sind sie unter Umständen praktisch anerkennbar. Vaihinger nennt demnach die Instrumente der Logik Kunstgriffe. Jeder Eindruck unmittelbarer Wirklichkeit wird alteriert, insbesondere durch Kategorisierung und Formalisierung im logischen Denken, um den Zweck der Orientierbarkeit zu gewährleisten. Diese Alternative mentaler Repräsentation selbst ist jedoch nicht als falsch zu verwerfen, sondern nur die Annahme, es handle sich um eine unmittelbare Wirklichkeit:

"Die Vorstellungswelt ist ein geeignetes Gebilde, um diese Zwecke zu erfüllen, aber sie darum ein Abbild zu nennen, ist ein voreiliger und unpassender Vergleich. Sind doch die elementarsten

Empfindungen schon keine Abbilder der Wirklichkeit, sondern bloße Maßstäbe, um die Veränderung der Wirklichkeit zu messen."¹⁸²

Neben dem Urteil über die Wahrheit bzw. Unwahrheit einer Vorstellung, so folgt aus der Inadäquanz der Vorstellungen, hat das Urteil über die Verwertbarkeit dieser Vorstellung zu treten. Vaihinger will das Verhältnis von Theorie und Praxis neu bestimmen, indem die praktische Anerkennung einer Vorstellung von deren theoretischen Bewertung befreit wird. So soll sich praktisches Verhalten von der Entscheidung, ob die zugrundegelegte Vorstellung der Wirklichkeit entsprechen, lösen. Diese Lösung ist nach Vaihinger bloß daher möglich, da schon die einfachsten Vorstellungsgebilde zweckmäßig und am Handeln ausgerichtet sind:

*"Wie der psychische Organismus nicht ein bloßes Gefäß ist, in das fremde Stoffe einfach eingefüllt werden, sondern eine mit einer chemischen Retorte vergleichbare Maschine, welche die fremden Stoffe zu ihrer eigenen Erhaltung und zur Unterhaltung ihrer Bewegung höchst zweckmäßig verarbeitet und durch Intussuszeption, nicht durch bloße Juxtaposition sich aneignet, so ist auch das Bewußtsein nicht mit einem bloß passiven Spiegel zu vergleichen, der nach rein physikalischen Gesetzen die Strahlen reflektiert, sondern das Bewußtsein nimmt keinen äußeren Reiz auf, ohne ihn nach eigenem Maße zu gestalten."*¹⁸³

Einerseits begnügt sich Vaihinger also nicht damit, die alten Vorstellungsgebilde als chimärenhafte Hypostasen zu erklären, er fragt auch weiter nach der Nützlichkeit solcher falschen Annahmen, weil er davon ausgeht, daß die biologische Funktion des Denkens Gewähr dafür bietet, daß die Irrtümer uns nicht auf irreversible Holzwege führen. Die Überlebensfähigkeit des Menschen wird an die Überlebensfähigkeit der von ihm entwickelten Vorstellungsgebilde angekoppelt. Vaihinger geht von der Unmöglichkeit biologischen Irrtums aus, da die evolutionär herausgebildeten Kategorien, Denkformen und Begriffe im Handeln bewährt haben. Die letztlich biologische Funktion des Denkens gewährt nach Vaihinger den Erfolg im Handeln.

"Nicht die Übereinstimmung mit einem angenommenen >objektiven Sein<, das uns doch niemals unmittelbar zugänglich sein soll, also nicht die theoretische Abbildung einer Außenwelt im Spiegel des Bewußtseins und also auch nicht eine theoretische Vergleichung der logischen Produkte mit objektiven Dingen scheint uns die Bürgschaft dafür zu bieten, daß das Denken seinen Zweck erfüllt habe, sondern die praktische Erprobung, ob es möglich sei, mit Hilfe jener

¹⁸¹ Vaihinger, a.a.O., S. 6/7.

¹⁸² Vaihinger, ebd.

logischen Produkte die ohne unser Zutun geschehenen Ereignisse zu berechnen und unsere Willensimpulse nach den Direktiven der logischen Gebilde zweckentsprechend auszuführen."¹⁸⁴

Der Erkenntnisprozeß ist derart reguliert, daß ein praktisches Ergebnis geliefert wird. Das gesamte theoretische Tun der Menschen läßt sich so als bloßer Durchgangspunkt erklären, dessen Intention die Praxis ist. Das Denken ist nur Vermittlung zwischen Eindruck und Ausdruck. Denken, Vorstellung und Bedeutung werden so in der Konzeption Vaihingers zu einem Medium. Empfindungen sind nicht nur der Ausgangs-, sondern auch der Zielpunkt allen Denkens, und *"so läßt sich der Zweck des Denkens kurz dahin präzisieren, daß es in der Verarbeitung und Vermittlung des Empfindungsmaterials zur Erreichung eines reicheren und volleren Empfindungslebens seine Bestimmung finde.*"¹⁸⁵ Die kognitiv entwickelten Bewußtseinsinhalte haben daher den grundlegenden Zweck, *"uns jederzeit in den Stand zu setzen, vorauszuberechnen, daß wir durch diese oder jene Willensimpulse unter bestimmten Bedingungen einen genau bestimmbaren Effekt hervorbringen werden."* Das Gesetz fortwährender Umwandlung besagt dabei: Jede aufgrund Empfindung erfolgte Bewegung modifiziert wiederum Wahrnehmung und Empfindung, „Bewußtseinsleben“ ist ein Prozeß fortwährender Umwandlung jeweils gegebener in jeweils angestrebte Bewußtseinszustände. Theorie und Begriffe müssen diese Empfindungsreihen passend vermitteln, das heißt, sie müssen den Moment zwischen gegenwärtiger und zukünftiger Sinneserfahrung überbrücken. Erkennen wird so also zum Nebenprodukt. Die theoretische Vernunft wird überhaupt nur dann angestrengt, wenn Verhaltens- und Empfindungsprozeß nicht mehr ungestört fließen.

*"Für uns hat die logische Funktion des Denkens den Zweck, uns jederzeit in den Stand zu setzen, vorauszuberechnen, daß wir unter diesen oder jenen Verhältnissen, Bedingungen und Umständen einen ganz genau bestimmbaren Empfindungseindruck erhalten werden."*¹⁸⁶

Diese Unterscheidung stützt Vaihinger mit einer Argumentation, die weitgehend auf der neurophysiologischen Theorie von Adolf Horwicz beruht.¹⁸⁷ Adolf Horwicz' zwischen 1872 und 1878 erschienene Bände der psychologischen Analysen auf physiologischer Grundlage sind der naturwissenschaftliche Bezugspunkt für Vaihingers Fiktionalismus. Um als Naturwissenschaft kontrollierbar zu sein, wählten die Psychologen des 19. Jahrhunderts wie Horwicz den Weg der

¹⁸³ Vaihinger, a.a.O., S. 2.

¹⁸⁴ Vaihinger, a.a.O., S. 5.

¹⁸⁵ Vaihinger, a.a.O., S. 8.

¹⁸⁶ Vaihinger, a.a.O., S. 7.

kontrollierten Introspektion. Das Objekt der Beobachtung, das Bewußtsein, wird in Bezug zum Gegenstandsbereich der neuralen Strukturen und Prozesse gesetzt. Das Bewußtsein und das physische Korrelat des Nervensystems bilden so die Grundlage einer naturwissenschaftlichen Psychologie. Die Korrelation zwischen dem Bewußtsein und den zerebralen Prozessen bedarf nun eines formulierten Konzeptes. Dieses Konzept muß gewährleisten, *"daß die Gesetzmäßigkeiten, nach denen die Inhalte des Bewußtseins zueinander in Beziehung treten, aus den Gesetzen, nach denen sich das neuronale Geschehen vollzieht, ableitbar sind."*¹⁸⁸ Es muß sich dabei um eine funktionale Abhängigkeitsbeziehung (Fechner) handeln. Diese Prämisse führt zu einer Analogieinterpretation des Psychischen zum Neurophysiologischen. Vaihingers Ansatz bei der Unterscheidung von Abbildung und Handeln, daß die inneren Verarbeitungen nur als Überleitung für die von außen kommenden Einwirkungen zu der nach außen sich entladenden Tat dienen, ist abgeleitet von Horwicz' Satz: *Keine Empfindung ohne Bewegung und keine Bewegung ohne Empfindung.* Wie heute Analogieinterpretationen zwischen dem Gehirn und der führenden Informationstechnik, dem vernetzten Computer gebildet werden, so wurde im ausgehenden 19. Jahrhundert das Gehirn in Analogie zur Telegraphenleitung gedacht. Apperzeption ist auf der Grundlage dieses Vergleiches nach Adolf Horwicz ein lückenloses, stromartiges Geschehen. Der nervöse Impuls bleibt von seinem Ausgangspunkt, dem Sinnesorgan bis zu seinem Endpunkt, der Muskelfaser, unverändert und identisch. Das heißt, die Neurophysiologen der Zeit Vaihingers vertraten weitgehend die Theorie von der *Uniformität des Erregungsprozesses*, die zum einen auf der Theorie der identischen Anatomie und Physiologie aller Nervenfasern und Nervenzellen aufbaute. Danach gibt es keine Unterscheidung zwischen dem Zentralorgan Großhirn und der Peripherie. Jede Stelle der neuralen Instanzenkette macht grundsätzlich das gleiche, eine Spezialisierung findet nicht statt. Weitere Grundlage des Reflexbogenschemas war das Gesetz der isolierten Längsleitung, nach dem der Reiz nicht auf benachbarte Zellen überspringen kann. Auf der Grundlage des Reflexbogenschemas wird jeder sensorische Reiz in eine Verhaltensantwort transformiert, und es gibt keinen neuralen Prozeß, der im Gehirn endet oder der dort beginnt. Der Anschein reizunabhängigen Bewegungs- oder Empfindungsablaufes entsteht erst durch die Komplexität der Leitungsbahnen zerebraler Prozesse. Horwicz erläutert, daß im Laufe der Evolution allmählich Reflexbogen über Reflexbogen aufgebaut werden und daß sich das Gehirn dadurch allmählich differenziert. Dadurch entsteht letztlich eine

¹⁸⁷ Die Arbeit folgt in der Darstellung den Ausführungen Ceynowas.

¹⁸⁸ Ceynowa, a.a.O., S. 42.

netzartige Struktur, in der das Bewußtsein die Funktion erhält, einen Weg durch die Vielzahl möglicher Leitungsbahnen zu bestimmen. Der gleiche Reiz ermöglicht daher verschiedene Reaktionen, und verschiedene Reize ermöglichen die gleiche Reaktion. Die neurale Repräsentation steuert und ermöglicht so planvolles Handeln. Das Handeln als Primat des Denkens ist nun durch die Verhaltensbezogenheit des Bewußtseins begründet. Erfahrung ist nach *Horwicz* stets kinästhetische Erfahrung. Die kleinste Grundeinheit aller Bewußtseinsinhalte ist somit eine Empfindung, aus der eine Bewegung folgt, die wiederum die Empfindung modifiziert. Die Wahrnehmungssituation ist so stets in Handlungen eingebunden. Es ist nach dem Reflexbogenschema zu erwarten, daß der Mensch da, wo er Wahrheit sucht, Nützlichkeit findet.¹⁸⁹ Diese optimistische Evolutionsvorstellung ist das *tertium comparationis* in der Theorie *Vaihingers*.

4. Das Gesetz der Ideenverschiebung

Die Unterscheidung zwischen Empfindung und Vorstellungsgebilde entspricht einerseits der Unterscheidung zwischen Wirklichkeit und Fiktion. *Vaihinger* führt in der Philosophie des Als-Ob mit dem *Gesetz der Ideenverschiebung* andererseits noch eine weitere Unterscheidung ein, nach der Wirklichkeit und Fiktion intentionale Zustände bezeichnen. Danach entscheidet der intentionale Zustand des Menschen, ob ein Vorstellungsgebilde als der Wirklichkeit widersprechend (Fiktion), als zukünftig erfahrbar (Hypothese) oder als der Wirklichkeit entsprechend (Dogma) qualifiziert wird. Diese Unterscheidungen, die sich scheinbar windschief zu der Unterscheidung von Empfindung und Vorstellungsgebilde verhält, stellt sich jedoch nicht als Systembruch innerhalb des Werkes dar, da *Vaihinger* in dem Gesetz über Ideenverschiebung die Beobachtungsebene wechselt und eine Aussage über die psychologischen Stadien der Vorstellungen des Menschen macht. Wirklichkeit ist danach ein den Vorstellungsgebilden zugeschriebenes Prädikat. Das Gesetz der Ideenverschiebung kann als Beispiel der analogischen Interpretation von physiologischen Prozessen und psychischen Bewußtseinsinhalten herangezogen werden: Es gibt danach drei psychologische Formen von Vorstellungen: Dogma, Hypothese und Fiktion. Sämtliche Ideen durchlaufen bei ihrer Entwicklung stets diese drei Stadien und stets in beiden Richtungen.: *"Dies in dieser allgemeinen Formel ausgesprochene Gesetz folgt als unmittelbares Korrolar aus der psychologischen Natur der betreffenden Stadien selbst, wie das Gesetz der Lautverschiebung aus der Natur und den Gesetzen der*

¹⁸⁹ *Ceynowa*, a.a.O., S. 122.

physiologischen Beschaffenheit der Laute folgt."¹⁹⁰ Im Vergleich zum Dogma herrschen bei der Hypothese Zweifel an der objektiven Gültigkeit. Der Zweifel führt zu einem Spannungszustand, *"welcher der Seele äußerst unangenehm sein muß."*¹⁹¹ Daher tendiert die Seele dazu, die Vorstellungsinhalte ins Gleichgewicht zu bringen und eine ununterbrochene Verbindung zwischen denselben herzustellen. Das Dogma hat so ein stabiles, die Hypothese ein labiles Gleichgewicht: *"Der Zustand des labilen Gleichgewichts, wie er physisch unangenehm ist, ist auch psychisch unangenehm. Aus diesem Spannungszustand, der also ein unangenehmes Gefühl mit sich bringt, erklärt sich nun ganz naturgemäß die Tendenz der Seele jede Hypothese in ein Dogma zu verwandeln."*¹⁹² So passiert es, daß eine Hypothese unerlaubt in ein Dogma verwandelt wird. Als weiteres behandelt Vaihinger die Ideenverschiebung von Fiktion zu Hypothese. Beide Gebilde sind sich ähnlich. Jedoch ist der Spannungszustand bei der Fiktion wiederum höher: *"Eine solche Vorstellungsform ist sogar positiv hemmend,"*¹⁹³ da man etwas als gültig annehmen soll und zugleich die Vorstellung "nachschieben" soll, daß man eigentlich widersprechender Überzeugung ist. So wird zugleich die Tendenz zur Ausgleichung der Vorstellungsgebilde gehemmt. Die Seele läßt daher die widersprechende Überzeugung einfach fallen, ohne sich um Ausgleich zu bemühen. Das *Als-Ob* wird dann zum *Weil*. Vaihinger stützt die Ideenverschiebungen auf die Ausgleichstendenz der Seele. Entweder die Vorstellung wird fallengelassen, oder sie wird praktisch anerkannt und als Hypothese oder Fiktion aufrechterhalten. Vaihinger führt zahlreiche Beispiele aus den Geisteswissenschaften an. Der Logiker kann die *"Vorstellungswelt jedoch ruhig ein Abbild der Wirklichkeit heißen, und sie auch ganz vollständig an Stelle dieser setzen, indem den dabei beteiligten Vorstellungsgebilden einfach Wirklichkeit zugeschrieben wird."*¹⁹⁴ Aus dieser Schilderung des Gesetzes der Ideenverschiebung geht hervor, daß Vaihinger die gesamte Vorstellungswelt als Instrumentarium der Stabilität von Begründungen ansieht. Innerhalb des Gesetzes der Ideenverschiebung stehen die Inhalte der Vorstellungswelten in genetischer Treue zueinander.

¹⁹⁰ Vaihinger, a.a.O., S. 219.

¹⁹¹ Vaihinger, a.a.O., S. 220.

¹⁹² Vaihinger, a.a.O., S. 220.

¹⁹³ Vaihinger, a.a.O., S. 221.

¹⁹⁴ Vaihinger, a.a.O., S. 23.

5. Wirksamkeiten des Unwirklichen

(1) Vaihinger verzichtet mit der Universalisierung der Fiktion auf den Anspruch auf Wahrheit. Darauf beschränkt er sich allerdings nicht. Der Verzicht auf die zweiwertige Unterscheidung von wahr/falsch zielt auf eine pragmatische Aufwertung der Denkform der Analogie. Die grundsätzliche Inadäquanz von Vorstellung und Vorstellungsanlaß macht zwar die Differenzierung nach Wahrheit und Falschheit eines Urteils unerheblich, eröffnet aber neue Fragestellungen. Insoweit wird Vaihinger von seinen Kritikern mißverstanden, die ihm vorwerfen, wie er den die Fiktionalität und die Abweichung der Vorstellungen von der Wirklichkeit beurteilen könne, wenn es keinen Zugang zur Wahrheit gebe.¹⁹⁵ Cassirers Einwand gegen die Philosophie des Als-Ob, den er in dem 1913 erschienenen Aufsatz „*Erkenntnistheorie nebst den Grenzfragen zu Logik*“¹⁹⁶ formuliert und der insgesamt für die Kritik an Vaihingers Werk stehen kann, richtet sich gegen diese universale Funktion der Fiktion: *"Wenn alle Theorie Fiktion ist, so ist auch die vorgeblich absolute Wahrheit des Faktischen nicht zu retten, da alles Faktische bereits Theorie ist. (...) Denn die Wahrheit als gültige Relation besitzt freilich nicht die Wirklichkeit eines Einzeldinges oder einer Einzelempfindung. Das eigentliche Gegenglied zur Empfindung dürfte somit, - sofern man die Einteilung in dieser Form überhaupt als zutreffend ansieht - nicht die Fiktion, sondern die Relation überhaupt bilden, deren eigentümliche Geltung oder Nicht-Geltung es nunmehr erst nach anderen und neuen Kriterien zu bestimmen gilt. Hat man einmal eingesehen, daß jeder wahre Begriff und jedes wahre Urteil als unwirklich im Sinne des "kritischen Positivismus" zu bezeichnen ist, so ist man vor der Gefahr geschützt, alles Unwirkliche darum für unwahr zu halten."*¹⁹⁷ Der Verzicht auf Wahrheitsansprüche im Werke Vaihingers ist nicht so radikal, wie es scheint, da ja aus der Dekonstruktion des Wahrheitsanspruch beschreibender Tätigkeit ein Geltungsanspruch unter dem Aspekt erfolgreichen Handelns hervorgeht. Das System des *idealistischen Positivismus*, wie er von Vaihinger formuliert wird, versucht die Handlungsfähigkeit zu sichern, obschon *"auch alle scheinhaften Inhalte nicht mehr vom Bewußtsein befreit würden"*, indem die Einsicht in die rationale Unbegründbarkeit des Handelns mit der Einsicht in die praktische Orientierungsleistung und Zweckgerichtetheit unser Vorstellungen verbunden wird. Es wird noch

¹⁹⁵ „Obgleich die Philosophie des Als-Ob fast resignativ die Theorie vom unentrinnbaren Ausgeliefertsein an die Fiktionen vertritt, ist ihre Grundlage jedoch immer die mitgedachte Realität, deren Struktur Vaihinger offensichtlich zu kennen glaubt, da er sonst die Abweichung von ihr durch Fiktionen gar nicht hätte präzis bestimmen können.“, Norbert Schneider, *Erkenntnistheorie im 20. Jahrhundert*. Klassische Positionen, Stuttgart 1998, S. 41. Hierbei handelt es sich um ein Argument gegen den Fiktionalismus und den Konstruktivismus, der bereits als Topos bezeichnet werden kann.

¹⁹⁶ Ernst Cassirer, *Erkenntnistheorie nebst Grenzfragen der Logik* (1913), in: *Erkenntnis, Begriff, Kultur*, Hamburg 1993.

weiter unten zu zeigen sein, daß dies nicht zu einer Entschärfung, sondern zu einer Verschärfung der Wahrheitsfrage führt. Obwohl das primäre Ziel der *Philosophie des Als-Ob* in der Beantwortung der Frage nach der praktischen Anerkennungsfähigkeit von widerspruchsvollen Annahmen liegt, bricht die Konstruktion der *Philosophie des Als-Ob* ab, bevor weiteres über die Erreichbarkeit der vorgestellten Zwecke gesagt wird. Es bleibt unbestimmt, wie die Verbindung von Vorstellung und Wirklichkeit wieder herzustellen ist, weil Vaihinger diese Frage durch den evolutionären Erfolg der Menschen letztlich schon beantwortet sieht. Die Trennung zwischen theoretischer Suspension und praktischer Anerkennung zielt ja letztlich auf einen pragmatischen Geltungsbegriff, der jedoch unausgefüllt bleibt, da er eben einen negativen Rest enthält, der durch ein Provisorium gesichert wird: *"Die logische Funktion substituiert den noch unbekanntem einzig richtigen Gebilden provisorisch solche, denen keine Wirklichkeit unmittelbar entspricht. (...) Solange solche Fiktionen ohne das Bewußtsein, daß sie solche sind, aufgestellt werden, als Hypothesen, sind sie eben falsche Hypothesen; einen eigentlichen Wert erhalten sie erst durch das Bewußtsein, daß sie absichtlich vorläufig gebildete Vorstellungsformen sind, welche einst einem besseren und natürlicheren Systeme Platz machen sollen. Die bewußte Abweichung von der Wirklichkeit soll die Erreichung der letzteren vorbereiten."*¹⁹⁸ Dabei droht nach Vaihinger eigentlich nur die Gefahr der Selbstüberhöhung. Vaihinger setzt sich das Ziel der Selbsterziehung des Menschen, indem er den Abbildungsgedanken und den Glaube an die Objektivität der Welterfahrung als unnötige Vorstellungen verwirft. *"Der eigentlich größte und wichtigste Teil der menschlichen Irrtümer entsteht dadurch, daß man die Wege des Denkens für die Abbilder der realen Verhältnisse selbst nimmt."*¹⁹⁹ Der Gefahr von Glaubens- und Bewertungskriegen durch diese Identifikation soll vorgebeugt werden durch den Hinweis auf die bloße Fiktionalität unseres Denkens und darauf, daß *"das subjektive Denken ganz andere Wege als das objektive Geschehen macht."*²⁰⁰ Nimmt man das Motiv aufklärerischer Streitentschärfung zum Ziel der *Philosophie des Als-Ob*, so mag man jedoch die Vergeblichkeit des Vaihinger'schen Entwurfes annehmen. Denn der Streit um die Wahrheit wird nach dem System Vaihingens durch den Streit ersetzt, welche Fiktion zweckmäßiger sind. Inwieweit die Auseinandersetzung um nützliches Handeln weniger dogmatisch als der Bilder- bzw. Universalienstreit geführt werden kann, ist ein Versprechen, dessen Einlösung noch aussteht. Der pragmatische Geltungsbegriff ist insofern utopisch,

¹⁹⁷ Cassirer, a.a.O., S. 57.

¹⁹⁸ Vaihinger, a.a.O., S. 27.

¹⁹⁹ Vaihinger, a.a.O., S. 11.

als er ja allein auf die zukünftige Bestätigung durch den Erfolg im Handeln abstellt. Allerdings darf bei der Theorie Vaihingers nicht übersehen werden, daß er letztlich das Paradox von grundsätzlicher Differenz zwischen Denken und Sein und der ständigen Vereinbarkeit von Denken und Sein nicht auflöst. Vaihinger wehrt sich gegen die Vorstellung von der Teleologie des Weltgeschehens, da insoweit der Welt nur eine weitere Fiktion hinzugefügt würde. Vaihinger fügt der Welt keine weitere Fiktion hinzu, vielmehr beseitigt er durch seine Konzeption letztlich die erkenntnistheoretischen Fiktionen, indem er sie positiviert. Der Hinweis auf die Verwendbarkeit der Fiktionen und ihre Rechtfertigung für Theorie und Praxis ordnet sie in den Bereich möglicher Handlungs- oder Ermächtigungsgrundlagen ein. Als Handlungsgrundlagen schaffen sie Empfindung und Wirklichkeit, und in dieser pragmatischen Konsequenz verlieren diese Vorstellungsgebilde ihren fiktiven Charakter. Obschon seine Systematik ohne eine Universalisierung der Fiktion nicht auskommt, genügt gerade die Universalisierung nicht dem Anspruch, eine grundlegende Fundamentalismuskritik zu bilden. Vaihinger stellt zwar heraus, daß unsere Vorstellungsgebilde der Wirklichkeit nicht entsprechen oder gar widersprechen, geht aber davon aus, daß sie, soweit sie überlebt haben, durch die biologisch-evolutionäre Grundlage des Denkens bestätigt wurden. Dieser Verweis auf die evolutionäre Bestätigung und die biologische Bewährung der Vorstellungsgebilde positiviert das negative Tatbestandsmerkmal des Fiktionalismus und hebt es somit auf. Ich hatte einleitend darauf hingewiesen, daß jede *Philosophie des Als-Ob* in der Nähe einer *Philosophie des Noch-Nicht* steht. Vaihinger bezieht diese Form des *Noch-Nicht* ausschließlich auf Hypothesen, von denen er ausgeht, daß ihre Vorstellungsgebilde „*einst einem besseren und natürlicheren System Platz machen sollen.*“²⁰¹ Die Fiktion als Vorstellungsgebilde hat sich im Gegensatz zur Hypothese evolutionär bestätigt. Dadurch hebt Vaihinger den Verweis auf die Inadäquanz der Vorstellungen naturalistisch auf. Allein durch das Gesetz der Ideenverschiebung vermag Vaihinger den Moment der Asynchronie wiederum auf Fiktionen zu beziehen, in dem er klarstellt, daß Fiktionen *noch* keine Hypothesen und *noch* keine Dogmen sind. Vaihinger erzeugt so eine schillernde Theorie, deren Bestimmungen zwischen Fiktion und Dogma, evolutionärer Bestätigung und pragmatischem Versprechen hin und her pendeln, und ob derer Doppeldeutigkeit man sich nie sicher ist, ob eigentlich die Kritik an der Selbstüberhöhung des Menschen oder die Legitimation der evolutionär vorgebrachten Vorstellungsgebilde überwiegt.

²⁰⁰ Vaihinger, a.a.O., S. 11.

²⁰¹ Vaihinger, a.a.O., S. 27.

(2) Es stellt sich mithin die Frage, ob mit der Weiterentwicklung Vaihingers Fiktionalismus zum Konstruktivismus weitere Kriterien zur Instrumentalisierung der Fiktion ausgearbeitet wurden. Vaihingers Systematik, in der sensorisches Empfinden einer Instanz der Vorstellungsgebilde gegenübergestellt wird, ist durch neuere neurophysiologische Erkenntnisse zugunsten einer synthetischen Kognitionslehre durchbrochen worden. Das heißt, daß jede mentale Konstruktion von Empfindungen durchsetzt ist, so wie jede Empfindung von gedanklichen Konstruktionen durchsetzt ist. Die neueren Kognitionslehren betonen daher die Verbindung von Logos und Pathos der Wahrnehmung, indem sie von vornherein ihr Augenmerk auf die Affektenlogik des Urteils abstellen. Das konstruierte bzw. fingierte Weltbild fußt nicht nur auf Funktionen, sondern auch auf Affektionen. Greifbar wird diese Verschränkung zum Beispiel im Phänomen der vergifteten Atmosphäre, einer Situation, in der auf besondere Weise die gesamte Wahrnehmung durch eine geführte Auseinandersetzung geleitet wird und diese scheinbar immer wieder bestätigt. Der Vergleich zur Verschränkung von Logos und Pathos liegt darin, daß sich ein bestimmter Begriff in ein vages, unbestimmtes Hintergrundgefühl verwandelt, das wiederum die Aufnahme neuer Eindrücke und Fassung neuer Begriffe bestimmt. Das Sujet der Wahrnehmung durchscheint den Stil der Wahrnehmung, und der Stil der Wahrnehmung durchscheint das Sujet. Dies hat Auswirkungen auf die Unterscheidungen, die Hans Vaihinger seiner *Philosophie des Als-Ob* zugrundegelegt hat, ohne freilich die Grundvoraussetzung der Unterscheidung zwischen Innenwelt und Außenwelt aufzugeben. Da sowohl Empfindungen als auch logische oder symbolische Konstrukte bei der Konstitution der inneren Bilder wirksam werden, kann die Gleichung von Vaihinger: *Empfindung = Wirklichkeit und Symbolische Konstrukte = Unwirklichkeit* aus der eigenen neurophysiologischen Grundlage heraus nicht ohne weiteres aufrechterhalten werden. Die Unterscheidungen Hans Vaihingers leiden unter einer Zweideutigkeit der Vorstellungsgebilde. Hans Vaihingers Forderung, Empfindung von Vorstellungsgebilden zu unterscheiden, läßt sich insoweit der Vorwurf der Inkonsequenz machen, da empirisch-psychische Entitäten mit sprachlich-logischen Entitäten auf der methodologischen Ebene unzulässig vermengt werden. Diese Vermengung kann darin gesehen werden, daß die Trennung methodologisch aufgehoben wird, wenn sie auf einer Analogieinterpretation der logischen Konstruktionen zum neurophysiologischen System basiert.²⁰² Der frühe Fiktionalismus bei Hans

Vaihinger hat sich inzwischen zum radikalen Konstruktivismus entwickelt, insofern sich vor allem die Vertreter dieser Richtung auf Vaihinger als einen ihrer Ahnherren beriefen. Aus der Vertiefung der neurophysiologischen Forschung lassen sich weitere Argumente für das Verhältnis von empirischer Welterfahrung zur symbolhaften Weltkonstruktion ableiten. Die Argumentationsform der Fiktion übt im Konstruktivismus und in Bezug auf die Vermittlung und Synthese von innerem Weltbildapparat und externalisierten Formulierungen eine ebenso zentrale Funktion aus, wie in der Theorie Vaihingers. Im Konstruktivismus wird das Fingieren nicht mehr nach seiner Legitimität befragt, da der Abschied von der Abbildtheorie der unhintergebar Ausgangspunkt ist. Die Grundlage der synthetischen Erkenntnistheorien und insbesondere des radikalkonstruktivistischen Fiktionalismus ist, daß wir unsere Außenwelt als Außenwelt nicht erreichen können. Wir können uns nicht bewußt machen, daß es Gegenstände außerhalb unseres Bewußtseins gibt, denn das hieße, einen Gegenstand zu denken und ihn nicht zu denken. Obschon der Konstruktivismus der Fiktion eine zentrale Stellung in seiner Argumentation einräumt, kehrt er jedoch die zugrundegelegte neurophysiologische Argumentation in einigen wesentlichen Punkten um. Auch wenn Vaihinger stets als einer der Vorläufer des radikalen Konstruktivismus bezeichnet wird, fußt der konstruktivistische Fiktionalismus auf anderen naturwissenschaftlichen Prämissen. Die Trennung zwischen der Wirklichkeit des Menschen und dem negativen Rest „da draußen“ wird im Vergleich zu Vaihingers Unterscheidung zwischen Empfindung und Vorstellung einen Schritt vorverlegt, noch vor die Sinnesrezeptoren des Organismus. Der radikale Konstruktivismus sieht darin eine Dichtung - nicht eine unzulässige Vermengung - der unhintergebaren Trennung von Empirie und logisch-sprachlichen oder bildlichen mentalen Konstruktionen. Daraus folgt der von Heinz von Foerster aufgestellte Satz: "*Die Welt draußen können wir nur erfinden, nicht entdecken.*" Die Fiktion erhält letztlich die Aufgabe, die nicht erreichte Welt für unsere Vorstellungen zu gewinnen. Gerhard Roth und Michael Stadler haben vorgeschlagen, zwischen der vom Menschen konstruierten Wirklichkeit und der Realität zu unterscheiden, wobei die Realität den Bereich bilde, worüber man nicht sprechen könne. So wenig, wie man nach Aussage des radikalen Konstruktivismus in die Welt da draußen einbrechen kann, kann man aus der Sprache ausbrechen. Hier hat sich tatsächlich die Realität zu dem negativen Wert gewandelt, den einst die Fiktion bildete. Tatsächlich ist das Fiktive in den Theorien des radikalen Konstruktivismus die Wirklichkeit des Menschen, während die Realität „da draußen“ unwirklich und

202 Walter Zitterbarth, *Erkenntnistheorie und Repräsentation*; bezieht diese Kritik auch auf den radikalen Konstruktivismus, in: Fischer (Hrsg.), *Die Wirklichkeit des Konstruktivismus. Zur Auseinandersetzung um ein neues Paradigma*, Heidelberg 1995, S. 98.

unbesprochen ist. Wie verhält sich die Denkform der Fiktion zur Konstruktion des Gehirns? Und wie verhält sich dazu die Unterscheidung von Wahr und Falsch? Die Gehirnforschung hat verschiedene Merkmale der Konstruktion herausgearbeitet, die nicht als Analogieinterpretation zwischen Vorstellung und Physiologie zu verstehen sind, sondern als konkrete Beschreibungen davon, wie Sinneseindrücke rezipiert und verarbeitet werden. Es entbehrt daher kaum der Ironie, dass gerade der radikale Konstruktivismus eine äußerst präzise Beschreibung des Gehirnaufbaus leistet, die auf der Beobachtung von Meßinstrumenten und fremder Gehirne, nicht des eigenen, basiert. Die Gehirne, über die der radikale Konstruktivist schreibt, gehören zur Außenwelt. Der konstruktivistische Ansatz unterscheidet sich insoweit von der Vaihinger'schen *Philosophie des Als-Ob*, als er empirisch Apperzeption beschreibt und darin Merkmale feststellt, wie sie auch aus poetischer-sprachlicher Seite für den Akt des Fingierens herausgearbeitet wurden.²⁰³ Die Qualität der Fiktion fußte bei Vaihinger noch auf einer instrumentalistischen Analyse, die sich auf die Feststellungen von Widersprüchen innerhalb der Gesamtheit von theoretischen Beschreibungen der Welt beschränkte. Da solche Widersprüche vorhanden waren, müsse, so schloß Vaihinger, der Weltzugang fingiert sein. Weitere Aussagen über die Korrelationen zwischen Umweltereignissen, Sinnesrezeptoren und kognitiven Gehirnzuständen finden sich in der Analyse Vaihingers nicht. Daher macht Vaihinger auch keinerlei weiteren Aussagen über die Relation von Vorstellungsbildern zu empirischen Daten. Als der wichtigste Unterschied im Vergleich zu Vaihingers Prämissen ist mit dem heutigen Stand der Gehirnforschung davon auszugehen, daß die von Horwicz und Vaihinger zugrundegelegte Theorie der *Uniformität des Erregungsprozesses* verabschiedet wurde, zugunsten des *Prinzips der getrennten Erregungsverarbeitung*. Es gibt eben keine identische Anatomie und Physiologie der Nervenfasern, auf denen sich das Reflexbogenschema von Horwicz begründen ließe. Es gibt beim Menschen auch nicht das Prinzip spezialisierter und hoch differenzierter Ereignisdetektoren, sondern das Prinzip weniger Breitbandrezeptoren. Denen ist ein differenziertes kombinatorisch-auswertendes System nachgeschaltet. Damit fällt die instrumentalistische Argumentation Vaihingers, die das Denken als unmittelbare Einwirkung von außen, innere Verarbeitung und Wirkung nach außen beschreibt, weg.²⁰⁴ Die Annahme, im Gehirn beginne und ende nichts, keine Empfindung sei ohne Bewegung,

²⁰³ Vgl. vor allem die Merkmale des Fiktiven: *Isolation, Kombination* und *immanente Relation* bei Wolfgang Iser und bei Gerhard Roth. Dazu: *Wolfgang Iser, Akte des Fingierens*, Was ist das Fiktive im fiktionalen Text? in: Henrich/Iser (Hrsg.), *Funktionen des Fiktiven*, München 1983, S. 119 ff. Sowie: *Gerhard Roth, Das Gehirn und seine Wirklichkeit*, Frankfurt a.M. 1998, S. 75 (*Kombination*); S. 115 ff. (*Isolation*); S. 261 f. (*immanente Relation*).

²⁰⁴ Vgl. dagegen Roth: *"Dies alles resultiert in einem parallel-konvergent-divergenten System der Informationsverarbeitung, die sich in schlichten Zahlen widerspiegelt: Das menschliche Gehirn erhält etwa drei bis vier Millionen Nervenfasern aus der*

kann nicht mehr zur Grundlage der Bedeutungsfelder von Abbildung und Handlung gemacht werden. Bei Vaihinger wird auf dieser Grundlage noch konkretisiert, welche Funktion dem Akt der Fingierens bei der Verarbeitung von Information im Gehirn zukommt. Vaihingers enge Verknüpfung von Empfindung und Bewegung konnte er für die Theorie des Fiktionalismus nur so einsetzen, indem er die Unterscheidung zwischen theoretischer Abbildung bzw. Beschreibung einerseits und Handeln andererseits einführte. Damit ist die Funktion des Fiktiven eben auf den Bereich der Theorie beschränkt, während im Handeln die enge Verknüpfung von Empfindung und Bewegung kein Verständnis der Fiktionalität zuläßt. Nach dem Konstruktivismus wird die sinnliche Erfahrung nach Modalität, Qualität, Intensität, Zeitstruktur sowie Ort abgesondert. Das heißt, daß die Empfindung der Intensität (Dunkelheit, Helligkeit, Lautstärke) über die Frequenz im Gehirn auf unterschiedlichem Wege codiert wird, wie die Zeitstruktur und Dauer eines Reizes. Modalitäten (Sehen, Hören) und Qualitäten (Farbe, Tonhöhe) werden über das Prinzip der getrennten Verarbeitungsbahnen und Verarbeitungsorte codiert. Farben und Formen nehmen getrennte Verarbeitungswege im Hirn.²⁰⁵ Damit werden voneinander abgesonderte Primärinformationen geschaffen, die keine Einheit bilden. Die Wahrnehmung basiert auf den Unterscheidungen bei der Aktivität der breitbandigen Rezeptoren, die in einen Einheitscode übersetzt werden, um für das Gehirn auswertbar zu sein. Um die Bestimmtheit der Reizeinwirkung gleichwohl zu bewahren, ist ihre Bedeutung durch Relation bestimmt, d. h. durch den relativen Ort und die relative Zeit des neuronalen Ereignisses. Das Vaihingersche Merkmal der Selbstwidersprüchlichkeit wird im Konstruktivismus durch die Merkmale von Isolation, Relation und Kombination ersetzt. Dabei stellt sich die Frage, ob und wie diese Kriterien auf die Unterscheidung von Adäquanz und Inadäquanz der Vorstellungsgebilde bezogen werden können. Eine Entsprechung innerer Bilder zur äußeren Wirklichkeit/Wahrheit kann durch die Beschreibung der Apperzeptionsprozesse nicht gewährleistet sein. Wir können uns nur auf dem Weg zu dem unerreichbaren Ziel Wahrheit durch immer neue Enttäuschungen aufklären lassen. Es besteht stets die Möglichkeit des Fehlbezuges zur Welt. Erst dieser Aspekt des möglichen Fehlbezuges und der Täuschbarkeit des Menschen hatte anschaulich gemacht, daß seine Welt im Kopf entsteht und daß aller Entsprechung der Wahrnehmung doch immer eine Übersetzungleistung zugrundeliegt, die dem

Peripherie; dagegen sind es zwischen 100 Kiliarden und 1 Billionen zentrale Neuronen, welche die einlaufende Aktivität auswerten. Das heißt, nur ein verschwindend kleiner Teil der Gesamtaktivität des menschlichen Gehirns, nämlich etwa nur ein Hunderttausendstel, kommt aktuelle von den Sinnesorganen. Alles andere wird vom Gehirn an interner Information hinzugetan."; Gerhard Roth, a.a.O., S. 126.

²⁰⁵ Beschreibung nach Gerhard Roth, *Konstruktivität des Gehirns*: Der Kenntnisstand der Hirnforschung, S. 51 f, in: Fischer (Hrsg.), a.a.O., S. 47 ff.

Verdacht des *“traduttore traditore”* ausgesetzt ist.²⁰⁶ Dieser Verdacht ist wohl neben der Bedeutungsüberschneidung der Begriffe der Konstruktion und der Fiktion, daß wir nicht von Übersetzungsleistung, sondern von Täuschung und Enttäuschung sprechen. *“Erfindung hat schließlich auch die Bedeutung von Falschheit oder Fiktion und steht im Gegensatz zu Wahrheit oder Tatsache. Natürlich müssen wir Falschheit und Fiktion von Wahrheit und Tatsache unterscheiden; aber ich bin mir sicher, daß wir dies nicht auf der Basis tun können, daß Fiktionen erfunden und Tatsachen gefunden werden.”*²⁰⁷ Es ist sicherlich denkbar, die konstruktive Leistung des Gehirns als einer fingierenden Leistung und die Wahrheit nicht als Gegensatz aufzufassen. Aus der Nichtentsprechung zur Wahrheit wird im Konstruktivismus nicht auf die Nichtwirklichkeit der äußeren Welt geschlossen, wie dies die theologischen Unterscheidung zwischen Konstruktion/Fiktion/Erfindung und Lüge einerseits und Wahrheit andererseits nahelegt und wie dies sowohl in Kritiken am Konstruktivismus als auch in den gewählten Formulierungen der Konstruktivisten ab und zu aufleuchtet. So heißt es in einem Text des radikalen Konstruktivisten Gerhard Roth, *“Größe und Gestalt sei nichts, was der Realität zukommt.”* Zur Außenwelt könne keine wie auch immer geartete Form der Entsprechung hergestellt werden, da kognitive Systeme wie das Gehirn geschlossen seien: *“Eine Erscheinung runder Gestalt ist nicht als rundes Gebilde auf der Netzhaut vorhanden. Es sind nur Nervenzellen, die feuern, und es ist bloß unsere Vorwissen, das daraus eine runde Gestalt macht.”*²⁰⁸ Die Grundunterscheidung von Adäquanz und Inadäquanz ist gleichwohl auch auf Grundlage des Konstruktivismus anwendbar, also auch, wenn man dem Begriff der Wahrheit den der Wirksamkeit entgegengestellt. Letztlich ist mit der Idee des radikalen Konstruktivismus nicht nur die wahre, sondern auch die scheinbare Welt abgeschafft. Anknüpfend an das von Roth genannte Beispiel wird man niemals sagen können: *“Eine Erscheinung roter runder Gestalt wie Ampellicht ist nicht als rote Ampel auf meiner Netzhaut vorhanden. Also gibt es keine Wirklichkeit der roten Ampeln, es sind bloß Nervenzellen, die feuern.”* Spätestens, wenn es zum Verkehrsunfall kommt, wird man gezwungen sein, meinen Täuschungsverdacht gegen die Sinnesrezeptoren zu substantiieren. Kein Vertreter des Konstruktivismus bestreitet, daß gewisse Konstruktionen sich bewähren und andere nicht. Selbst wenn innere Vorstellungen nicht unmittelbar mit der äußeren Welt korrespondieren, so lassen sich die

²⁰⁶ Von Wahrnehmungstäuschungen, Nüse, a.a.O., S. 2. Zum radikalen Konstruktivismus: Hans Geißlinger, *Imagination der Wirklichkeit*. Experimente zum radikalen Konstruktivismus, Frankfurt a.M. 1992.

²⁰⁷ Nelson Goodman, *Weisen der Welterzeugung*, Frankfurt a.M. 1995, S. 114.

²⁰⁸ Gerhard Roth, *Das Gehirn und seine Wirklichkeit*. Kognitive Neurobiologie und ihre philosophischen Konsequenzen, Frankfurt a.M. 1997.

Vorstellungen des Gehirns nicht ohne weiteres in die Kategorie des Falschen einordnen. Es läßt sich auch nicht einfach der Schluß ziehen, den Tatbeständen entspräche nichts in der Wirklichkeit. Inadäquanz ist ein unzureichendes epistemologisches Kriterium für die Beschreibung der Wechselwirkung zwischen Eindrücken und Reaktionen. Die gilt auch für den Begriff der Adäquanz. Erst ihr Nebeneinander in der Form der Analogie beschreibt diese Wechselwirkung. Ohne Verstoß gegen die Regel *tertium non datur* stellt sich der innere Weltbildapparat als Modalität neben den Kategorien wahr/falsch dar, eben weil es sich um ein Medium handelt und weil er mit Analogien arbeitet. Auf die Unterscheidung zwischen wahr und falsch kann auch unter radikal-konstruktivistischen Vorzeichen nicht verzichtet werden. Wir haben den Verdacht gegenüber dem Übersetzer "Gehirn" nicht nur im Hinblick auf die Zwecke, wie die der Überlebessicherung billigend in Kauf zu nehmen. Das *tertium comparationis* der Synthetisierungsleistung der Fiktion ist im Konstruktivismus das Gedächtnis mit den Vorgaben, wie man in welcher Situation zu reagieren hat. Tatsächlich stellen wir laufend gleichen Symbolgebrauch fest. Eine Art und Weise des Symbolgebrauchs setzt sich gegenüber einer anderen durch. Diese Durchsetzung des Symbolgebrauchs ist die Vorstufe zur Verwirklichung des Symbols. Hier wird der Aspekt kultureller Selbstbeschreibung relevant. Die Wahrnehmung der Welt kann durch das Sinnesorgan Gedächtnis (Roth) unterbestimmt oder überbestimmt sein. Die Unterbestimmtheit der Wahrnehmung kommt in Kants Satz "*Das unschuldige Auge ist blind*" zum Ausdruck, während die Überdeterminiertheit in dem Satz "*Liebe macht blind*" deutlich wird. Zwischen Unschuld und Liebe liegt jedoch stets ein Kontingent sinnhaft wahrnehmbarer Welten, so daß wir immer in einer *Mehrzahl von Welten* leben.²⁰⁹ Insofern von der Welt des Hassenden, des Kindes, des Feinmechanikers oder des Hutmachers zu sprechen ist aber keine Metapher, da eben der Sinneseindruck aus der Welt und die Vorstellung von der Welt aufeinander bezogen sind, und da wir über unterschiedliche kognitive Stile²¹⁰ verfügen, die Maturana in *konsensuelle Bereiche* einteilt. Diese Bereiche haben jeweils Grenzen und Rückseiten, an denen die anderen Bereiche beginnen. Freilich spricht man dann von der Welt nicht mehr als das Ganze des Raum/Zeit Gerüstes, daß uns umgibt, sondern als das Raum/Zeit/Urteil Gerüst von mindestens zwei Menschen, die in der Kommunikation feststellen, daß

²⁰⁹ Neben philosophischen Vorgängern wie Leibniz Theorie der Vielansichtigkeit des Gegenstandes vgl.: *William James, Die Wahrnehmung der Wirklichkeit* (1869), in: *Principles of Psychology*, New York 1959, S. 283 ff.; als Nachfolger: *Alfred Schütz/Thomas Luckmann, Die Aufschichtung der Lebenswelt*, in: *Strukturen der Lebenswelt*, Neuwied/Darmstadt 1975. Vgl. dazu: *Berger/Luckmann (Hrsg.), Die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit*, Frankfurt a.M. 1969.

²¹⁰ *Erving Goffman, Rahmen-Analyse: Ein Versuch über die Organisation von Alltagserfahrungen*, Frankfurt a.M. 1993, S. 19.

sie die gleichen Symbole gebrauchen. Der übereinstimmende Symbolgebrauch weist darauf hin, daß wir das Gedächtnis vor allem als Symbolgedächtnis verstehen sollen. Die eigenartige Konsequenz der Argumentation des radikalen Konstruktivismus liegt darin, daß wir die Beschreibung der Wirklichkeit auf den konsensuellen Bereich des Symbolgebrauchs und so aus einer ex-ante Sicht wieder auf die Außenwelt beziehen müssen. Das Gedächtnis hat die Grundlage für die Entscheidung zu liefern, ob ich in einer Situation so reagieren soll, wie ich es das letzte Mal bei vergleichbaren Sinneseindrücken gemacht habe. In Anlehnung daran, daß Horwicz die kleinste Wahrnehmungssituation als *Empfindung* ->*Bewegung* ->*Empfindung* beschreibt, läßt sich die Konstruktion der Welt als eine kontinuierliche Kette von ...*Reiz*-->*Symbolgebrauch*-->*Reiz*-->*Symbolgebrauch*... beschreiben. Man muß sowohl Hilary Putnams Diktum „*Bedeutungen stecken nun mal nicht im Kopf*“²¹¹ als auch Bazon Brocks Diktum "*Bedeutungen stecken nicht in den Dingen, wie der Keks in einer Schachtel*"²¹² kombinieren und sagen: "*Bedeutung entspricht, jemanden einen Keks in den Mund zu stecken.*" Ein Bezug zur Außenwelt läßt sich feststellen, wenn Symbole wirksam gebraucht und in den Handlungsfluß des konsensuellen Bereiches eingereicht werden können. Entsprechend der pragmatischen Wurzel lautet das Wahrheitskriterium des Konstruktivismus "*Erfolg im Symbolgebrauch*",²¹³ und daher müssen die Vorstellungsgebilde daraufhin gedacht werden, wie sie externalisiert werden. Letztlich verschärft der radikale Konstruktivismus daher die Wahrheitsfrage zur Wirksamkeitsfrage, statt sie zu entschärfen. Die Form der Wirksamkeit des Symbolgebrauchs muß für eine Theorie des Fiktionalismus ungeheuer attraktiv sein. Insoweit ist es von verschiedenen Richtungen aus zu dem Vorschlag gekommen, den "*Menschen als Sensor der Wirklichkeit*" (Ciampi) zu verstehen. Der radikale Konstruktivismus tendiert dazu, sich als Lösung zentraler philosophischer Wahrheitsfragen zu verstehen. Insbesondere das aufklärerische Motiv des Abschieds von dem Dogma der Wahrheit und die Umorientierung wissenschaftlichen Handelns in Richtung Nützlichkeit und bloße Erfolgskriterien bilden dabei meist die idealistische Grundlage des Konstruktivismus.

"Eine wichtige Konsequenz dieser Empirie-Konzeption liegt darin, daß Wissenschaft radikal menschenbezogen konzipiert wird. Denn wenn die Idee der Erkennbarkeit einer absoluten Wirklichkeit ihren Sinn verliert, kann das Streben nach absoluter Wahrheitserkenntnis nicht mehr als

²¹¹ Hilary Putnam, *The Meaning Of >Meaning<*, in: *Philosophical Papers*, Bd. 2: *Mind, Language and Reality*, Cambridge 1975, S. 227.

²¹² Bazon Brock, *Wie entsteht Bedeutung?* in: *Besucherschule d6/d7*, Kassel 1982, <http://www.brock.uni-wuppertal.de/Schriften/AGEU/Bedeutu1.html>

²¹³ Die radikalkonstruktivistische Argumentation ist hierbei insbesondere von Humberto Maturana geprägt, wonach Kognition in "*Wirklichkeit die Realisierung der Autopoiese des lebenden Systems in einem Medium*" sei. Kognition sei "*erfolgreiches*

Legitimation wissenschaftlicher Tätigkeit dienen. Vielmehr muß sich jede Forschungstätigkeit in jedem Falle hinsichtlich ihres Nutzens für menschliches Leben ausweisen."²¹⁴ Das Dilemma liegt darin, daß der radikale Konstruktivismus das Gedächtnis zur Einheit der Wahrnehmung macht und andererseits als Argumentationsform neben der Fiktion die Figur der Nützlichkeit zulassen will. Nützlichkeit ist selbst ein Dispositionsprädikat, ein noch nicht eingelöstes Versprechen, das gegenwärtig und durch das Gedächtnis nicht überprüfbar und daher auch nicht widerlegbar ist. Man kann allenfalls auf das Gedächtnis als Indiz zurückgreifen, muß dann aber unterstellen, daß der aktuelle Sachverhalt den bisherigen Erfahrungen entspricht und diese fortsetzbar sind. Kann sich wissenschaftliche Tätigkeit durch Nützlichkeit legitimieren? Im Konstruktionsbegriff liegt zugleich eine Form der Anschauungsresistenz, die den Menschen zum Souverän der Wirklichkeit werden läßt. Insoweit besteht kein Unterschied zum Dogma der Wahrheit. Indem Erkenntnis nicht mehr als Einsicht in die Dinge, sondern als Aussicht auf den Erfolg beschrieben wird, beantwortet unsere Erkenntnis nicht die Frage, die Sachverhalte an uns stellen, sondern verantwortet die Durchsetzung und Verwirklichung der eigenen Antwort. Wir werden oft Zeuge, daß Beschreibungen und Begründungen unabhängig von äußeren Tatbeständen unser Verhalten bestimmen können und die soziale Wirklichkeit gestalten. Oft genug lösen sich Anschauung und Begriff, Konstruktion und empirische Daten. Damit taucht eine Ambivalenz dieses Richtungs- bzw. Zeitwechsels des Bezuges zur Außenwelt auf. Ist die Gültigkeit einer überzeugenden Beschreibung im gewissen Maße von den bisherigen Erfahrungen unabhängig, andererseits aber im Symbolgebrauch verwirklicht, dann müssen die Möglichkeiten der Wirksamkeit von Beschreibungen genauer fokussiert werden. Überzeugungen haben im Gegensatz zum Zweifel die Eigenschaft, unser Handeln zu bestimmen. Regulative Ideen tendieren zu konstitutivem Charakter, weil sie das Handeln bestimmen und institutionalisierbar sind. Wie Hans Vaihinger in seiner Schrift "*Ist die Philosophie des Als-Ob Skeptizismus?*" ausgeführt hat, dienen die theoretischen Entwürfe des Fiktionalismus gerade nicht der Bezweiflung eines Urteils, sondern der Möglichkeit, an einem irrigen Urteil festzuhalten, da der Irrtum im Hinblick auf Zweck X notwendig sei. Auch der Konstruktivismus tendiert dazu, den *disbelief* in ein *belief* zu verwandeln und Vorstellungsgebilde gegenüber empirischen Daten

Operieren eines lebenden Systems“; H.R. Maturana, *Kognition*, in: Schmidt (Hrsg.) *Der Diskurs des Radikalen Konstruktivismus*, Frankfurt a.M. 1994, S. 93.

²¹⁴ Siegfried J. Schmidt, *Der radikale Konstruktivismus: Ein neues Paradigma im interdisziplinären Diskurs*, in: ders. (Hrsg.), *Der Diskurs des Radikalen Konstruktivismus*, Frankfurt a.M. 1987, S. 38.

abzuschirmen.²¹⁵ Dies läßt sich an der Popularität der Figur der *selbsterfüllenden Prophezeiungen* im Zusammenhang mit der Argumentationsform der Fiktion nachweisen. Eine sich selbst erfüllende Prophezeiung ist eine Annahme oder Voraussage, die rein aus der Tatsache heraus, daß sie gemacht wurde, das Ereignis zur Wirklichkeit werden läßt, die ihre eigene Richtigkeit erst hervorbringt (*Watzlawick*). Sie ist als Vorhersage die einzige Ursache des Vorhergesagten. Die Vorstellung der selbsterfüllenden Prophezeiung - der Begriff wurde im Kritischen Realismus von Popper geprägt - taucht regelmäßig in den Schriften des radikalen Konstruktivismus als Aufweis für den Mechanismus der Selbstorganisation kognitiv geschlossener Systeme auf. Die konstruktivistische Sozialpsychologie behandelt diese Figur als sogenannten *Pygmalion-Effekt*.²¹⁶ Als Beispiel einer selbst erfüllenden Prophezeiung sei ein von Titus Livius geschildertes Ereignis der römischen Geschichte angeführt.²¹⁷ Um 340 v. Chr. treten die Römer unter den beiden Konsuln Publius Decius Mus und Titus Manlius bei Capua zur entscheidenden Schlacht gegen die Latiner an. Beiden Konsuln wird im Traum prophezeit: Jenes Heer siegt, dessen Feldherr sich den unterirdischen Göttern und der Mutter Erde opfert. Beide Feldherren des römischen Heeres beschließen, sich dem Rat der Götter zu beugen. Als der Halbflügel des Decius Mus während der Schlacht in Bedrängnis gerät, opfert sich dieser durch den gesuchten Tod in der Schlacht. Den zuvor noch bedrängten Soldaten seines Heerflügels gelingt es anschließend, die Latiner zu überwinden. Der Verlauf der Ereignisse wurde dadurch gestützt, daß die Soldaten vorher über den Ratschluß der Götter informiert wurden. Im Anblick des Todes ihres Feldherren glaubten sie motiviert an den unbedingten Sieg, so daß die Prophezeiung sich wohl selbst erfüllte. Das Phänomen der wirksamen Voraussage könnte so sicherlich zur Grundlage eines radikalpragmatischen Empirismus gemacht werden. Allerdings ist es dann nicht ausreichend, als Wahrheits- oder Wirklichkeitskriterium den Satz "*What you believe to be real, is real in its consequences*" aufzustellen²¹⁸ und auf selbsterfüllende Prophezeiungen zu beschränken. Schließlich gibt es noch ein zweites Phänomen der Wirksamkeit von Aussagen, das gerade nicht auf

²¹⁵ Es gibt eine relative Immunität von Theorien in bezug auf widerspenstige Erfahrungen. Stegmüller unterscheidet 3 Fälle relativer Immunität, aus denen die empirische Unwiderlegbarkeit von Theorien resultiert: 1. Unvollständige Beschreibung, die durch Fiktionen ergänzt werden; 2. Ausklammerung unpassender Anwendungsfälle; 3. Bildung von Rahmen. *Wolfgang Stegmüller, Hauptströmungen der Gegenwartsphilosophie*, Bd. II, Stuttgart 1987, S. 504 ff.

²¹⁶ *Snyder, When believe Creates Reality*, in: Berkowitz (Hrsg.), *Advances in Experimental Social Psychology* (Vol. 18), New York 1984, S. 247-305.

²¹⁷ *Titus Livius, Römische Geschichte*, Buch VIII, Darmstadt 1994, S. 128-143. Zu diesem Abschnitt der römischen Geschichte gibt es einen Bilderzyklus von Peter Paul Rubens, in der Sammlung Liechtenstein, Vaduz.

²¹⁸ *W.I. Thomas, a.a.O.*

Verwirklichung, sondern auf Verhinderung gerichtet ist: Im Hinblick auf die Souveränität des Fingierenden stellt es sich als Problem dar, daß Ideen trotz entgegenstehender Umstände aufrecht erhalten werden können. Notwendigkeiten sind durch die tatsächlichen Umstände nicht so leicht zu enttäuschen wie Wirklichkeiten. Die Souveränität gegenüber der Wirklichkeit wird durch das Notwendigkeitsprinzip riskant erkaufte. Schließlich kann sich die Idee nicht nur *selbst erfüllen*, sondern auch *selbst zerstören*,²¹⁹ so daß man gezwungen wäre einzugestehen "*What you believe to be real is unreal in its consequences.*" Diese Selbstzerstörung findet statt, wenn sich das Vorhergesagte deshalb nicht verwirklicht, gerade weil es vorhergesagt wurde. Was ist also mit Großunternehmungen, wie dem Bau der Titanic, in denen sich die Logik der Voraussage als *self-destroying prophecy* „verunwahrheitet“? Auf die Prognose hin, das Schiff sei unsinkbar, wird alles unterlassen, was ein Versinken verhindern soll: Man wählt eine unsichere Route durch ein Gebiet, in dem bekanntermaßen Eisberge drohen und versäumt die Absicherung durch Rettungsboote und Signallampen. Auf die ersten Anzeichen eines Untergangs passiert schließlich erst einmal gar nichts, was den Untergang der Passagiere hätte verhindern können. Innerhalb einer Theorie der planenden Vernunft hat sich die *self-destroying prophecy* inzwischen als das Problem begrenzter Rationalität herausgestellt.²²⁰ Die *self-destroying prophecy* darf auch nicht als Form der instrumentalisierbaren Inversion der *self-fulfilling-prophecy* verstanden werden. Eine solche Inversion wäre immer noch Teil eines beherrschbaren Kalküls.²²¹ Wie Studie von Dietrich Dörner mit der Titel "*Die Logik des Mißlingens*" anhand einer Computersimulation zeigte, sind die mit Zweck X verbundenen Annahmen in komplexen, sich gegenseitig beeinflussenden Situationen so ungewiß, daß sie schlichtweg nicht zu beherrschen sind.²²² In dieser Studie stellte Dörner Volkswirten, Physikern, Geologen die Aufgabe, den Moros, die in der Sahel Zone in Westafrika leben, bessere Lebensbedingungen zu schaffen. Die simulierten Moros lebten seit mehreren Jahrhunderten als Halbnomaden, trieben ihre Vieherde von Wasserstelle zu Wasserstelle und bauten ein wenig Hirse an. Die Säuglingssterblichkeit war hoch, die Lebenserwartung gering, gleichwohl hielt sich die Population stabil. Vielmehr als die genannten

²¹⁹ Vgl.: Odo Marquard, a.a.O., S. 47.

²²⁰ Herbert A. Simon, *Theory of bounded rationality*, in: McGuire/Radner (Hrsg.), *Decision and Organisation*, 1972, S. 161-176. Vgl. dazu: F.H. Tenbruch, *Zur Kritik der planenden Vernunft*, Freiburg 1972.

²²¹ In dem Film „*The Matrix*“ (USA 1999) taucht ein Orakel auf, daß dem Helden voraussagt, er sei nicht der Auserwählte. Gerade durch die Verweigerung der Berufung zum Auserwählten gewinnt der Held seine innere Kraft, die ihm zum Auserwählten macht. Diese Figur ist nicht mit dem Begriff der *self-destroying prophecy* gemeint, weil der Ereignisablauf ebenfalls einem wirksamen Kalkül entspricht.

²²² Dietrich Dörner, *Die Logik des Mißlingens*, Strategisches Denkens in komplexen Situationen, Reinbeck 1989.

Entscheidungsparameter gab es in der Studie nicht, die Situation war nicht besonders komplex. Die Probanden der Studie holten nun die verfügbaren Informationen über die Bedingungen der Sahel Zone ein und entschieden sich, Wasserbrunnen zu bohren, einen Gesundheitsdienst einzuführen und die Tse-Tsefliege auszurotten. Sie stellten somit die Voraussage auf: *"Wenn die Maßnahmen x, y und z umgesetzt werden, dann werden sich die Lebensbedingungen der Moros verbessern."* Nach simulierten sieben Jahren hatte sich die Population der Moros verdoppelt. Die Sterblichkeit war gesunken, die Rinder hatten sich vermehrt. Dies war auch zu erwarten, da die angeführten Maßnahmen sich in der Vergangenheit an anderen Orten durch Handlungserfolge bewährt hatten. Im zwanzigsten Jahr der Simulation war die Moros-Population beinahe ausgestorben, der Rest aus der Sahel-Zone vertrieben. Zunächst reichten die Weideflächen nicht mehr. Je mehr Brunnen man bohrte, desto tiefer sank das Grundwasser. Schließlich fraßen die Rinder vor Hunger die Graswurzeln, und das Weide- und Anbauland verwüstete. Die Prognose *„Situation Y stellt bessere Lebensbedingungen dar“* hatte in ihrer Umsetzung zur Zerstörung jeglicher Lebensbedingungen geführt. Aus dieser Studie von Dietrich Dörner läßt sich für diese Arbeit schließen, daß es neben den positiven Tatbestandsmerkmalen, die die Verhaltenserwartung bestimmen und so zur Entscheidung herangezogen werden, eben stets noch negative Tatbestandsmerkmale gibt. Hier tauchte erst aus der ex-post Sicht das negative Tatbestandsmerkmal ("Scheitelpunkt der Belastbarkeit") auf, das die Verwirklichung der Annahmen verhinderte. Dieses Nachhinein ist das Beispiel eines Rückwirkungseffektes, der in jedem Lernmoment zu einer kognitiven Erweiterung führt. Mit der Figur der *self-fulfilling prophecy* wird diese Rückwirkung gerade nicht beschrieben. In diesem Sinne soll sicherlich nicht von einem "Irrtum zum Fortschritt" hin die Rede sein. Die konstruktivistischen Kategorien der Falsifikation (Popper) oder der Fiktion sollen mit ihrer Instrumentalisierung des negativen Restes sicherlich nicht solch eine *trial and error* Vernunft legitimieren. Die Inadäquanz der Fiktion soll als unvollkommenes Minus nur im Hinblick auf die gewiß kommende Vollkommenheit zugelassen werden. Das ist eine mit Leibnitz Theodizeegedanken eingeführte und von den Fiktionalisten ausgeführte Figur, daß das moralische Gesetz vernünftigen Wesen mit dem *malum* der Fiktion einen Endzweck der Vollkommenheit, ein *summum bonum* der Gewissheit vorschreibe.²²³ Deutlich wird dies nicht nur durch die Popularität der Figur selbsterfüllender Prophezeiungen, sondern auch in der Rezeption des Vaihinger'schen Werkes durch seine Zeitgenossen, die Philosophie des Als-

²²³ Siehe zu der Verbindung von Theodizee und Fiktionalismus: Odo Marquard, *Vernunft als Grenzreaktion. Zur Verwandlung der Vernunft durch die Theodizee*, in: Glück im Unglück, München 1995, S. 50; sowie: Hans Robert Jaufß, *Das Vollkommene als Faszinosum des Imaginären*, in: Henrich/Iser (Hrsg.), Funktionen des Fiktiven, München 1983, S. 443.

Ob sei „ein Markstein auf dem Wege des Menschengesistes zur letzten Aufrichtigkeit der Erkenntnis, ein Stück Selbsterziehung der Menschheit.“²²⁴ Die Inadäquanz der Fiktion scheint einen entscheidenden Faktor der Motivationsleistung zum vernunftgemäßen Handeln darzustellen, weil sie den Gedanken an die Vollkommenheit immunisiert. Das läßt sich nur schwer angreifen, da man letzten Beweggründen immer nur letzte Beweggründe entgegenstellen kann. Es stellt sich die Frage, inwieweit im Hinblick auf die Annahme der Bedingungen eines möglichen *summum bonum* überhaupt von einer Wirksamkeit der Voraussage als Voraussage gesprochen werden kann, wenn sie sich erfüllen kann oder auch nicht. Vielleicht läßt sich einfach eine Regel aufstellen, nach der sich die "Erzeugung einer Welt" durch Vorhersage gewährleisten läßt? Dies ist tatsächlich versucht worden.²²⁵ Am Scheitern dieses Versuches mag sehr schnell deutlich werden, daß es sich bei der Annahme, daß die Vorhersage die einzige Ursache des Vorhergesagten ist, um die besondere Variante des Fehlschlusses handelt, alles von Anfang an gewußt zu haben. Nur wenn keine Kräfte entgegenstanden, hat man das Gefühl, mit seiner Annahme die Annahme erfüllt zu haben. Das Trügerische dieses Gefühls wird daran deutlich, daß die Verwirklichung oder die Zerstörung einer Annahme so nahe beieinander liegen, daß der Ausschlag für die eine Seite außerhalb des Annehmenden selbst liegt. Ich will daher auf die Argumentationsform der Kontrafaktur zurückgreifen, um den Fehlschluß des Fiktionalismus aufzuweisen.²²⁶ Tatsächlich ist es in der Geschichte von Titus Livius plausibel spekuliert, wenn man bedenkt, was geschehen wäre, wenn tatsächlich nur der Flügel des Titus Manlius die Latiner hätte überwinden können. Die Spekulation erscheint plausibel, schließlich hatte er den gleichen Traum wie Decius Mus. Möglicherweise war er und nicht Decius Mus durch den Ratschluß der Götter gemeint. Das heißt dann, daß zwar der Ratspruch der Götter richtig war, aber der Schluß der Feldherren, daß Decius Mus adressiert war, falsch gewesen wäre. Möglicherweise hätte man abwarten müssen, bis auch der Flügel des Titus Manlius in Bedrängnis gerät und dieser sich opfert, um so durch die Motivation seiner Legionäre das Blatt noch zu wenden. Wäre dies der Fall gewesen und hätte Decius Mus vorschnell gehandelt, dann wäre der Flügel des Decius Mus motiviert in seinen Untergang marschiert, während der Flügel des Titus Manlius im blinden Vertrauen auf die erfolgte Opferung des Decius Mus und durch irrige Entlastung ebenfalls

²²⁴ Wilhelm Bruhn, *Das Cartesianische im Als-Ob*, in: August Seidel, *Die Philosophie des Als-Ob und das Leben*, FS für Hans Vaihinger, Neudruck Berlin 1986, S. 114.

²²⁵ Versuche dazu gibt es bei Alfred Schütz und Harold Garfinkel. Siehe dazu *Erving Goffman, Rahmen Analyse*, S. 13 ff.

²²⁶ Vgl. die Technik von *Isaac d'Israeli, Of a History of events which have not happened*, in: *Curiosities of literature*, Paris 1835, S. 369 ff.

untergegangen wäre. Möglicherweise war Titus Manlius die nicht beachtete Bedingung des komplexen Schlachtgeschehens, so wie es im oben genannten Beispiel über die Moros-Population die Wechselwirkungen zwischen steigender Population und Zerstörung des Bodens war. Das ganze Ereignis wird bis zu dem Zeitpunkt, wo die Schlacht tatsächlich gewonnen wurde, von einer möglichen *self-destroying prophecy* begleitet. Erst im Nachhinein, als geschichtliche Feststellung, stellt sich die Voraussage als *self-fulfilling prophecy* heraus. Man wäre somit letztlich nicht daran gehindert, statt von einer *self-fulfilling prophecy* auch von einer *self-fulfilling history* zu sprechen. Dann hat die Notwendigkeit der Fiktion keinerlei utopischen Charakter als Handlungsorientierung, sondern den bloßen Charakter einer Handlungsbestätigung mit der Verwechslung, was geschehen sei, sei notwendig geschehen, denn sonst wäre es nicht geschehen. Tatsächlich ist also mit dem radikalen Konstruktivismus kein Paradigmenwechsel verbunden. Die Vorgabe der Nützlichkeit, Zweckmäßigkeit einer Aussage stellt gegenüber der Qualifikation der Aussage als wahr nur einen zeitlichen Perspektivwechsel dar. Der epistemologische Zeitwechsel läßt das kulturelle Gedächtnis ambivalent werden: Bezeichnet die Fiktionen einen Grund, der eigentlich wegfiel, oder einen zukünftig erreichbaren Punkt? Die Rückführung des kognitiven Gehaltes kultureller Merkmale auf Fiktionen weist auf zeitliche Asynchronie. Der *Vorzug der Konsequenz* (Habermas), mit dem man den Konstruktivismus auf kulturelle Begründungskonzepte beziehen könnte, liegt also allenfalls in seinem Versprechen und seiner besonderen Motivationsleistung, Vergessen und Gedächtnis ununterscheidbar zu machen.

§ 3 Die Möglichkeiten des Gesetzes

I. Das juristische Modell

(1) Tatbestände entfalten im Laufe von Begründungen eine eigene Wirkung. Wenn der Richter sagt, es gibt ein Sittengesetz, dann gibt es in der Form des Richterspruchs ein Sittengesetz. Das beantwortet aber nicht die Frage, ob der Richterspruch in der Revision aufgehoben werden kann. Möglicherweise bildet die Argumentation des Richters sogar die Grundlage für die Entscheidung, mit einer Gesetzesänderung dem Richter die Entscheidungsgrundlage zu entziehen.²²⁷ Juristische Argumentationen sind primär auf Wirksamkeit, nicht auf Schilderung von Tatsachen angelegt, das gilt auch außerhalb des Bereiches, der als „folgenorientiertes Argumentieren“ bezeichnet wird. Als besonderer Fall der überzeugenden Rede soll juristische Argumentation „rechtskräftig“ oder „geltend“ werden. Daher beginnen juristische Fragestellungen eigentlich dort, wo konstruktivistische enden, wenn sie eine Tatsache zum Argument machen sollen. Die Durchsetzbarkeit ist einer der Grundvoraussetzungen juristischer Entscheidungen und positiven Rechts. Die radikalkonstruktivistische Aussage, die Einheit der Wahrnehmung im Gedächtnis müsse unter Verzicht auf die Begriffe der Wahrheit und Wirklichkeit „bloß“ mit dem externen *konsensuellen Bereich* (Maturana) der Kommunikation verknüpft werden, ist nicht ein Endpunkt des Streites um richtiges Handeln bzw. um die richtige Selbstbeschreibung. Das läßt sich insbesondere an juristischen Argumentationen ablesen. Juristische Argumentation stellen einen eingeschränkten Sonderfall der allgemeinen Argumentation dar.²²⁸ Sie unterscheidet sich gegenüber der Alltagssprache durch den Grad ihrer semantischen Institutionalisierung. Wenn in einem Prozeß um die Bedeutung des Begriffes der „Wegnahme“ gestritten wird, so ist der Begriff durch eine Vielzahl von vorhergehenden Entscheidungen und durch die Bindung an kodifizierten Gesetzestext genauer bestimmt als der Streit um die „*deutsche Leitkultur*“ in politischen Diskussionen. In beiden Fällen lassen sich die Begriffe jedoch auf Merkmale zurückführen, die man mit Ihnen verbindet und in beiden Fällen erschöpfen sich die Begriffe nicht in der Anzahl der Merkmale und Beispiele, die man mit Ihnen verbindet. Wenn hier auf juristische Argumentationen zurückgegriffen wird, dann wird auf der Grundlage der

²²⁷ So z.B. bei der Rechtsprechung des BGH zur Strafbarkeit wegen Kuppelei. Vgl. dazu: Walter Ott, Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit, S. 408 f.

²²⁸ Vgl. Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt a.M. 1991, S. 58 ff.

Gemeinsamkeiten zwischen speziellen und allgemeinem Diskurs der Umstand genutzt, daß juristische Argumentationen institutionalisiert und prägnant vorführen, was in Kulturkämpfen und ihrem Streit um Deutungsmacht ebenso gilt. Weil die Rechtssprache und ihre diskreten Rechtsbegriffe an den Bestand überkommener Entscheidungen anschließen soll und für andere Fälle fortsetzbar sein soll, spielt die Fiktion schon historisch eine herausragende Rolle zur Rechtsbegründung und Rechtsfortbildung. Sobald es kodifiziertes und systematisiertes Recht gibt und die juristische Kommunikation konserviert werden soll, taucht das Bedürfnis nach der Figur der Fiktion auf. Das Römische Recht kennt bereits zahlreiche Fälle der Gesetzesfiktion. Darüber hinaus ist die Argumentationsform der Fiktion eine zentrale Figur der Rechtsbegründung oder Rechtsquellenlehre, seitdem sich infolge der „Vermehrung“ des rechtlichen Erkenntniskörpers die Bedingungen der Ableitung transzendenter Vollmachten und Souveränitätsansprüche offensichtlich wurden. Es sind die Rechtstheoretiker der spanischen Spätscholastik und Grotius, die die Fiktion zu Begründung von Autonomie und Souveränität der Rechtsordnung einsetzten. In dem Streit um die Begründung von Seerechten und Herrschaftsansprüchen und in der Auseinandersetzung der einsetzenden Glaubensspaltung entwickelt sich die Argumentationsform der Fiktion, mit der in der Moderne auch um eine autonome Erkenntnismethode und um die autonome Kunst gestritten wird. Die Fiktion operiert dabei mit semantischen Leerstellen. Es liegt nahe, einen Zusammenhang zwischen der Fiktion als Rechtsquelle und dem ikonischen Freihaltebedürfnis, daß zur autonomen Kunst führte, zu sehen. Beides ist zeitlich verknüpft mit der Entstehung des Kulturbegriffes in der Neuzeit. Der Rückgriff auf kulturelle Tatbestände und das damit einhergehende Kontinuitätsersfordernis von Argumentationen im Kulturkampf setzt eine Wechselwirkung zwischen den formulierten Tatbeständen und ihren Konsequenzen voraus. Die Jurisprudenz dient mir hier als Modell für die Fragen, wie Verbindlichkeit gesichert wird, wie man sich an formulierten Gründen festhalten lassen kann und muß, wie man sich von ihnen lösen kann, ohne das Ideal der Verbindlichkeit des konsensuellen Bereiches selbst zu zerstören.

II. Das Wirklichkeitsdilemma des Rechts

1. Die Unterscheidung von Normativität und Faktizität

(1) Die Funktion der Fiktion innerhalb juristischer Argumentationen leitet sich aus der Unterscheidung dieser Figur zu einer wie auch immer beschriebenen Form der Wirklichkeit ab. Indem man über das Fiktive des Rechts spricht, spricht man, weil man unterscheidet, auch über die Wirklichkeit des Rechts. Wenn man über das Kontrafaktische im Recht spricht, spricht man mit negativen Vorzeichen über das Faktische des Rechts. Im Hinblick auf die konstruktivistische Wende gilt das Gesagte auch umgekehrt: Wer über die Wirklichkeit spricht, spricht zugleich über das Fiktive. Es ist daher unerheblich, ob dieses Kapitel mit dem Begriff des *Wirklichkeitsdilemmas* oder dem des *Fiktionsdilemmas* überschrieben wird, solange man die Unterscheidungsprobleme selbst thematisiert. Der erstgenannte Begriff hat den Vorteil, daß er ohne weiteres in der üblichen Grundunterscheidung von Geltung und Wirklichkeit des Rechts wiedererkannt werden kann. Die Darstellung der üblichen Unterscheidung normativer und faktischer Merkmale möchte ich hier den Ausführungen über Fiktionen und kontrafaktische Annahmen vorausschicken, um den Ausgangspunkt für den juristischen Fiktionalismus zu verdeutlichen. Dieser liegt in dem Problem, juristische Entscheidungen von ihren Entscheidungsgrundlagen zu lösen und so fortsetzbar werden zu lassen. Auch im Hinblick auf das logische, konstruktivistische oder ethische Postulat, aus dem *Sein* sei ein *Sollen* nicht ableitbar, müssen Entscheidungen doch Entscheidungsgrundlagen haben. Das Verhältnis zwischen beiden kann man nicht anders als die Bindung von Tatbeständen an tatsächliche Verhältnisse verstehen. In diesem Kapitel geht es dabei weniger um die epistemologische oder ontologische Analyse des Begriffes Wirklichkeit oder Rechtswirklichkeit, als vielmehr um die Darstellung der Wirklichkeit als einer juristischer Argumentationsform, die in Gesetzestexten, Urteilen, Kommentaren und der rechtstheoretischen Literatur auftaucht um Tatbestände an Sachverhalte zu binden.

(2) Die Bereitschaft zum juristischen Fingieren wird allein schon dadurch genährt, daß man nur schwer von Rechtswirklichkeit sprechen kann. Ob mit oder ohne ontologische Implikation, die Bestimmung der Existenz des Rechts, seiner Wirklichkeit und Wirksamkeit, und das Verhältnis zu dem, was „bloße“ Wirklichkeit ist, ist eine der Fragen, die sich kontinuierlich stellen, weil sie nicht abschließend beantwortbar sind. Rechtsnormen sind selbst Teil der sozialen Wirklichkeit, die sie

behandeln. Zugleich sollen sie dem Zeit- und Interessenfluß des Zusammenlebens enthoben sein. Um ein Wort von Adorno abwandelnd zu gebrauchen: Rechtssätze kommunizieren mit der Empirie, der sie zugleich absagen.²²⁹ Das gilt nicht nur im Verhältnis der rechtlichen Normen zu anderen sozialen Normen, sondern auch im Verhältnis der rechtlichen Normen zu sich selbst. Die Bemerkung „*Gesetz ist Gesetz*“ vermag allenfalls noch zu erreichen, daß man sich an eine höhere Instanz wendet, weil klar ist, daß das Gesetz immer auch etwas anderes als Gesetz ist und daß daher auch eine andere Entscheidung möglich ist. Die Rechtswirklichkeit ist nicht gesichert. So, wie jedes alltägliche Phänomen rechtlich gewürdigt werden kann, kann zudem jedes rechtliche Phänomen auch unter nichtrechtlichen Gesichtspunkten betrachtet werden. Jeder Entscheidung, Recht zu setzen oder zu beanspruchen, gehen eine Vielzahl nichtrechtlicher Erwägungen voraus. Juristische institutionalisierte Entscheidungen werden überhaupt erst dann bemüht, wenn feststeht, daß man sich nicht „so“ einigen kann.²³⁰ Sie ergehen unter dem Druck außerrechtlicher Einschränkungen wie Zeitmangel, Geldmangel oder Informationsmangel²³¹, und unter Einfluß öffentlicher oder privater Interessen. Und auch Rechtsmittel gegen juristische Entscheidungen werden erst unter Berücksichtigung ökonomischer, privater und anderer nichtrechtlicher Erwägungen eingelegt. Der Unterschied zwischen dem „reinen Recht“ und einer davon verschieden gedachten Sphäre des Wirklichen muß erst dann genau bezeichnet werden, wenn die Verbindlichkeit der Rechtsregeln und ihres verwendeten Begriffsrepertoires gesichert werden soll. Von der Figur der Themis, die die Wahrerin des Bindenden und Gründenden war,²³² bis zum Gedanken der *Reinen Rechtslehre* hat sich die Konzeption des Rechts insoweit nicht verändert, als der Grund der Verbindlichkeit selbst dem aktuellen Lebensvollzug nicht verhaftet sein soll. Die neuzeitliche Idee der juristischen Methode geht dabei davon aus, daß es Unterscheidungskriterien gibt, mit denen sich bestimmen läßt, ob die juristische Entscheidung auch tatsächlich eine autonome rechtliche Entscheidung oder eine heteronome Entscheidung war, und daß sich durch die Formalisierung des Rechts eben diese Grenze zwischen Recht und Wirklichkeit ziehen läßt.²³³ Verbindlichkeit wird in den modernen Rechtsgesellschaften

²²⁹ Im Ursprung ist dieser Satz auf Kunstwerke gemünzt. Vgl.: *Theodor W. Adorno, Ästhetische Theorie*, Frankfurt a.M. 1993, S. 15.

²³⁰ Insofern wird abwertend auf eine Verrechtlichung von Intimbeziehungen hingewiesen. Vgl.: *Johannes F.K. Schmidt, Verrechtlichung von Intimbeziehungen. Ansätze eines Verhältnisses von Rechtsnorm und sozialer Norm*, in: Ernst-Joachim Lampe (Hrsg.), *Zur Entwicklung von Rechtsbewußtsein*, Frankfurt a.M. 1997, S. 429 ff.

²³¹ Vgl.: *Hans-Peter Schwintowski, Ökonomische Theorie des Rechts*, JZ1998, S. 581 ff. (584).

²³² Vgl. zur Themis-Figur: *Wolfgang Schild, Bilder von Recht und Gerechtigkeit*, Köln 1995, S. 25.

²³³ Zur juristischen Methode: *Görg Haverkate, Gewißheitsverluste im juristischen Denken. Zur politischen Funktion der juristischen Methode*, Berlin 1977; *Hans-Joachim Koch* (Hrsg.), *Die juristische Methode im Staatsrecht*, Frankfurt a.M. 1977.

zu einem Kriterium der sprachlichen Formbindung. Auch im Hinblick auf diese Form/Inhalt-Unterscheidung wird wieder ein Hinweis Adornos relevant: "(...) sobald man eine Schranke setze, überschreite man durch diese Setzung sie bereits und nehme in sich hinein, wogegen sie gerichtet war."²³⁴ Dies läßt sich an der Unterscheidung normativer und faktischer Eigenschaften und an der gleichbedeutenden Unterscheidung von Recht und Wirklichkeit nachvollziehen.²³⁵ Im Zusammenhang mit dem Versuch der Formalisierung des Rechts tauchen dabei folgende Dichotomien auf²³⁶:

| | |
|--|--|
| <i>Naturrecht</i> | <i>Positives Recht</i> ²³⁷ |
| <i>Sittlichkeit</i> | <i>Sitte</i> ²³⁸ |
| <i>Wir haben Gerechtigkeit gewollt</i> | <i>und den Rechtsstaat bekommen</i> ²³⁹ |
| <i>Autonome Regeln</i> | <i>Heteronome Regeln</i> |
| <i>Sollen</i> | <i>Sein</i> ²⁴⁰ |
| <i>Recht</i> | <i>Moral</i> ²⁴¹ |
| <i>Positives Recht</i> | <i>Naturrecht</i> |
| <i>Objektive Auslegung</i> | <i>Subjektive Auslegung</i> ²⁴² |
| <i>Materielle Gesetzmäßigkeit</i> | <i>Formelle Gesetzmäßigkeit</i> ²⁴³ |
| <i>Regel</i> | <i>Fall</i> ²⁴⁴ |
| <i>Tatbestand</i> | <i>Sachverhalt</i> ²⁴⁵ |
| <i>Normative Merkmale</i> | <i>Deskriptive Merkmale</i> ²⁴⁶ |

²³⁴ Adorno, a.a.O., S.16.

²³⁵ Vgl.: Rupert Schreiber, *Die Geltung von Rechtsnormen*, Heidelberg 1966. Jüngst noch: Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates, Frankfurt a.M. 1997.

²³⁶ Vgl.: José Llopart, *Dichotomisierung in der Theorie und Philosophie des Rechts*, Berlin 1993.

²³⁷ Hans Welzel, *Naturrecht und Rechtspositivismus*, FS Hans Niedermayer, Göttingen 1953, S. 279-294.

²³⁸ BGHSt 6, 46.

²³⁹ Bärbel Bohley, zitiert nach: Claus-Wilhelm Canaris, *Konsens und Verfahren als Grundelemente der Rechtsordnung - Gedanken vor dem Hintergrund der Eumeniden des Aischylos*, JuS 1996, S. 573 ff.

²⁴⁰ Vgl.: Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Nachdruck der 1. Auflage 1934, Aalen 1985, S. 23.

²⁴¹ Vgl.: Ralf Dreier, *Recht-Moral-Ideologie*. Studien zur Rechtstheorie, Frankfurt a.M., S. 180 ff.

²⁴² Helmut Coing, *Staudinger*. Bd. I. Einleitung zum BGB, Rnd. 132 ff.

²⁴³ Vgl.: Christoph Degenhardt, *Staatsrecht*, Bd. I Staatszielbestimmungen, Staatsorgane, Staatsfunktionen, Heidelberg 1993, Rnd. 216.

²⁴⁴ Vgl.: Klaus Lüderssen, *Genesis und Geltung in der Jurisprudenz*, Frankfurt a.M. 1996, S. 283.

²⁴⁵ Vgl.: Hans Musielak, *Grundkurs BGB*, München 1989, Rnd. 30.

²⁴⁶ Herbert Tröndle, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München 1997, § 16 Rnd.3.

Ota Weinberger hat in diesem Zusammenhang vorgeschlagen, von der *dichotomischen Semantik* des Rechts²⁴⁷ zu sprechen. Die Unterscheidung von Normativität und Faktizität bezieht sich nicht nur auf die Grenze zwischen Recht und Wirklichkeit sondern darüber hinaus auf die Unterscheidung von Inhalt und Form des Rechts. Wenn Recht formuliert wird, ist dies bereits Teil seiner Verwirklichung. In einem aktuellen Standardlehrbuch zur Rechtstheorie und Rechtsphilosophie findet sich dazu folgende Definition von Positivismus: „*Unter Gesetzespositivismus versteht man die Auffassung, daß jedes ordnungsgemäß*²⁴⁸ *zustandegekommene Gesetz ohne Rücksicht auf seinen Inhalt verbindlich ist.*“²⁴⁹ Aus dieser Definition ergibt sich im Umkehrschluß zugleich, daß das Naturrecht unter Berücksichtigung seines Inhaltes und ohne Rücksicht auf die Form Verbindlichkeit entfaltet. Die beiden Definitionsversuche stehen in einem Umkehrverhältnis, innerhalb dessen unter Rücksichtnahme auf den Inhalt von der Form abgesehen werden kann oder unter Rücksichtnahme auf die Form von dem Inhalt abgesehen werden kann.

(3) Die Unterscheidung von Normativität und Faktizität ist auf die Annahme eines Sinnüberschusses der Form angewiesen; Normativität soll mehr sein als das Ergebnis einer Beobachtung und mehr als eine Anmaßung des Rechtsautors. Die Geltung von Rechtsnormen stellt allerdings insofern ein Dilemma dar, als die Formalisierung des Rechts aufgrund der ästhetischen Differenz von Formulierungen immer auch in den Inhalt von dahinter stehenden Anmaßungen umschlägt, obschon der Sinnüberschuß der Form ja gerade nicht in ungebundenen und unformulierten Inhalten liegen soll.²⁵⁰ Das Dilemma der oben angeführten Dichotomien wird bereits daran deutlich, daß ein Seitenwechsel der einzelnen Begriffspaare möglich ist, je nachdem, was der Rechtsautor als verpflichtende Quelle ansieht, und ob der Autor mehr oder weniger Rücksicht auf den Inhalt oder auf die Form nimmt. Innerhalb der oben aufgezählten Dichotomien taucht das Naturrecht nach einem Aufmerksamkeitswechsel mal auf der linken, mal auf der rechten Seite auf. Und auf Bärbel Bohleys Zitat gab es eine Antwort, deren unfreiwilliger Reiz darin liegt, daß sie Bohleys Forderung zugleich ablehnt und zugleich aufnimmt und so die dialektische Spirale weiterdreht: “*Ach ja, möge uns der*

²⁴⁷ Ota Weinberger, *Realismus und Systemtheorie in der Jurisprudenz*, in: *Rechtstheorie* 1994, S. 11, sowie: (ders.), *Eine Semantik für die praktische Philosophie*, in: *Moral und Vernunft. Beiträge zur Ethik, Gerechtigkeitstheorie und Normenlogik*, Wien, Köln, Weimar 1992, S. 412-430.

²⁴⁸ Statt dessen könnte es hier auch „formgemäß“ heißen.

²⁴⁹ Günther Ellscheid, *Naturrecht und Gesetzespositivismus*, in: *A. Kaufmann / W. Hassemer (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Heidelberg 1994, S. 179.

²⁵⁰ Zum Brock'schen Begriff der ästhetischen Differenz: *Stefan Asmus, Ästhetisches System*, <http://www.brock.uni-wuppertal.de/vademecum/> v.30.11.1999.

*Liebe Gott den Rechtsstaat erhalten und uns vor Bärbel Bohleys Gerechtigkeit schützen.*²⁵¹ Der abschließende Bezug der Formalisierung des Rechts zur Unterscheidung von Recht und Wirklichkeit wird zwar immer wieder versucht, nie aber ist entscheidbar, auf welcher Seite der Unterscheidung welche Begriffe anzuordnen sind. Der Aufmerksamkeitswechsel von Form zu Inhalt und zurück läßt sich nie ausschließen. Sowohl von der Form als auch vom Inhalt eines Rechtssatzes kann abgesehen werden, wenn es um die Bestimmung der Rechtswirklichkeit und um die Notwendigkeit der Entfaltung von Verbindlichkeiten geht. Daher mutet es auch nicht eigenartig an, daß die juristische Begründungslehre sich nicht nur einerseits bemüht, Grenzen der Rechtsfortbildung, sondern auch andererseits normative Begründungsmöglichkeiten jenseits der Gesetzesbindung zu bestimmen, daß sie von gesetzlichem Unrecht und übergesetzlichem Recht (*Radbruch, 1946*) spricht.²⁵² Diese Tatsache ergibt sich aus dem doppelten Zwang, Entscheidungen an formulierte Grundlagen zu binden und zugleich unter Annahme eines Sinnüberschusses von ihnen zu lösen. Aus diesem Nebeneinander von Formbindung und Formlösung ergibt sich ein Potential des Fiktiven und Kontrafaktischen, das in der Möglichkeit gesehen werden muß, sich bei Entscheidungen einen negativen Rest an Gründen vorzubehalten.

2. Der Subsumtionszirkel

(1) Rechtsentscheidungen werden über das *Ideal der Ableitbarkeit* an eine Form gebunden. Mit diesem Ideal geht das Ideal der Verbindlichkeit juristischer Entscheidungen und das Willkürverbot des Rechtsstaates einher. Ableitbarkeit, verstanden als *Regel des exakten Transportes*²⁵³ von den Gründen zu den Entscheidungen, soll sich innerhalb rechtlicher Begründungen über logisch korrekte Subsumtionsschlüsse vollziehen. Ein korrekter Subsumtionsschluß setzt voraus, daß die juristische Entscheidung als notwendige logische Konsequenz aus dem Verhältnis von Norm zu Fakt folgt. Die Frage, die die Rechtstheorie heute bei dem Umgang mit dem Einzelfall und der allgemeinen Norm leitet, rührt weniger aus dem Universalienstreit, als aus der Frage heraus, wie überhaupt eine Ableitungsbeziehung oder Wirkungsbeziehung zwischen einer Norm, einem Sachverhalt und dem

²⁵¹ *Monika Maron*, zitiert nach NJW 1997, S. 169 ff. (170).

²⁵² Vgl.: *Rolf Wank*, *Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung*, Berlin 1978; *Helmut Rüßmann*, *Normative Begründungsmöglichkeiten jenseits der Gesetzesbindung*, in: Koch/Köhler/Seelmann (Hrsg.), *Theorien der Gerechtigkeit*, ARSP Beiheft 56, 1994, S. 24 ff; (ders.) *Möglichkeiten und Grenzen der Gesetzesbindung*, in: Okko Behrends/Malte Diebelhorst/Ralf Dreier (Hrsg.), *Rechtsdogmatik und praktische Vernunft*, Symposium zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker, 1990, S. 35-56; (ders.), *Grenzen der Rechtsfortbildung*; <http://rw20hr.jura.uni-sb.de/rw20/wiwieinf/wviii2f.htm>

Schluß behauptet werden kann. Diese Frage stellt sich sowohl in Bezug auf das Verhältnis von kodifiziertem Recht zur sozialen Wirklichkeit, als auch zwischen dem Gesetzestext und der konkreten richterlichen Entscheidung. Insbesondere die juristische Hermeneutik hat sich darauf berufen, die „*überkommene Subsumtionsideologie*“ zerstört zu haben. Karl Engisch hat hierzu ein Bild von Ernst Cassirer übernommen, das sich auf das „*Hin- und Herwandern*“ des Blickes zwischen abstraktem Tatbestand und konkretem Sachverhalt bezieht. Das bedeutet, daß die abstrahierte Regel immer eines Sachverhaltes bedarf, um konkretisiert und entnormativiert zu werden, während der Sachverhalt nur insofern geschildert wird, als er Bezug zum einschlägigen Obersatz aufweist.²⁵⁴ Die Vorstellung vom Justizsyllogismus als einer Operation, die ihren Ausgangspunkt in den zwei zunächst getrennten Ebenen normativen „*Sollens*“ als Obersatz und faktischen „*Seins*“ als Untersatz nimmt und so zu einer *conclusio* führt, ist insoweit in der Rechtstheorie immer weiter modifiziert worden. Dabei ist vor allem eine zeitliche Asynchronie augenfällig geworden: „*Es scheint so, als würde sich der Sachverhalt selbst entscheiden, und zwar mit dem Teil der Norm, der dem Tatbestand durch diese Sachverhaltsentscheidung hinzugefügt wird; es scheint so, als sei der Tatbestand bei der Sachverhaltsentscheidung immer um einen Schritt zu spät.*“²⁵⁵ Die Einsicht in die Asynchronie der Subsumtion ist insofern für die Rechtswissenschaft allerdings nicht neu, als Gustav Radbruch bereits 1909 die These aufstellte, daß juristische Auslegung „*das Resultat ihres Resultates*“ sei²⁵⁶ und daß die Entscheidung falle, bevor die Gründe geliefert werden und stets bereits im Perfekt stehe. Mit dem stärker werdenden Zweifel am juristischen Deduktionsmodell versuchte man als Ersatz die topische Methode anzubieten.²⁵⁷ Die Topikthese baute darauf auf, statt eines systematischen Ableitungsideals eine induktive, vom problematischen Sachverhalt ausgehende Methode zu bieten.²⁵⁸ Erst hier schließt sich jedoch der hermeneutische Zirkel. Induktive Schlüsse sind gültig, wenn sie den Regeln induktiven Schließens entsprechen und somit liegt in jedem Moment der Induktion ein Moment der

²⁵³ Hassemer, a.a.O., S. 249.

²⁵⁴ U.a. Karl Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Heidelberg 1960, S. 14. Arthur Kaufmann spricht vom Wiedererkennen der Norm im Sachverhalt und des Sachverhaltes in der Norm, in: *Analogie und Natur der Sache*. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus, Heidelberg 1982.

²⁵⁵ Winfried Hassemer, *Tatbestand und Typus*, Köln 1968, S. 102; sowie *Juristische Hermeneutik*, in: ARSP 72 (1986), S. 195 ff. Vgl.: Klaus Lüderssen; *Regel und Fall*, in: *Genesis und Geltung in der Jurisprudenz*, Frankfurt a.M. 1996, S. 283; Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt a.M. 1994, S. 244; Friedrich Müller, *Normstruktur und Normativität*, Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation, Berlin 1966; Bernd Schünemann, *Zum Verhältnis von Norm und Sachverhalt bei der Rechtsanwendung, von Ober- und Untersatz im Justizsyllogismus und von Rechts- und Tatfrage im Prozeßrecht*, in: Haft (Hrsg.), *Festschrift für Arthur Kaufmann*, Heidelberg 1993, S. 299 ff.

²⁵⁶ Gustav Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 2. Auflage, Leipzig 1913.

²⁵⁷ Ausgelöst mit dem Erscheinen von Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, 1. Auflage, München 1953. Daraus entwickelt u.a.: Gerhard Struck, *Topische Jurisprudenz*, Frankfurt a.M. 1971.

Deduktion.²⁵⁹ Aus der Assimilationsthese folgt zugleich, daß auch induktive Beziehungen zwischen Regel und Sachverhalt tautologische Beziehungen sind, weil Regel und Sachverhalt immer auf die gegenüberliegende Seite von Abstraktion und Konkretisierung weisen. Daher läßt sich auch eine deduktive Auslegungsmethode nicht durch eine induktive oder topische Anwendungsmethode ersetzen, um zu einem normativen Modell richtigen Entscheidens zu kommen. Die anfängliche Euphorie, die aus der Topik erwuchs,²⁶⁰ ist daher inzwischen einer gewissen Ernüchterung darüber gewichen, daß man auch über die Topik in den Subsumtionszirkel²⁶¹ bzw. Beobachtungszirkel²⁶² gelangt, da Sachverhalte nur insoweit erfaßt werden, wie sie auf rechtliche Unterscheidungen zurückgeführt werden können.

(2) Es ist eine Situation, die als Regel und als Sachverhalt betrachtet werden kann, aber es sind zwei Blickrichtungen, die der Beobachter auf diese Situation verwendet. Allgemeinheit und Individualität sind zwei Dimensionen einer Situation, die durch einen Aufmerksamkeitswechsel getrennt werden, und die doch durch Tatbestand und Sachverhalt stets nur assimiliert auftreten. Die kleinste Einheit juristischen Argumentierens und der Ausgangspunkt der Entscheidungsfindung ist immer bereits eine zweistellige Relation. Auf ein Modell, das die Wirksamkeit des Justizsyllogismus beschreibt, hat man sich nur insoweit einigen können, als juristische Argumentationen, da wo sie logisch korrekt erfolgen, stets tautologische Argumentationen sind, und gerade daher keinen Erkenntnisgewinn bringen.²⁶³ Weil Argumentationen insoweit kognitiv unwirksam sind, bezeichnet die Systemtheorie diesen Akt nur noch als Selbstbeobachtung des Rechts.²⁶⁴ Die Formbindung schließt Überzeugungsbildungen aus. Die formulierten Überzeugungen werden gar nicht durchgesetzt, sondern sie bestehen von Anfang an, und die Begründung kommt stets, wie Hassemer es ausgedrückt hat, eine Sekunde zu spät. Man erhält in einer logisch gültigen Argumentationskette keine Information und keine neue Erkenntnis, sondern formuliert als Ableitungsbeziehung das, was ohnehin zur Überzeugung schon feststeht. Gültige Schlüsse stellen als Tautologien Symmetrien bzw. Synchronien zwischen

²⁵⁸ Ralf Dreier, *Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation*, in: *Recht-Moral-Ideologie*. Frankfurt a.M., 1991, S. 116, 117.

²⁵⁹ Vgl.: Nelson Goodman, *Tatsache, Fiktion und Voraussage*, Frankfurt a.M. 1995.

²⁶⁰ Vgl.: Helmut Coing, *Über einen Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 41 (1954/55), S. 436 ff.

²⁶¹ Ralf Dreier, a.a.O., S. 116 f. Einen Überblick zur Entwicklung erhält man bei Franz Wieacker, *Zur Topikdiskussion in der zeitgenössischen deutschen Rechtswissenschaft*, in: Xenion, FS für P.J. Zepos, Freiburg 1973, S. 391 ff.

²⁶² Gunther Teubner, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt a.M. 1989, S. 97.

²⁶³ Siehe nur die Darstellung unterschiedlicher Konzeptionen bei Bernd Schünemann, a.a.O., S. 308-314.

Sachverhalt und Tatbestand dar. Überzeugungsbildungen, verstanden als kognitive Erweiterungen, schließen sie gerade deshalb aus. Auf der Grundlage einer formalen Argumentationstheorie läßt sich vielleicht kontrollieren, ob eine Entscheidung die logischen Schlußverfahren eingehalten hat. Wenn man auf der Grundlage des Subsumtionsideals argumentiert, ist man jedoch entweder gezwungen, jeden Sinnüberschuß und damit alle Asymmetrien und Asynchronien auszuschließen,²⁶⁵ oder diese Frage eben offen zu lassen. Obschon die Kritik am Begründungsideal beinahe zum Grundstock der philosophischen Ausbildung gehört, hat das Ideal juristischer Argumentation in der Praxis nicht besonders gelitten. Es ist auch kaum überraschend, daß jede rechtstheoretische Schule ihre eigene Kritik an dem Subsumtionsideal und am positivistischen Begründungsideal formuliert hat und daß die Rechtspraxis, insbesondere in der praktische Juristenausbildung, davon gänzlich unbeeindruckt nach wie vor gerade von diesem Ideal ausgeht.²⁶⁶ Während der praktischen Juristenausbildung im Studium und im Referendariat begegnet einem immer wieder folgender Tip: „*Sie können entscheiden was Sie wollen, Sie müssen es nur begründen können.*“ Dieser Tip wird dabei mit dem Rat verbunden, den Sachverhalt immer nur im Hinblick auf die relevanten Rechtsfragen zu schildern und die zugleich zu analysieren, auf welche Rechtsfragen es beim vorliegenden Sachverhalt überhaupt ankommt. Dabei geht es gerade um den Ausschluß jeden möglichen Sinnüberschusses. Auch die praktische juristische Argumentation soll gerade geschlossen werden, um bestehende Überzeugung zu sichern. Diese Versicherungsleistung einer logisch gültigen Argumentation liegt gerade in der Formalisierungsleistung, nach der scheinbar eine identische Übertragung von den Entscheidungsgrundlagen zu der Entscheidung stattfindet. Daß sich der oben zitierte Ausbildungstip innerhalb eines Beurteilungsspielraums auch umdrehen läßt („*Sie können begründen was sie wollen, Sie müssen es nur entscheiden können.*“) deutet darauf hin, daß zwischen Begründung und Entscheidung daher stets ein notwendiger Zusammenhang erscheint, gerade weil der Sinnüberschuß einer juristischen Entscheidung außerhalb der formulierten Entscheidung liegt. Man kann dies, wie Hassemer, zeitlich asynchron verstehen. Im Moment der Entscheidung sind die Gründe noch nicht gegeben. Sobald sie gegeben sind, ist der Moment der Entscheidung schon weggefallen. Daher erscheint es, als stünden Gründe nicht zur Disposition. Gültige Argumentationen überzeugen nicht, während überzeugende Argumentationen nicht gültig sind. Man soll diese Sekunde nicht als

²⁶⁴ Gunther Teubner, a.a.O, s. 97.

²⁶⁵ So: Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1. Auflage, S. 100, 101.

²⁶⁶ Vgl.: Winfried Schuschke, *Bericht, Gutachten und Urteil*. Eine Einführung in die Rechtspraxis, München 1994, S. 107.

tatsächliche Zeiteinheit begreifen, sondern kann sie als *ästhetische Sekunde* bezeichnen. Zumindest steht fest, daß ob des tautologischen Charakters gültiger Begründungen diese einen negativen Rest haben, der außerhalb der Begründung liegt und innerhalb dessen Entscheidungen getroffen werden. Die zeitliche Dimension muß um eine ästhetische Dimension ergänzt werden, innerhalb derer es dem Argumentierenden möglich ist, seine Aufmerksamkeit vom Inhalt seiner Entscheidung auf die Formalisierung durch Gründe zu wechseln. Die Zeit zur Vorbereitung der Tautologie wird überwunden, indem alternative Entscheidungsmöglichkeiten ausgeblendet werden. Das von den Verfahrensethikern angesprochene Recht auf Rechtfertigung hat daher, wenn man seinen tautologischen Inhalt ernst nimmt, einen recht schwachen Inhalt, weil es für ein Recht auf Revision nichts hergibt.²⁶⁷

„...das Recht auf Rechtfertigung, das Recht, als moralische Person geachtet zu werden, die zumindest in dem Sinne autonom ist, daß sie nicht auf eine Weise behandelt werden darf, für die ihr nicht angemessene Gründe geliefert werden können.“²⁶⁸ Die Definition dieses Rechts fordert geradezu zum Zynismus heraus, wenn man sich vorstellt, daß jemand wie auch immer behandelt wird, und dafür auch noch Gründe erdulden muß. Legt man das Begründungsideal unserer Rechtskultur zugrunde, so lassen sich nur dann Revisionsmöglichkeiten begründen, wenn man einen negativen Rest der Entscheidung einräumt

3. Verwirklichungstakte des Rechts

(1) Wenn man annimmt, daß juristische Formulierungen stets einen unformulierten Überschuss aufweisen, dann stellt sich die Frage, wie Annahmen auf den rechtlichen Beschreibungstand zurückwirken können. In der Rechtstheorie spricht man etwa von einem faktischen Vertragsverhältnis²⁶⁹, einem faktischen Geschäftsführer²⁷⁰ oder dem Fakt einer erfolgreichen

²⁶⁷ Rainer Forst, *Das grundlegende Recht auf Rechtfertigung*. Zu einer konstruktivistischen Konzeption von Menschenrechten, in: Hauke Brunhorst u.a. (Hrsg.), *Recht auf Menschenrechte*, Frankfurt a.M. 1999, S. 66.

²⁶⁸ Rainer Forst, a.a.O., S. 75.

²⁶⁹ Vgl.: Dieter Medicus, *Bürgerliches Recht*. Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung, Köln u.a. 1993, S.108. Grundsatzentscheidung sog. *Hamburger Parkplatzfall*, BGHZ 21,319. Gleichgelagerte Fälle lösen die Gerichte nun nicht mehr über die Figur des *faktischen Vertrages*, sondern über die Annahme *konkludenten Verhaltens*. Das *konkludente Verhalten* kann auf der Sachverhaltsseite mit der Analogie verglichen werden. Statt A erklärt man B, was aber entsprechend A zu würdigen ist. Vgl. weiter: BGH NJW 1965, 1224 f.; BGHZ 23, 249/261; BGH NJW 1988, 1789 ff.; vgl. zur sog. *fehlerhaften Gesellschaft*: BGHZ 55, 5 ff; BGHZ 103, 1 ff.

²⁷⁰ Vgl. BGH NJW 1988, 1789 ff.

Revolution.²⁷¹ Dabei handelt es sich nicht einfach um Tatsachen, sondern um *Rechtstatsachen*, die also bereits rechtlich qualifiziert wurden. Und obschon man sie als Fakt bezeichnet, handelt es sich dabei doch um Argumentationsformen, aus denen sich Rechtsfolgen ergeben. Diese Rückwirkung wird als *faktische Kraft des Normativen*²⁷² bezeichnet und sie bewirkt, daß der negative Rest von Entscheidungen im Moment der Durchsetzung positiviert wird.²⁷³ Der eingeführte Begriff der *faktischen Kraft des Normativen* ist allerdings unglücklich gewählt, da er Antezedens und Konsequenz verwechselt. Er bezieht sich auf Erscheinungen, die gerade durch das Fehlen normativer Voraussetzungen gleichwohl normativ wirken. So markiert der Begriff doch eher die Unsicherheiten, die bei der Unterscheidung von Normativität und Faktizität und bei den Wechselwirkungen zwischen juristischen Annahmen und deren Konsequenzen auftauchen.

(2) Hier will ich an die „*Allgemeine Staatslehre*“ von Georg Jellinek anknüpfen, der mit seiner Begriffsbildung Pate der Brock'schen Begriffsbildung von der normativen Kraft des Kontrafaktischen war. Die von ihm eingeführte Rechtsquellenfigur der *normativen Kraft des Faktischen* ist nicht nur in den allgemeinen Sprachschatz eingegangen, sondern kann hier wiederum zum Ausgangspunkt der Darstellung über die Rückwirkungseffekte juristischer Annahmen gemacht werden. Jellineks Formel gilt den Theorien des juristischen Fiktionalismus als Gegenbegriff, der Ausweis trotziger Reaktionen sei.²⁷⁴ Es stellt sich die Frage, welchen Bezug diese Formel zu der Unterscheidung von Simulation und Dissimulation hat. Jellinek verortet die Staatslehre in dem Grenzgebiet zwischen Kultur- und Naturwissenschaft.²⁷⁵ Die natürliche Seite des Rechts, so stellt Jellinek heraus, hat jedoch keinerlei Verbindung zu Wesensmerkmalen kultureller Regeln. Dies unterscheidet seine Rechtstheorie von den zeitgenössischen Versuchen, die Naturgesetze des Rechts²⁷⁶ kraft empirischer Reflexion zu bestimmen. Die natürliche Seite des Rechts liegt für ihn in den generativen Prinzipien menschlichen Rechtsbewußtseins. Das Recht erscheint bei Georg Jellinek ausschließlich als ein Teil menschlichen

²⁷¹ Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, Neudruck der 3. Auflage, Bad Homburg 1960, S. 337 ff.; (ders.), *Verfassungsänderung und Verfassungswandel*, Nachdruck der 1. Auflage Goldbach 1996, S. 11 ff.

²⁷² Walter Ott, *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit*, in: FS für Werner Krawietz, S. 409.

²⁷³ Eine solche Figur wurde auch in den bereits oben angesprochenen Fällen angenommen, in denen der BGH bis in die späten sechziger Jahre davon ausging, daß es ein Sittengesetz gebe und auf dieser Grundlage jemanden wegen Kuppelei verurteilte, auch wenn die Verkupelten bereits verlobt waren. BGHSt 6,46. Bis BGHSt 17,230 beruft sich der Bundesgerichtshof auf diese Entscheidung.

²⁷⁴ So bei Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt a.M. 1992, S. 16.

²⁷⁵ Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, Bad Homburg 1960, S. 3.

²⁷⁶ So der Titel einer Arbeit über Jellineks Zeitgenossen Albert Hermann Post: Rainer Maria Kiesow, *Das Naturgesetz des Rechts*, Frankfurt a.M. 1997

Bewußtseinsinhalts.²⁷⁷ Die Norm leitet sich nicht durch Naturereignisse aus den Fakten ab, sondern aufgrund natürlicher menschlicher Stellungnahme zu diesen Fakten.²⁷⁸ In der Rezeption Jellineks wurde dabei stets herausgestellt, daß die *normative Kraft des Faktischen* den zentralen Rechtsquellenbegriff seiner Staatslehre bilde. Das mag seinen Grund darin haben, daß Jellinek eine prägnante Formel gefunden hat. Sie reduziert die Rechtsquellenlehre jedoch nicht auf einen Faktenpositivismus. Es geht dem Autor gerade nicht um eine Legitimation tatsächlich vollzogener Akte, um ein Theorem zur Verrechtlichung von Gewalt oder um Argumente für den *status quo*. Daher übersieht man in der Rezeption Jellineks nur zu leicht, daß er diese, ungeschickt als „*faktische Kraft des Normativen*“ bezeichneten Rückwirkungseffekte zu einem unverzichtbaren Bestandteil seiner Rechtsquellenlehre macht. Das zeigt sich darin, daß der Autor seine Schilderung der rechtlichen Überzeugungsbildung gerade sowohl auf den *status quo* als auch auf Kontinuitätsbrüche bezieht. Von Rückwirkungseffekten können wir laut Jellinek überhaupt nur deshalb sprechen, weil die Entscheidung nicht den Gründen entspricht und sich zwischen beiden Seiten ein Bruch vollzieht. Es hat überhaupt nur dann Sinn, von Rückwirkungen zu sprechen, wenn es hinterher etwas gibt, was es vorher nicht gab. Seine Formel bezieht sich auf die Umdichtung des Rechts als kognitiver Leistung. Jellinek nennt das Phänomen der französischen Revolution als Beispiel einer Überzeugungsbildung, die gerade dem konservativen Element der *normativen Kraft des Faktischen* widerspricht. Die Vorstellung, das Volk sei souverän, verwirklicht sich in der königlichen Sitzung vom 23. Juni 1789 durch die einfache Tatsache, daß der dritte Stand dem König seinen Gehorsam verweigert und daß dies wiederum auf keinen nennenswerten Widerstand trifft.²⁷⁹ „*Wenn es, wie früher ausgeführt wurde, das Faktum ist, welches das Rechts erzeugt, so erzeugt in diesen Fällen umgekehrt die Vorstellung des Rechts das Faktum.*“ Der 23. Juni 1789 bildet auf diese Weise einen Verwirklichungstakt des Rechts. Für Jellinek ist es die Fähigkeit, sich „*unabhängig von subjektivem Gutdünken*“ verpflichtet zu fühlen, die die Möglichkeitsbedingung für das Recht ist.²⁸⁰ Diese Fähigkeit ist gerade unabhängig von den tradierten Regeln und Gesetzen. So erkennt Jellinek, daß die Fähigkeit, seine Überzeugung auch durchzusetzen, die Bedingung für die Verwirklichung des Rechts ist. Wenn es somit eine *normative Kraft des Faktischen* gibt, gibt es ebenso eine normative Kraft des

²⁷⁷ Georg Jellinek, a.a.O., S. 332 ff.

²⁷⁸ „*Der letzte Grund allen Rechts liegt in der nicht weiter ableitbaren Überzeugung seiner Gültigkeit, seiner normativ motivierenden Kraft*“ Georg Jellinek, a.a.O., S. 371.

²⁷⁹ Georg Jellinek, a.a.O., S. 347.

²⁸⁰ Georg Jellinek, a.a.O., S. 352.

Kontrafaktischen: *“In der Gesellschaft findet ununterbrochen Bewegung und Umbildung statt, an welcher auch die Art des Normativen teilhat. Denn diese Bewegung ist stets begleitet von dem streben nach Änderung und Ergänzung des bestehenden Rechts. In allen Zeiten, wo dieses Streben einen hohen Grad hat, erzeugt es zugleich eine bald klar, bald verhüllt auftretende Lehre vom Wesen des Rechts. Es wird nämlich dem geltenden Rech ein anderes mit dem Anspruch auf höhere Geltung gegenübergestellt, ein Recht, das den neuen nach Anerkennung ringenden Ansprüchen Verwirklichung verheißt.²⁸¹ (...) Es sind somit zwei psychologische Elemente, welche die Umsetzung der Staatsordnung in Rechtsordnung verursachen. Das erste, das tatsächlich Geübte in Normatives verwandelnde, ist das konservative, das zweite die Vorstellung eines über dem positiven Recht stehenden Rechtes erzeugende, das rationale, evolutionistische, vorwärtstreibende auf Änderung des gegebenen Rechtszustandes gerichtete Element der Rechtsbildung.“²⁸² Somit wäre die normative Kraft des Faktischen, verstanden als alles beherrschendes konservatives Element der Rechtsordnung, ein Fehlschluß. Ein solcher Fehlschluß vermag, „nur vermittelt einer(...) Fiktion den Schein durchgängiger Kontinuität zu wahren.“ Nur durch die Leistung des Als-Ob kann das neue Recht an das alte anknüpfen. Damit erteilt Jellinek dem Positivismus ebenso wie den Naturrechtstheorien eine Absage. Diese Vorstellung eines metarechtlichen Naturrechts als falsch abzutun, ist nach Jellinek dort sinnlos, wo sie als rationale Vorstellung der Regel *de lege ferenda* seine normativ motivierende Kraft beibehält. Hier trifft sich der Autor ganz mit seinem zeitgenössischen Pragmatiker Vaihinger. Georg Jellinek stellt weiter heraus, daß die Idee des Naturrechts insoweit unverzichtbar ist, als daß es der einzige Oppositionsbegriff zur Rechtswirklichkeit sei: *„Das Naturrecht ist in seinem innersten Kern nichts anderes als die Gesamtheit der Forderungen, die eine im Laufe der Zeiten veränderte Gesellschaft an die rechtsschöpfenden Mächte stellt.“²⁸³ Sicherlich ist Jellinek hier auch Hegel verpflichtet, wenn er das konservative Element der Überzeugungsbildung von dem rationalen Element der Rechtsentwicklung unterscheidet. Der Vereinheitlichung von Entwicklungsmoment und Kontinuitätsbruch gilt seine Aufmerksamkeit. Seine Kritik am Positivismus gilt insbesondere der Idee identischer Ableitungsbeziehungen. Entscheidend ist, wie er den Moment der Überzeugung beschreibt und dabei das konservative Element mit dem „rationalen“ Element einheitlich als generatives Prinzip des Rechtsbewußtseins behandelt. Die Grundlage dieses Bewußtseins ist die „Überzeugung von der**

²⁸¹ Georg Jellinek, a.a.O., S. 345.

²⁸² Georg Jellinek, a.a.O., S. 354. Die Schrift „*Verfassungswandel und Verfassungsänderung*“ von Jellinek schildert ausführlich die Kontinuitätsbrüche der Rechtsgeschichte. Sie stellt insoweit eine wichtige Modifikation der Formel von der normativen Kraft des Faktischen dar.

Gültigkeit des Rechts.“ Wenn es sich dabei um einen nicht weiter ableitbaren Bewußtseinsinhalt handelt, so muß dieser den Anschluß an das Übliche und den Kontinuitätsabbruch selbst vereinheitlichen können. Jellinek beschreibt dieses Vermögen als Bewußtseinsform, innerhalb derer Herleitung und Kontinuitätsabbruch zu einem „Erlebnis“ vereinheitlicht werden. Dies ergibt sich insbesondere aus der Beschreibung rechtlicher Überzeugung in einem Aufsatz über „*Hobbes und Rousseau*“: „*Jede Überzeugung wird zunächst erlebt, dann begründet. (...) In der Geschichte aller praktischen Bestrebungen ist es wohl nur äußerst selten vorgekommen, daß jemand auf dem Weg abstrakter Deduktion zu einer real bestimmten Forderung gekommen ist. Vielmehr stehen die Ziele in der Regel bereits fest, und alle Gelehrsamkeit und aller Geist wird aufgewendet um ein für den Vorkämpfer bereits sicheres Resultat theoretisch zu fundieren.*“²⁸⁴ Er unterstellt der Rechtsentwicklung daher gerade keine identischen Ableitungsbeziehungen, wie sie durch die Formel von der *normativen Kraft des Faktischen* suggeriert werden. Seine Betonung des Kontinuitätsbruchs widerspricht entschieden der Lesart, nach der er in der späteren Rechtstheorie rezipiert wurde. Die Ironie liegt darin, daß die Rezipienten Jellineks seine Überlegungen zum Kontinuitätsbruch zugunsten seiner Kontinuitätsformel ausblenden. Sie wiederholen dabei nur die Ausblendungskünste, die Jellinek anhand der Geschichte von Verfassungswandel und Verfassungsbruch beschreibt.²⁸⁵

(3) Die Unterscheidung zwischen Norm und Fakt bezieht sich nicht nur auf rechtliche und außerrechtliche Erscheinungen, sondern trifft eine Unterscheidung zwischen verschiedenen Geltungsformen innerhalb einer rechtlichen Würdigung. Daß etwas „faktisch gilt“, ist zwar sprachlich unglücklich, aber in der Rechtspraxis ein durchaus üblicher Ausdruck. Die Figuren faktischer Geltung sind letztlich in ihren Rechtsfolgen von anderen Rechtsfiguren ebenso wenig unterscheidbar wie praktische Fiktionen von Dogmen. Obschon das Verhältnis von Rechtstexten und sozialer Wirklichkeit unbestimmt ist, kann hier schon einmal festgehalten werden, daß es im Moment der Rechtsetzung und der Rechtsauslegung durch die geschilderten Rückwirkungseffekte Taktsschritte der Verwirklichung gibt. Ein Verwirklichungstakt liegt dann vor, wenn die Differenz zwischen rechtlichen Tatbeständen und Lebenssachverhalten, zwischen Rechtsvorstellungen und -empfinden

²⁸³ Georg Jellinek, a.a.O., S. 345.

²⁸⁴ Zu dem Erlebnis, das Jellinek hier anspricht siehe § 3 V 2 a). Georg Jellinek, *Zur Politik des Absolutismus und der des Radikalismus (Hobbes und Rousseau)*, in: *Ausgewählte Reden und Schriften* Bd. II; Neudruck der Ausgabe Berlin 1911, Aalen 1970, S. 16.

²⁸⁵ Sein Sohn Walter Jellinek knüpfte mit seiner „sprachanalytischen“ Beschreibung juristischer Begriffe an die Theorie seines Vaters an und führt zur Vereinheitlichung von Genese und Kontinuitätsbruch die Unterscheidung von positiven, negativen und neutralen Kandidaten ein.

sowie Rechtshandlungen überbrückt wird. Kodifiziert man Recht, faß man Urteile ab, dann schafft man nicht nur Handlungsgrundlagen, um das Recht durchzusetzen, man unterwirft es auch Verwirklichungstakten. Für einen Moment hebt man die Differenz zwischen Rechtsvorstellungen und positivem formuliertem Recht auf. In diesem Augenblick wird die Differenz zwischen aktuellen mentalen Zuständen und dekontextuierten Begriffen überbrückt. Diese Verwirklichungstakte liegen auf dem Gebiet des Rechts im Moment der Formulierung von Rechtsentscheidungen, unabhängig davon, ob diese Entscheidungen gesetzgebend sind oder ob sie im gerichtlichen Erkenntnisverfahren oder im Vollstreckungsverfahren ergehen. In solchen Fällen von Verwirklichungstakten zu sprechen, hat einen zweifachen Sinn: In dem Moment, wo Recht geäußert und wirksam wird, kann man von einer Synchronisation des Rechts mit nichtrechtlichen Lebenssachverhalten sprechen. Recht ist dann auch ein politisches und ökonomisches Phänomen und Teil des Schicksals der Beteiligten. Darüber hinaus legen solche Momente fest, wovon die Kommunikation im Recht in der Zukunft auszugehen hat.²⁸⁶ Das Bindungspostulat des Rechts bezieht sich immer auf die letzte, einschlägige Entscheidung. Mit dem Begriff der Verwirklichung sind direkt die Grenzen sowohl eines Rechtsfiktionalismus²⁸⁷ als auch eines Rechtsrealismus aufgezeigt, soweit diese Theorien entweder die Figur der Fiktion oder die der Wirklichkeit zum Ausgangspunkt ihrer Theorie machen. Obschon Rechtsvorstellungen im Moment der Formulierung einer rechtlichen Entscheidung verwirklicht werden, bilden sich alsbald wieder Verweisungsüberschüsse und semantische Leerstellen. Sobald die Entscheidung selbst wieder als Präjudiz für neue Entscheidungen dient, taucht auch das Problem der ästhetischen Differenz wieder auf. Die Feststellungen darüber, was und wie bisher entschieden wurde, entbinden nicht von der Prognose, ob die Entscheidung inhaltlich oder begrifflich fortsetzbar ist. In diesem Sinne wird das Recht schon im Moment seiner Anwendung unverbindlich, da die Frage nach der Möglichkeit der erneuten Anwendung Entscheidungen verlangt und nicht Entscheidungen abnimmt. Verwirklichungstakte behalten ihre Überbrückungseigenschaft nur für eine *ästhetische Sekunde*, also für den Augenblick, den man benötigt, um die Aufmerksamkeit von Inhalt zu Form zu wechseln und um seine Vorstellung zu formulieren. Als Takte kann man sie deshalb bezeichnen, weil das Recht, einmal externalisiert und formuliert, anschließend wieder auf die eine oder andere Seite der Unterscheidung von Form und Inhalt des Rechts fallen kann.

²⁸⁶ Vgl.: Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a.M. 1995, S. 126.

²⁸⁷ Vgl. dazu insbesondere die Reine Rechtslehre Hans Kelsens, § 3 IV 3. c).

4. Kontaktbegriffe und Isolationsbegriffe

(1) Wie kann nun die zeitliche Bindung rechtlicher Formulierungen an die Wirklichkeit beschrieben werden? Daß das Recht auf eine Bindung an die soziale Wirklichkeit abzielt, ist erkennbar an Argumentationsformen wie „*Natur der Sache*“, „*sachlogische Strukturen*“, „*Sachgerechtigkeit*“²⁸⁸ oder „*Anschauungen des täglichen Lebens*“.²⁸⁹ Schon dem Wortlaut nach stellen sie darauf ab, die Wirklichkeit zu erfassen. Häufig werden sie in jenen Rechtsgebieten verwendet, die eine besondere Dynamik aufweisen.²⁹⁰ Auch das Gesetz zum Schutz vor unlauteren Wettbewerb, das ein besonders dynamisches Gebiet der Wirtschaft behandelt, stützt sich weitgehend auf den Begriff der „*guten Sitte*“, gegen die verstoßen wird, wenn eine Rechtshandlung „*gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden des beteiligten Verkehrskreises verstößt*“. „*Natur*“, „*Gefühl*“, „*Sitte*“ und „*Sache*“: mit diesen Begriffen soll der Kontakt des diskreten Rechtstextes zur Lebenswirklichkeit hergestellt werden. Damit ist gemeint, daß sie aufgrund ihrer Unbestimmtheit der Öffnung des diskreten Zustands des Rechts zur kontinuierlichen Lebenswirklichkeit hin dienen. So handelt es sich auch bei dem Institut von „*Treu und Glauben*“²⁹¹ um eine unbestimmte Argumentationsform oder -formel, die erst im aktuellen Rechtsanwendungsprozeß einen Inhalt erfahren soll.

(2) Die Wirklichkeit dient dem Recht gleichwohl auch hier als Ausschluß von alternativen Entscheidungsmöglichkeiten. Wenn ich nun sage, daß die Wirklichkeit dem Ausschluß möglicher Alternativen dient, dann beziehe ich das auf rechtsbildende Argumentationsformen, die den Begriff der Wirklichkeit zu dem der Wahrheit bzw. der Natürlichkeit verdichten und somit einen Wirklichkeitsbezug durch gleichzeitigen Wirklichkeitsentzug herstellen. Als rechtliche Argumentationsformen tauchen sie in der Rechtspraxis dann auf, wenn sie mit bloßen anthropologischen Vorgegebenheiten, Bedingungen effizienter Rechtsdurchsetzung oder darüber

²⁸⁸ Siehe zu diesen Formen: Klaus Grimmer, *Die Rechtsfigur einer "Normativität des Faktischen"*. Eine Untersuchung zum Verhältnis von Norm und Faktum und zur Funktion der Rechtsgestaltungsorgane, Berlin 1971, S. 12 ff.

²⁸⁹ Siehe: BGHSt 16, 271; 23, 255.

²⁹⁰ Vgl.: Arthur Kaufmann, *Analogie und Natur der Sache*. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus, Tübingen 1982; mit historischen Überblick: Malte Diesselhorst, *Die Natur der Sache als außergesetzliche Rechtsquelle verfolgt an der Rechtsprechung zur Saldotheorie*, Tübingen 1970; besonders instruktiv zu den rhetorischen und logischen Formen: Wolfgang Neuß, *Vernunft und Natur der Sache, Studien zur juristischen Argumentation im 18. Jahrhundert*, Berlin 1970.

²⁹¹ Vgl. § 242 BGB.

hinaus Geltungsansprüche im Recht formulieren.²⁹² Von der Bindung der Legitimation an Wirklichkeit, Natur oder Wahrheit und von dem gleichzeitigen kognitiven Wirklichkeitsentzug kann man sich argumentativ nicht lösen. Bei der Beobachtung abweichenden Verhaltens können kulturelle Regeln, wie Rechtsregeln, nicht, wie Naturgesetze, falsifiziert werden. Während im Bereich natürlicher Ordnungen zwischen gesetzmäßig und akzidentiell (nichtgesetzmäßig) unterschieden werden kann,²⁹³ wird im Bereich kultureller Ordnungen darüber hinaus zwischen geltenden und nichtgeltenden Regeln unterschieden. Das heißt, daß auch die Unsitte eine Form regelmäßiger Übungen und doch keine kulturelle Regel wie die Sitte ist, und daß Gewohnheitsrecht niemals das Recht schlechter Gewohnheiten sein soll. Während Naturgesetze also bei abweichenden Beobachtungen falsifiziert werden können, müssen kulturelle Regeln bei abweichenden Beobachtungen gerade „verifiziert“ werden. Diese Form der Versicherung kann nicht über Adäquanzen hergestellt werden, sondern nur über die Auswahl unter Alternativen, die eben dazu führt, daß der Wirklichkeitsbezug im Moment der Entscheidung gleichzeitig eine Form von Wirklichkeitsentzug darstellt. Es muß ein Rahmen gebildet werden, innerhalb dessen Handlungen und Urteile zur Disposition stehen und erlaubt sind. Dies läßt sich anhand der Analyse von Verbotsnormen erläutern. Jeder Soll-Satz hat einen kontradiktorischen deskriptiven Gehalt. Der Wirklichkeitsbezug einer Rechtsordnung ist in gewisser Hinsicht ein Beschreibungsproblem, auch wenn es sich bei Rechtstexten um Vorschriften, nicht um Beschreibungen handelt. Rechtsnormen müssen jedoch einen Teil der Wirklichkeit als Forderung beschreiben, um nicht als unmögliche Utopie oder als Erwartung ohne Erwartende²⁹⁴ Unerreichbares zu fordern. Die Beziehung der Rechtsregeln zu den regelmäßigen Erscheinungen des Zusammenlebens muß sich über einen Widerspruch vollziehen. Im deutschen Strafrecht findet sich folgende Vorschrift:

*„Wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“*²⁹⁵

Dieser Paragraph beschreibt auf einer primären Ebene die Tatsache, daß jemand bestraft wird, wenn er sich, wie dort beschrieben, verhält. Ich will hier einmal den Streit und Widerstreit darum, was Wegnahme bedeutet, auslassen und die Form des Widerspruchs nur auf das Verhältnis von

²⁹² Vgl. zu anthropologischen Vorgegebenheiten: F.H. Schmitt, *Verhaltensforschung und Recht*, Berlin 1982, S.96.

²⁹³ Wolfgang Stegmüller, *Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und Analytischen Philosophie*, Bd. I, Wissenschaftliche Erklärung und Begründung, Berlin u.a. 1969, S. 273 ff.

²⁹⁴ Carl August Emge, *Normatives Rechtsdenken und Lebenswirklichkeit*, Wiesbaden 1956, S. 17.

²⁹⁵ § 242 StGB.

Verbotsnorm zur Rechtswirklichkeit beziehen. So beschreiben Rechtsnormen auch die Rechtsfolge, die durchgesetzt wird, wenn die beschriebenen Voraussetzungen und eine ganze Anzahl weiterer Voraussetzungen der Durchsetzbarkeit wie z.B. die effiziente Strafverfolgung eintreten.²⁹⁶ Diese Ebene der Beschreibung steht der empirischen Rechtstatsachenforschung offen. Es lassen sich Statistiken darüber erstellen, wie hoch die Diebstahls-, Aufklärungs-, Verurteilungs- und Rückfallrate liegen. Auf einer sekundären Ebene, und das ist das eigentliche Beschreibungsproblem, kann man diesen Paragraphen umschreiben und fordern: „*Du sollst nicht stehlen.*“ Das ist eine Präskription, die als solche gerade keinen direkten beschreibenden Gehalt und insoweit auch keinen Wirklichkeitsbezug hat. Gleichwohl gibt es auch bei präskriptiven Aussagen einen deskriptiven Anteil.²⁹⁷ In der Aussagenlogik bezeichnet man den deskriptiven Bestandteil eines Normsatzes *Phrastikon*, den präskriptiven Bestandteil *Neustikon*.²⁹⁸ „*Du sollst nicht stehlen*“ läßt sich etwa auf folgende beschreibende Inhalte zurückführen:

1. *Es wird gestohlen.*
2. *Du kannst entscheiden, ob du stiehlest, oder ob du nicht stiehlest.*
3. *Es wird erwartet, daß du nicht stiehlest.*

Eine Verbotsnorm beschreibt die Tatsache, daß gestohlen wird, und die gemeinschaftliche Erwartung, daß dies unterbleibt. Weiter beschreibt sie die Möglichkeit, sich alternativ zu verhalten. Es ist die Aussage, daß die Rechtsadressaten willentlich und verantwortbar handeln. Die Möglichkeit alternativen Verhaltens ist die Voraussetzung dafür, aus einer Handlung einen Vorwurf zu machen. Aussage 2 und Aussage 3 ließen sich deskriptiv und zugleich auffordernd mit der Wendung „*Es wird nicht gestohlen!*“ zusammenfassen. Man mag dies für einen sprachlichen Taschenspielertrick halten, allerdings sind solche Formulierungen in der Umgangssprache durchaus üblich. Die genannte Verbotsnorm beschreibt also sowohl die Erwartungshaltung („*Es wird nicht gestohlen*“) als auch ihre Enttäuschung („*Es wird gestohlen*“). Da Regeln aber überhaupt nur dann formuliert werden, wenn gegen sie verstoßen wird, ist es sinnvoller, sie als formulierte Enttäuschungen zu verstehen.²⁹⁹ Die

²⁹⁶ Die Wirksamkeit einer Rechtsnorm macht der Rechtsrealismus zum Ausgangspunkt seiner Überlegungen; Georg Küpper, *Begriff und Grund der Rechtsgeltung in der aktuellen Diskussion*, in: *Rechtstheorie* 22 (1991), S. 73; Zum Rechtsrealismus: Alf Ross, *Towards a Realistic Jurisprudence*, 1946; ders.: *On Law and Justice*, London 1958.

²⁹⁷ Dazu Ota Weinberger: „*Jede Institution hat einen Kern praktischer Informationen, durch die das Dasein und Funktionieren der Institutionen ermöglicht wird*“; Ota Weinberger, *Realismus und Systemtheorie in der Jurisprudenz*, in: *Rechtstheorie* 1994, S. 11.

²⁹⁸ Die Begriffe sind von dem Moralphilosophen R.M. Hare eingeführt worden. R.M. Hare, *The Language of Morals*, Oxford 1952.

²⁹⁹ In diesem Sinne spricht Luhman davon, daß das Recht der Aufrechterhaltung enttäuschter Erwartung dient.

kontradiktorische Auflösung einer Normaussage zeigt, daß Regeln eine Denkform der Alternative darstellen,³⁰⁰ die Entscheidungen verlangt.

(3) Rechtsregeln sind nur aufgrund ihrer Ausnahmen bzw. regelmäßiger Alternativen erkennbar und formulierbar. Da die Auslegung von Rechtssätzen auch regelhaft geschehen muß, gilt das Gesagte nicht nur für die primären Rechtsregeln wie die Verbotsnormen, sondern vor allem für die sekundären Regeln der Rechtsauslegung. Wenn es um die Ausfüllung der einzelnen Tatbestandsmerkmale geht, so vollzieht sich diese Ausfüllung trotz des oben beschriebenen Subsumtionszirkels nur über das widersprüchliche Nebeneinander von adäquaten Merkmalen und inadäquaten Merkmalen. Die beschriebene Erwartungshaltung gibt es auch im Recht und im Hinblick auf das Recht, und sie bezieht sich darauf, daß Tatbestandsmerkmale wie z.B. die Nötigung regelhaft ausgelegt wird. Tatbestandsmerkmale werden jedoch von einem Fall zu dem nächsten Fall nicht identisch übertragen, eben weil beide Fälle sich unterscheiden. Legitimation geht trotz dieser Inadäquanz zwischen formuliertem Recht und Wirklichkeit gleichwohl einher mit Verifikation, und die kann sich in Anbetracht abweichender Beobachtung nur über Isolationsbegriffe vollziehen, die gerade durch ihren Bezug zur Wahrheit den zur Wirklichkeit ausschließen. Isolationsbegriffe müssen gegenüber der Tatsache, daß sie nicht mehr das bedeuten, was sie im letzten Fall bedeuteten, immunisiert werden. Bei der Entwicklung der Rechtssprache können wir gegenläufige Linien eines solchen Wirklichkeitsentzuges erkennen. In allen jungen Rechtskulturen läßt sich eine Identifikation von kultureller Ordnung mit einer metaphysischen, göttlichen Ordnung oder einer von Gott abgeleiteten Naturordnung beobachten.³⁰¹ Gleichzeitig läßt sich in diesen Kulturen ein Rechtsbewußtsein beobachten, das Jean Piaget im Zusammenhang mit seiner Stadien Theorie als *moralischen Realismus* bezeichnet hat.³⁰² Dieses präformale Rechtsbewußtsein ist nach Piaget noch ganz von der Konfusion rechtlicher und natürlicher Ordnungen beherrscht. Regeln werden als Regelmäßigkeiten aufgefaßt, die bereits zu Beginn der Zeit in der Weltordnung installiert wurden. Physikalische Gesetze werden als moralische Gebote mißverstanden. Natur und Recht sind unterschiedslos heilig, göttlich, ewig und unabänderlich. „*Erkenntnisrealistisch werden (subjektive) Regeln, Gesetze, Sitten und Vorschriften*

³⁰⁰ Jürgen Rödig, *Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz*, Berlin-Heidelberg-New York 1969.

³⁰¹ Vgl.: Gerd Roellecke, *Im Naturprozeß gibt es keine Berufung*, in: FAZ vom 22.4. 1998. "Ein Mittel, Alternativen auszuschließen war die Rechtfertigung des Rechts mit Gott oder der Natur. Sie wurde ungläubwürdig, als im 18. Jahrhundert die Herrschaft der Gesetze die Herrschaft der Herren ablöste."

mit (objektiven) Regelmäßigkeiten – Naturgesetzen – konfundiert,³⁰³ und so kann man von einer Identifikation von Wahrheit und Legitimation sprechen. Erkennbar ist eine solche Haltung an den Vorstellungen immanenter Gerechtigkeit. Danach wäre eine Brücke, die zusammenstürzt und einen fliehenden Dieb mit sich reißt, nicht zusammengestürzt, wenn das Unfallopfer nicht auch Täter eines Diebstahls gewesen wäre.³⁰⁴ Spuren davon finden sich vom traditionellen Ordalprozeß³⁰⁵ bis hin zu der Alltagsvorstellung, daß ein Unglück bestimmten Personen „*recht geschehe*“. Obschon von Piaget für moderne Rechtsgesellschaften eine Formalisierung des Rechtsbewußtseins und eigentlich die Überwindung des *moralischen Realismus* festgestellt wird, hat dies keinen direkten Einfluß auf die Begründung von Rechtsordnungen durch natürliche Ordnung und ihren Wirklichkeitsentzug. Es ist ein Irrtum anzunehmen, daß sich Rechtsbewußtsein abschließend formalisieren oder von der Anschauung lösen läßt. Dementsprechend finden sich auch in der historischen Entwicklung des Rechts parallel zu allen Formen der anschauungsgelösten „Begriffsjurisprudenz“ naturalisierende, anschauungsgebundene Rechtstheorien. Die Argumentationsform „*Natur der Sache*“ begründet weiter Rechtsentscheidungen. Schließlich ist das 19. Jahrhundert, das als Abkehr von metaphysischem und naturrechtlichem Denken verstanden wird, nicht nur das Jahrhundert der konstruktivistischen Begriffsjurisprudenz³⁰⁶ sondern auch durch den Versuch gekennzeichnet, die Naturgesetze des Rechtes³⁰⁷ auf der Grundlage *empirischer Reflexion*³⁰⁸ selber zu bestimmen. Ebenso gilt für die als sakralrechtlich oder metaphysisch definierten Rechtskulturen, daß schon früh nicht nur die Verweisung von Rechtsordnung auf Naturordnung beobachtet werden, sondern auch die Unterscheidung beider Sphären.³⁰⁹ Und ebenso sind heute trotz der grundlegenden Unterscheidung zwischen Wirklichkeit/Natur und Recht gleichwohl naturalisierende Argumente im Gebrauch juristischer Argumentationen. Diese Identifikationen begegnen uns in sämtlichen Bereichen der Rechtspraxis. Auch weiterhin definiert sich Recht über einen Wirklichkeitsbezug und über einen

³⁰² Jean Piaget, *Das moralische Urteil beim Kinde*, Frankfurt a.M. 1973, S. 62 ff, 100; insoweit bestätigend: T. Lickona, *Moral Development and Behavior*, New York 1976, S. 229; Lawrence Kohlberg/ R. Gilligan, *The Adolescent as Philosopher*, in: *Daedalus* 100 (1971).

³⁰³ Oesterdiekhoff, a.a.O., S. 89.

³⁰⁴ Piaget, a.a.O., S. 287.

³⁰⁵ H. Mitteis, *Deutsche Rechtsgeschichte*, München 1978; H. Brunner, *Land und Herrschaft*, Darmstadt 1984.

³⁰⁶ Die historische Rechtsschule Savignys greift als erstes innerhalb juristischer Argumentationen auf den Begriff der Konstruktion zurück. Vgl.: Dieter Nörr, *Savignys philosophische Lehrjahre*, Frankfurt a.M. 1994, S. 254 ff.

³⁰⁷ Vgl. die historische Studie über den frühen Versuch einer Begründung universellen Rechts in den Naturwissenschaften: Rainer Maria Kiesow, *Das Naturgesetz des Rechts*, Frankfurt a.M. 1997, S. 54 ff.

³⁰⁸ Albert Hermann Post, *Der Ursprung des Rechts*. Prolegomena zu einer allgemeinen vergleichenden Rechtswissenschaft, Oldenburg 1876, S. 145.

Wahrheitsbezug und einen fließenden Übergang von Kontaktbegriffen zu Isolationsbegriffen. Dies läßt sich etwa anhand folgender Figuren beobachten: Auch nach einer als naturrechtlich verstandenen Phase der Rechtsentwicklung ist die Argumentationsform der „*Natur der Sache*“ weiter in Gebrauch. In der Diskussion um das Verbot von Dopingmitteln werden naturalisierende Argumente eingeführt: EPO ist ein Mittel, das die Zahl der roten Blutkörperchen erhöht, den Sauerstofftransport und somit den Muskelaufbau erhöht. Das Mittel ist verboten, weil es sich um ein *künstliches* Mittel der Leistungssteigerung handelt. Das künstliche Höhentraining in einer Druckkammer hat den gleichen Effekt, die Anzahl der roten Blutkörperchen zu erhöhen, diese Einflußnahme ist aber erlaubt. Und daran, das *natürliche* Höhentraining in Gebirgen zu verbieten, denkt man gar nicht erst, obschon es eben den gleichen Effekt wie EPO hat.³¹⁰ In aktuellen Gesetzestexten sind auch noch auf anderer Ebene Spuren naturalistischer Rechtsvorstellungen nachweisbar.³¹¹ Darunter fällt die Vorstellung, daß Rechtsbegriffe und Rechtsregeln selbst natürlich indiziert seien. Auch heute wird rechtsdogmatisch die Vorstellung vertreten, sämtliche Rechtsbegriffe sollten einen naturalistischen oder ontologischen Status und somit eine wirklichkeitsäquivalente Funktion haben.³¹² Dazu taucht auch in der Rechtspraxis immer wieder die Bemerkung auf, der Inhalt von Rechtsbegriffen sei durch *sinnliche Wahrnehmung feststellbar*.³¹³ Ernst Wolf etwa stellt in seiner *Realen Rechtslehre* fest, daß der Rechtsbegriff daher vom Gegenstand abhängt und nicht frei gebildet oder geändert werden könne.³¹⁴ Der begriffsrealistische Hintergrund sichert die Verbindlichkeit des Rechts, indem er alternative Auslegungsmöglichkeiten verneint und statuiert, die Bedeutung der Rechtsbegriffe sei vorgegeben und der Entscheidung des Richters entzogen. Schließlich enthält auch noch die Präambel des Grundgesetzes eine *nominatio dei*, andere Verfassungen Europas eine *invocatio dei*, die ebenfalls als Abschluß eines Bezuges zwischen Legitimation und Wahrheit zu sehen ist.³¹⁵

³⁰⁹ Vgl.: Uwe Wesel, *Frühformen des Rechts in vorstaatlichen Gesellschaften*, Frankfurt a.M. 1985; Dieter Wyduckel, *Normativität und Positivität des Rechts*, in: Aarnio (Hrsg.) *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit*, S. 437.

³¹⁰ Vgl. zu dieser Diskussion: Rüdiger Zuck, *Doping*, NJW 1999, S. 831 ff.

³¹¹ Insofern viel diskutiert: § 90 a BGB: "*Tiere sind keine Sachen.*"

³¹² Vgl. zur ontologischen Rechtslehre: Ernst Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Köln/Bonn/Berlin 1976.

³¹³ Vgl.: Schönke/ Schröder/ Cramer, *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 15 Rnd. 18; Mit kritischen Anmerkungen dazu: Rüdiger Nierwetberg, a.a.O., S. 131.

³¹⁴ E. Wolf, a.a.O., S. 15.

³¹⁵ "*Im Bewußtsein seiner Verantwortung vor Gott...*"; weitergehend ist insoweit die *invocatio dei* der Schweizer Bundesverfassung ("Im Namen Gottes des Allmächtigen"); der griechischen Verfassung ("Im Namen der Heiligen, Wesensgleichen und Unteilbaren Dreifaltigkeit"). Siehe dazu: Jörg Ennuschat, *Gott und Grundgesetz*, NJW 1998, S. 953 ff.

(4) Demnach kann rechtsgeschichtlich auch kein abschließender Trennungszeitpunkt für die dichtomische Semantik und ihre Ordnungssysteme Natur und Recht, Wahrheit und Legitimation, Form und Vorstellung fixiert werden, es handelt sich vielmehr um eine in den argumentativen Zwängen liegende Unterscheidung, die immer auf neue aktualisiert und umgeschrieben wird. Ob und wie lange die Argumentationsform der *Natur der Sache* ein Kontaktbegriff oder ein Isolationsbegriff ist, hängt zum einen davon ab, ob es aufgrund der Dynamik rechtlicher Semantik bereits wieder Zeit für einen neuen Universalienstreit ist, oder nicht. Zum anderen hängt die Einordnung davon ab, welche Entscheidungen innerhalb einer Kultur überhaupt zur Disposition stehen, und welche nicht. Die Relation zwischen Regel und Fall stellt sich stets als ein Nebeneinander adäquater und inadäquater Merkmale dar, und die Auseinandersetzung um die richtige Entscheidung verlangt stets, sich für eine der beiden Merkmalstypen zu entscheiden. Es läßt sich nicht abschließend klären, wo die anthropologischen Vorgegebenheiten, Bedingungen der Anwendung und Durchsetzbarkeit enden und zivile oder kulturell gesetzte Standards beginnen. Selbst bisher eindeutig als Naturgesetz formulierte Regeln, wie „*Der Mensch ist sterblich*“, werden durch medizinischen Fortschritt der Evidenz entzogen. Es bedarf bereits der Einberufung von Ethik-Kommissionen, die statt dessen formulieren sollen, unter welchen Bedingungen der Tod eines Menschen anzunehmen ist, so daß das scheinbare Faktum der Sterblichkeit schon längst im Graubereich zwischen *Sein* und *Sollen* liegt.³¹⁶ Auch der Mensch wird allein aufgrund gentechnischer Möglichkeiten früher oder später nicht einfach mehr dem Bereich der Tatsachen, sondern dem Bereich genetischer Dispositionsbefugnisse und ethischer Normen zuzuordnen sein, selbst wenn man es unterläßt, einen anderen Menschen zu schaffen. Aus der Zwang, sich entscheiden zu können und aus dem somit erzwungenen Übergang von Bedingtheiten der Entscheidungsmöglichkeiten zu Unbedingtheiten des Vollzugs stets eine Koppelung, innerhalb derer Setzungen zu Voraussetzungen werden. Die Möglichkeit des Begründungsabschlusses erzwingt dann wieder die Rückversicherung einer Entscheidung in Entscheidungsgrundlagen und somit den Übergang von Normativität des Rechts zur Faktizität seiner Anwendung und Durchsetzung. Der juristische Fiktionalismus von Kelsen und die weiteren Konzepte von Hart,³¹⁷ soweit sei hier bereits auf die unten folgenden Darstellungen vorausgegriffen, sehen in den begründungsabschließenden

³¹⁶ So in der Rechtsprechung zu der Frage, ob das Vormundschaftsgericht über die Abschaltung lebenserhaltender Maßnahmen entscheiden kann. Vgl.: OLG Frankfurt a.M., NJW 1998, S. 2747; LG Stuttgart, BtPrax 1994, S. 64 ff.; OLG Stuttgart BtPrax 1994, S. 99 ff.; Inzwischen gibt es auch eine Richtlinie der Bundesärztekammer zur Sterbehilfe, abgedruckt in: NJW 1998, S. 3406.

Fiktionen gerade die Möglichkeit, eine Grenze zwischen der Normativität juristischer Verhandlungs- und Argumentierbarkeit und Deskriptivität zugrundeliegender und unbezweifelbarer Überzeugungen ziehen zu können. Die dichotomische Semantik weist zugleich auf eine Grenze dessen, was durch ihre Unterscheidung zur Disposition einer Rechtskultur steht. Dieser Bereich bildet immer einen Beurteilungsspielraum, innerhalb dessen auch über das Unrecht oder die falsche Auslegung mit rechtlichen Mitteln gestritten werden kann. Nur was ohnehin zur rechtlichen Disposition steht läßt sich entweder in Kontaktbegriffen oder Isolationsbegriffen fassen. Jenseits davon beginnt der Bereich dessen, was der sowohl der Argumentation als auch der Kognition entzogen ist, gerade weil es nicht zur Disposition einer Gesellschaft steht.

III. Das Ideal der Widerspruchslosigkeit

1. Die Grenzen der Verbindlichkeit

a) Transzendentalpragmatische Argumente

Wenn sich das Recht von der Wirklichkeit unterscheidet, dann muß es ein rechtliches Innenverhältnis, ein Außenverhältnis und eine Grenze zwischen den beiden Erscheinungen geben. Diese Grenze kann nicht identisch sein mit der Grenze dessen, was durch die Rechtsakteure kognitiv erfaßbar ist. Die Rechtstheorie hat sich darauf geeinigt, Innen und Außen dadurch zu unterscheiden, daß das positiv gesetzte Recht im Gegensatz zur Wirklichkeit nicht ist, sondern gilt, und daß der Unterschied darin liegt, daß Geltung Verbindlichkeit bedeutet.³¹⁸ Mit den Grenzen der Verbindlichkeit bezeichnet man eigentlich ein Paradox. Wenn es etwas außerhalb des Verbindlichen gibt, dann wäre nach den Vorstellungen der konsensorientierten Rechtswissenschaft die Verbindlichkeit selbst bereits in Frage gestellt.³¹⁹ Besonders für die höchsten Werte der Rechtsadressaten und -autoren, die Menschenrechte und die Souveränität, ist nur schwer vorstellbar, daß sie zeitlich und örtlich eingeschränkt seien. So verbindet man mit Argumentationen und Begründungen die Vorstellungen, daß sie auf unbezweifelbare Grundlagen zurückführbar seien. Solche Verbindlichkeitsquellen werden als vernunftautonome Prämissen vorgestellt. Die Vorstellung, daß Verbindlichkeit begrenzt sei, wird, einmal als Paradoxon entkleidet, in einem Umkehrschluß selbst noch zur Legitimationsgrundlage des

³¹⁷ Hart führt so die Unterscheidung zwischen *rules of cognition* und *rules of obligation* ein. Siehe dazu: H.L.A. Hart, *Der Begriff des Rechts*, Frankfurt a.M. 1973; S 173-213.

³¹⁸ Vgl.: Klaus Lüderssen, *Genesis und Geltung in der Jurisprudenz*, Frankfurt a.M. 1996, S. 127.

Rechtes gemacht. Das transzendentalpragmatische Argument für die geschlossene Verbindlichkeit des Rechts weist auf den performativen Selbstwiderspruch hin, der vorliege, wenn jemand Verbindlichkeiten ablehne und zugleich doch diese Ablehnung verbindlich äußere.³²⁰ So ein Selbstwiderspruch liege vor, wenn jemand ein Verfahren wie das Gerichtsverfahren in Anspruch nehme und letztlich doch die Verbindlichkeit dieses Verfahrens in Abrede stelle. Der Widerspruch wird von diesen Theoriemodellen nicht als unvermeidbare Grundlage jeder Begründung gesehen, sondern, per *argumentum e contrario*, als Beweis dafür, daß es verbindliche Grundlagen für Begründungen geben muß. Aus dem Hinweis auf einen performativen Selbstwiderspruch des unverbindlichen Handelns folgt jedoch nicht ohne weiteres der Nachweis für die Verbindlichkeit von rechtlichen Verfahren. Aus der bloßen Tatsache des Selbstwiderpruches wird erst dann ein Beweis, wenn Widerspruchslosigkeit ein Ideal von Begründungssystemen ist. Erst mit der Forderung, daß der Mensch nicht selbstwidersprüchlich handeln dürfe und sich nicht in Widerspruch zu seinen eigenen Prämissen setzen dürfe, folgt der Nachweis, daß jedermann eine verbindliche Grundnorm anerkennen müsse. Die Verfahrenstheorien müßten sich daher, wenn sie rechtliche Entscheidungen als verbindlich fundieren wollen, bemühen, für die Geltung des Rechts eine widerspruchslose Letztbegründung zu finden, oder den Widerspruch in Form des Als-Ob zu instrumentalisieren. Widerspruchslosigkeit als Ideal ist eng verbunden mit der Furcht vor der Beliebigkeit und Willkür einer richterlichen Entscheidung: *„Ein Widerspruch führt bekanntlich dazu, daß sich aus einem Aussagesystem jeder beliebige Satz einschließlich seines kontradiktorischen Gegenteils und damit letztlich überhaupt kein Satz ableiten läßt.“*³²¹ Das Ideal der Widerspruchslosigkeit hat daher inzwischen auch Eingang in die Argumentationen des Bundesverfassungsgerichtes gefunden und betrifft somit sämtliche Bereiche der Rechtsetzung.³²² Die Prinzipien des Rechtsstaates und das Willkürverbot verpflichteten, so das Bundesverfassungsgericht, *„alle rechtssetzenden Organe des Bundes und der Länder, die Regelungen jeweils so aufeinanderabzustimmen, daß den Normadressaten nicht gegenläufige Regelungen erreichen, die die Rechtsordnung widersprüchlich machen.“*³²³

³¹⁹ Vgl. nur: Claus-Wilhelm Canaris, *Konsens und Verfahren als Grundelemente der Rechtsordnung*-Gedanken vor dem Hintergrund der Eumeniden des Aischylos, JuS 1996, S. 573 ff. (579); Joerden, ArSP 74 (1988), S. 312; Hruschka, JZ 1987, S. 952.

³²⁰ Vgl.: Apel, *Diskurs und Verantwortung*, 1988, S.354 ff.

³²¹ Canaris, a.a.O., S. 580.

³²² BVerfG NJW 1998, 2341. Siehe dazu die kritischen Stellungnahmen: Horst Sendler, *Grundrecht auf Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung? - Eine Reise nach Absurdistan?*, NJW 1998, S. 2875, m.w.N.

³²³ BVerfG, NJW 1998, S. 2341.

b) Die Gedächtnisgarantien

(1) Verbindlichkeit scheint ein zentrales Merkmal und aufgrund des Ideals der Rechtssicherheit auch eine Funktion des Rechts zu sein. Vor allem Verbindlichkeit und Letztbegründbarkeit setzen rechtliche Entscheidungen unter Anschluß- und Fortsetzungszwang. Das heißt, daß jede rechtliche Entscheidung aus allgemeinen Prinzipien ableitbar sein soll und die ausgesprochenen Prinzipien auch fortsetzbar sein sollen für die Zukunft. Neben der oben geschilderten logischen bzw. hermeneutischen Perspektive drängt sich hier eine zeitliche Perspektive auf. Die Entscheidung soll inhaltlich, formell und zeitlich gebunden sein und daraus folgt das oben geschilderte Subsumtionsideal der Rechtswissenschaft. Gesetzesbindung heißt in diesem Zusammenhang immer ein zweifaches: Eine Bindung an die Bedeutung des Rechts, wie sie in Präambeln der Verfassungen formuliert werden, als auch an die Bedeutungsträger des Rechts, also den Gesetzestext („*nulla poene sine lege scripta*“)³²⁴ und die institutionalisierten Rechtsautoren. Diese Doppelfunktion gilt für die zahlreichen Bindungen von Entscheidungen an Gesetze, von Gesetzen an sachlogische Strukturen und an die Idee der Gerechtigkeit.³²⁵ Selbst dort, wo im Gesetzestext rechtliche Prämissen zunächst fehlen, wo es offene oder verdeckte Lücken gibt, soll an Prämissen aus Präjudizien und Rechtskommentaren angeschlossen werden. In diesem Sinne formuliert das Schweizer Recht:

I. Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut und Auslegung eine Bestimmung enthält.

II. Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde.

*III. Er folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung.*³²⁶

Die Begründung stellt auch jenseits des textlichen Anlehnungszwangs die Gedächtnisgarantie und die Vergangenheitsorientierung des Rechts dar.³²⁷ Diese Bindung wird deutlich an der Praxis des BGH: „Ein BGH-Senat darf von einem anderen BGH-Senat nur dann abweichen, wenn überwiegende

³²⁴ Vgl.: Art 103 II GG, § 1 StGB.

³²⁵ Vgl.: Hans Joachim Koch, *Die juristische Methode im Staatsrecht*. Über Grenzen von Verfassungs- und Gesetzesbindung, Frankfurt a.M. 1977, S. 58.

³²⁶ Art. 1 SZGB.

³²⁷ Dies entspricht erkenntnistheoretisch der Rolle des Gedächtnisses als "*wichtigstem Sinnesorgan*", daß allein eine Anknüpfung an vorhergegangene Erfahrung herstellen kann und so alleine Sinn konstituieren kann. Vgl.: Gerhard Roth, a.a.O., S. 261.

*Gründe gegen dessen Entscheidung sprechen (gleich gute Gründe genügen nicht!)*³²⁸ Dieser Anschlußzwang ist Ausdruck der Funktion des Rechts, soziale Sicherheit zu garantieren. Die Voraussehbarkeit der Entscheidung ist daher das am häufigsten genannte Argument für die Verbindlichkeit der Präjudizien.³²⁹ Die Radbruch'sche Idee, ein schlechtes Gesetz sei besser als kein Gesetz, fußt auf der Idee, ein solches Gesetz lasse immerhin die Zukunft antizipieren und erlaube, sich darauf einzurichten. Luhmann bemerkt dazu, daß die soziale Bedeutung des Rechts darin liege, „*daß es soziale Konsequenz hat, wenn Erwartungen zeitstabil gesichert werden können*“ und leitet daraus Argumente für den *status quo* ab.³³⁰

(2) Um die „Zeit des Rechts“ zu stabilisieren, müssen auch die Quellen des Rechts dem Recht unterworfen werden. Als eine der Leistungen ziviler Rechtsgesellschaften gilt es dann auch schließlich, die Entwicklung des Souveränitätsgedankens damit zu beschließen, daß die obersten Instanzen des Rechts selbst, wie in der deutschen Verfassung, an das Recht gebunden werden: „*Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.*“³³¹ Da die verfassungsmäßige Ordnung selbst vom Gesetzgeber formuliert ist und die Verfassung selbst für änderbar gehalten wird, heißt das: Der Gesetzgeber soll sich daran festhalten lassen, was er bisher formuliert hat. Dieser Gedächtniszwang ist so stark, daß noch im Angriff auf letzte juristische Prämissen, also im Fall von Staatsneubildungen, die historische oder kulturgenetische Legitimation durch begriffliche, inhaltliche oder institutionelle Vorgänger in der rechtlichen Tradition unverzichtbar ist. So wurde die Präambel des aktuellen deutschen Grundgesetzes über einen vorhergehenden Staatsvertrag beider deutscher Staaten neugefaßt,³³² und diese Kette läßt sich immer weiter verfolgen. Die Frage, ob Kaiser Franz die deutsche Reichskrone rechtswirksam niedergelegt hat und damit die Verfassung des heiligen-römischen Reiches deutscher Nation für erloschen erklärt hat, ist unter Rechtshistorikern immer noch

³²⁸ Ulrich Schroth, *Philosophische und juristische Hermeneutik*, S. 355.

³²⁹ Vgl. fürs englische Recht: Philipp James, *Introduction to English law*, London 1962, S. 10; Ebenso: „*Dieses Anlehen an das Vorgefundene ist nicht Einfallslosigkeit, sondern dient dem Gebot, durch Beständigkeit und Gleichmäßigkeit der Rechtsprechung der Rechtssicherheit Rechnung zu tragen. Dieses Gebot ist Ausfluß des Rechtsstaatsprinzips*“, Winfried Schuscke, *Bericht, Gutachten und Urteil: eine Einführung in die Rechtspraxis*, München 1994, S.103

³³⁰ Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a.M. 1995, S. 126.

³³¹ Art. 20 III Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland.

³³² Vgl. Präambel des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland in der Neufassung durch Artikel 4 des Einigungsvertrages v. 31.8.1990 (*BGBI. II S. 889*).

strittig.³³³ Wer diese Frage nicht ernst nimmt, wird es auch kaum für nötig erachten, zu prüfen, ob die Präambel und das Grundgesetz des aktuellen Staates durch ein rechtswirksames Vorgehen erlassen wurden. Verfassungsänderungen gehen immer mit dem Bemühen einher, die Legitimität des Bruches durch die Prinzipien bisherigen Rechts zu begründen.³³⁴ Dieser Gedächtnisgarantie versucht die deutsche Verfassung nun durch den Art. 79 GG Bestand zu verleihen. Jede Änderung soll eine Form des Anschlusses an den bestehenden Zustand bilden. Art. 79 I des deutschen Grundgesetzes fordert daher mit den Prinzipien der Urkundlichkeit und Einsichtbarkeit, daß für eine wirksame Änderung des Grundgesetzes der Wortlaut ausdrücklich geändert wird.³³⁵ In Absatz 3 finden sich mit der sog. *Ewigkeitsgarantie* schließlich inhaltliche Schranken jeder Änderbarkeit, die genau die Grenzen der Verbindlichkeit bezeichnen sollen:³³⁶ „Die Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in Art. 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist unzulässig.“ Dieses Ideal der Verbindlichkeit des Rechts hat noch Konsequenzen bis hin zu einem Verbot des tatsächlichen Widerspruchs. Dies begegnet uns bei der Frage des Widerstandsrechtes gegen die Staatsgewalt: Angriffe gegen Vollziehungsbeamte werden im Falle formell rechtskräftiger aber materiell rechtswidriger Urteile nicht als Notwehr anerkannt, da im Hinblick auf das Ziel der Rechtssicherheit die formelle Rechtskraft trotz materieller Fehler verbindlich sei.³³⁷

2. Revisionen

(1) Die Behauptung letzter Verbindlichkeitsquellen führt ebenso in Paradoxien wie die Leugnung letzter Verbindlichkeitsquellen. Jedes Begründungssystem ist dort, wo es endet, ein Paradox.³³⁸ Das Recht scheint gleichwohl, da das Recht sicher und nicht willkürlich sein soll, überhaupt nur als verbindliche und widerspruchslose Regelung denkbar. Will man jedoch Widerspruchslosigkeit zur Grundlage einer Argumentation machen, gerät man ebenso in Antinomien, wie wenn man es nicht tut. Deutlich wird dies vor allem in dem rechtstheoretischen Versuch, die Souveränität einer

³³³ Vgl. Heinz Lieberich, *Deutsche Rechtsgeschichte*, München 1988, S. 409

³³⁴ Siehe dazu die historische Darstellung mit Beispielen: von *Georg Jellinek, Verfassungsänderung und Verfassungswandlung: eine staatsrechtlich-politische Abhandlung*, Nachdruck der Ausgabe Berlin 1906, Goldbach 1996.

³³⁵ BVerfGE 9, 334 ff. (336).

³³⁶ *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. Kommentar, München 1992, Art. 79 Rnd. 5.

³³⁷ BGHSt 4, 164; 21, 363; dazu: *Herbert Tröndle, Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München 1997, § 113 Rnd. 11 m.w.N.

³³⁸ Vgl.: *Stig Jorgensen, Grundnorm und Paradox*, in: Werner Krawietz/Helmut Schelsky (Hrsg.), *Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen*, Rechtstheorie Beiheft 5 (1984), S. 179 ff.

Rechtsordnung zu bändigen. Wenn es einen letzten Grund für rechtliche Entscheidungen gibt, der selbst keiner rechtlichen Überprüfung mehr unterliegt, dann ist es unerheblich, ob der Souverän nach juristischen Kriterien richtig oder falsch entscheidet. Das ist der blinde Fleck juristischer Begründungen.³³⁹ Wenn die Entscheidungen des Souveräns allerdings einer Überprüfung unterliegen, ist es fraglich, welche Instanz über den Souverän urteilen soll, ohne daß dieser seine Souveränität verliert? Das ist noch die optimistische Fassung der Frage. Viel pessimistischer wäre die Frage, wie es gelingt, neue Instanzen einzuführen, die über den Souverän wachen sollen, ohne gerade dadurch den Souverän zu befördern und mit weiteren Machtbefugnissen auszustatten? Auch eine erneute Umkehrung der Fragestellung, weg vom Gedanken der Überwachung und hin zum Gedanken der „Unterwachung“ (Luhmann), also hin zum Gedanken der Repräsentation, vermag nicht den Verdacht zu beruhigen, die Souveränität sei unzählbar. Hierzu hat Sloterdijk seine Bestimmung der Souveränität auf der Grundlage einer Als-Ob-Figur geliefert, deren Witz darin liegt, daß sie den Vertretenen anspricht, obwohl sie den Vertreter trifft: „*Souverän ist, wer sich so vertreten lassen kann, als ob er in seinem Vertreter selbst anwesend wäre*“.³⁴⁰

(2) Die Vorstellung früher Impermeabilitätstheorien lautete, daß der letzte Grund des Rechts dem Recht selbst nicht unterworfen sein kann. Deren Ausdruck findet sich z.B. in dem englischen Gedanken „*The king can do no wrong*“. Die Auseinandersetzung der Jurisprudenz um diese Fragen von Verbindlichkeit und Widerspruchslosigkeit prägt nicht nur ganz die transzendente Dialektik von Kants Vernunftkritik,³⁴¹ sondern läßt sich auch bis in die aktuellen Rechtstheorien verfolgen. Unabhängig von einem Standpunkt innerhalb dieser Auseinandersetzung erscheint Verbindlichkeit jedoch insoweit als ein nichtssagendes Merkmal für rechtliche Entscheidungen zu sein, da gar nicht klar ist, wann man was einer verbindlichen Entscheidung maßgeblich zugrundelegen hat. Die räumlichen Grenzen der Verbindlichkeit sind wegen der Bindung der Rechtssysteme an Staaten und deren Ausdehnung noch ungleich leichter festzustellen, als die zeitlichen Grenzen der Verbindlichkeit. Dies gilt weniger für die Verjährungs- und Verfristungsfragen als dafür, welches der maßgebliche Zeitpunkt für eine Entscheidung ist. Dem juristischen Urteil liegt nicht nur ein Standpunkt, sondern

³³⁹ Siehe zahlreiche Beispiele dazu bei: *Douglas R. Hofstadter, Metamagicum*. Fragen nach der Essenz von Geist und Struktur, 4. Auflage 1992, S. 75 ff.

³⁴⁰ *Peter Sloterdijk, Sphären II*. Globen, S.667

³⁴¹ Vgl.: *Franz von Kutschera, Antinomie*, in: Hans-Joachim Ritter, *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. I, Darmstadt 1972.

auch ein Zeitpunkt zugrunde, und der zweite sticht den ersten. Grundsätzlich geht jede Rechtsordnung davon aus, daß nicht nur Sach- sondern auch Rechtslagen änderbar sind und daß spätere Gesetze frühere Gesetze aufheben, wenn sie sich widersprechen („*lex posterior derogat legi priori*“). Jedes Rechtssystem geht also eigentlich wie selbstverständlich davon aus, daß der Gesetzgeber sich zu früheren Entscheidungen in Widerspruch setzen kann, ohne gleich auf sämtliche Geltungsansprüche zu verzichten. Und obschon völlig unstrittig ist, daß der Richter ein verbindliches Urteil ausspricht, ist doch strittig, welchen Zeitpunkt und welche damit verbundene Sach- und Rechtslage er seinem Urteil zugrunde zulegen hat.³⁴² Aus den Ironien eines „*Verbindlich ja, aber ab wann und wie lange?*“ kommt man ebensowenig heraus wie aus denen eines „*Verbindlich ja, aber was?*“ Daher verwundert es eigentlich auch nicht, daß unter den Kommentatoren des Grundgesetzes bereits strittig ist, ob man die sog. *Ewigkeitsgarantie* in Art. 79 III ändern kann oder nicht.³⁴³ Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Unveränderbarkeit der Verfassung sagt dazu: „*Verfassungswandel, d.h. das sich mit der Zeit ändernde Verständnis der Verfassung*“ sei nur „*innerhalb der Grenze des möglichen Wortsinnes der Verfassung zulässig.*“³⁴⁴ Damit ist freilich noch nicht die Frage beantwortet, was geschieht, wenn eben der mögliche Wortsinn sich ändert.

(3) Das Vertrauen in das letzte Wort eines Rechtsautors ist eher von dem römischen Satz „*summum ius, summa iniuria*“ getragen, als von dem konstruktivistischen Glauben daran, die Gerechtigkeit in der Zukunft als *summum bonum* verwirklichen zu können. Der römische Satz stellt bereits heraus, daß Aussagen, sobald sie als Letztbegründungen aufgefaßt werden, auch ihr Gegenteil behaupten können, da Aussagensysteme stets einen selbstwidersprüchlichen Ausgangspunkt haben. Diese Selbstwidersprüche lassen sich logisch oder semantisch formulieren. Wir finden aber auch performative Selbstwidersprüche, wenn wir an das Kohlhas-Motiv denken. Wer das Recht wirklich ernst nimmt, wird schnell zum Querulanten oder zur Unperson.³⁴⁵ Auch der, der sich auf die Verbindlichkeit des Rechts beruft, der verstrickt sich früher oder später in performative

³⁴² Vgl. zur Darstellung des Streites um den Zeitpunkt der für das Urteil maßgeblichen Sach- und Rechtslage im Verwaltungsprozeß: Rainer Pietzner/ Michael Ronellenfötsch, *Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht*, Düsseldorf 1996, S. 223 m.w.N.

³⁴³ Zur Unveränderlichkeit: Pieroth, a.a.O., Rnd. 10; Zur Änderbarkeit: Ingo v. Münch (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. II 1983, Art. 79 Rnd. 27.

³⁴⁴ Pieroth, a.a.O., Rnd. 2; Vgl. auch: BVerfGE 11, S. 78 ff.; 34, S. 216 ff.

Selbstwidersprüche. Die rechtliche Praxis geht entgegen den konsensorientierten Rechtstheorien von immer wiederkehrenden Widersprüchen im Recht aus, daher formuliert zahlreiche „zeitliche Sollbruchstellen.“³⁴⁶ Die zahlreichen Subsidiaritätsklauseln, Formulierungen von Regel-/Ausnahmeverhältnissen, die Formulierung von Abwägungskriterien und Rechtfertigungsregeln oder das Prinzip von Macht und Gegenmacht im Sicherheitsrat der UN zielen nur darauf ab, die Widersprüche verschiedener Forderungen miteinander zu vereinbaren. Darüber hinaus wird beinahe jeder Moment der Rechtsetzung von einer Widerrufsmöglichkeit begleitet. Das Prozeßrecht strebt mit den vielfältigen Rechtsmitteln von Beschwerde und Berufung über Revision zu Abänderungs- oder Vollstreckungsabwehrklagen und Wiederaufnahmeverfahren eine größtmögliche Widerrufsmöglichkeit an. Obschon man davon ausgeht, daß eine richterliche Entscheidung nicht heute gut und morgen schlecht sein kann, ist sie reversibel, und die Entscheidung, ob man ein Rechtsmittel einlegen soll, liegt selbstverständlich nicht beim Gericht, sie wird nur dadurch begrenzt, daß man ein zeitliches Limit setzt. Das Verfahrensrecht erkennt an zahlreichen Stellen an, daß verschiedene Rechtsauffassungen möglich sind.³⁴⁷ Das geht so weit, daß die Irreversibilität der Urteile oberster Gerichte und deren Ankündigung, auch in Zukunft an ihrer Rechtsprechung festzuhalten, gerade den Gesetzgeber motivierte, die Entscheidungsgrundlagen zu ändern.³⁴⁸ Die Reversibilität von rechtlichen Entscheidungen kann nach den bisherigen Feststellungen nicht so verstanden werden, als habe sie zum Ziel, die Urteile allmählich im Instanzenzug auf die letzten Gründe zurückzuführen. Die vertikale und die horizontale Gewaltenteilung ist darauf ausgerichtet, einen zeitlich limitierten Begründungsabschluß zu ermöglichen. Es geht nicht um Letztbegründungen. Auch außerhalb des Prozeßverfahrens unterliegen rechtliche Bindungen von vornherein dem Modus der Revision. Völkerrechtliche Vertragsbindungen werden z.B. mit der *clausula rebus sic stantibus*, d.h. unter dem Vorbehalt gleichbleibender Verhältnisse geschlossen. Der Bestand privater Verträge („*pacta sunt servanda*“) ist davon abhängig, daß die Geschäftsgrundlage nicht wegfällt („*impossibilium non est*

³⁴⁵ Vgl. Rainer Wahl, *Kann es die Gesundheit und das Leben Kosten, in einem Rechtsstaat sein Recht zu wollen?* Überlegungen zu Martin Walsers "Finks Krieg", NJW 1999, S.1920 ff. (1923).

³⁴⁶ Siehe zum Umgang mit Widersprüchen im Recht: Fischer, a.a.O., S.1098 f.; Sandler, a.a.O., S. 2875 f.

³⁴⁷ Das zivilprozeßuale Verfahren regelt daher explizit, daß in einem solchen Falle die unteren Gerichte an die Rechtsauffassung der Revisionsinstanz gebunden sind (§ 565 II ZPO). Auch die Vorlagepflicht im Falle der Abweichung von juristischen Rechtsauffassungen (§ 121 II; 136 GVG) ist Ausdruck des Bewußtseins, daß unterschiedliche Spruchkörper eben zu unterschiedlichen rechtlichen Würdigungen gelangen können, ohne gleich ihre Legitimität als Spruchkörper zu verlieren.

³⁴⁸ So im Fall der Rechtsprechung des BGH zum Tatbestand der Kuppelei. Die Argumentation taucht auch heute in Gesetzesentwürfen zur Behandlung des Dirnenlohns auf. Da die obersten Gerichte in ständiger Rechtsprechung den Dirnenlohn als sittenwidrig und nicht einklagbar einstufen, soll nach einem Gesetzesentwurf der GRÜNEN eine Ergänzung des Dienstvertragsrechtes die Möglichkeit explizit schaffen und somit der Rechtsprechung die Grundlage entzogen werden.

obligatio)“.³⁴⁹ Und die in der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 III niedergelegten unberührbaren Grundsätze werden unabhängig von ihrer Haltbarkeitsdauer nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht „als Grundsätze von vornherein nicht berührt, wenn ihnen im allgemeinen Rechnung getragen wird und sie nur für eine Sonderlage entsprechend deren Eigenart aus evident³⁵⁰ sachgerechten Gründen modifiziert werden.“³⁵¹ Hier wird der eigenartige Widerspruch zwischen den Grundsätzen *lex superior derogat legi inferiori* und *lex specialis derogat legi generali* evident: Die allgemeinen Regeln werden durch die Regeln eines Einzelfalles verdrängt, nachrangige Regeln treten hinter vorrangigen zurück.

(4) Kontradiktorische Beziehungen gibt es nicht nur im Außenverhältnis einer Rechtsordnung, sondern auch im Innenverhältnis zwischen Recht und Recht. Die Widerspruchslosigkeit der Rechtsordnung ist eine Chimäre. Dies wird verkannt, wenn vom Bundesverfassungsgericht das Prinzip der Widerspruchslosigkeit der Rechtsordnung eingeführt wurde. Wertungswidersprüchen begegnen wir auf der Ebene der Gesetzeszielbestimmungen und Wertungen. Bei nachträglichen Anordnungen im Atomrecht ist z.B. ein Entschädigung vorgesehen, im Immissionsschutzrecht nicht.³⁵² Auf der europarechtlichen Ebene hat sich inzwischen das Verbot jeglicher Tabakwerbung durchgesetzt, obschon nach wie vor der Tabakanbau subventioniert wird.³⁵³ Abgesehen von diesen Beispielen, die einfach verschiedenen Interessen Rechnung tragen wollen, läßt sich ein Zwang zum Widerspruch feststellen. Weitere Widersprüche begegnen uns nämlich überall dort, wo innerhalb eines Rechtssystems Regel-/Ausnahmeverhältnisse formuliert werden. Obschon der Regel ein anderer Sachverhalt als der Ausnahme zugrundeliegt, handelt es sich insoweit um eine widersprüchliche Regelung, weil die kleinste Einheit des Rechts nicht einfach eine Regel darstellt, sondern immer eine Regel/Fall- und somit auch ein potentielle Regel/Ausnahmerelation darstellt. Der Grundsatz, die Würde des Menschen sei unantastbar, verlangt daher nach Ausnahmeregeln wie der Möglichkeit des finalen Rettungsschusses. Nur aufgrund dieser zweistelligen Relation ist es möglich, daß die wortgetreue Anwendung von Gesetzen zum Gegenteil dessen führen kann, was vom Gesetzgeber

³⁴⁹ Zu dem Problem der Gültigkeit von völkerrechtlichen und zivilrechtlichen Verträgen in Anbetracht geänderter Verhältnisse: Karl Larenz, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, München/Berlin 1951. Dort finden sich auch Beispiele aus verschiedenen europäischen Rechtsordnungen, (S. 79 ff.).

³⁵⁰ Zum Begriff der Evidenz siehe unten § 3 V.

³⁵¹ BVerfGE 30, S. 1 ff. (24).

³⁵² *Sendler*, a.a.O., S. 2876.

gewollt war. Rechtliche Begriffe können sich gegen sich selbst kehren, weil sie immer nur durch Anwendungsfälle, also das, was sie nicht sind, vermittelt sind. Ebenso, wie Richter dazu aufgerufen sind, sich an den Gesetzestext zu halten, sind sie dazu aufgerufen, diesen nicht bloß wörtlich zu nehmen, und das heißt, auf tatsächliche Sachverhalte hin zu denken. Weil die kleinste Einheit juristischer Argumentationen eine Regel/Fall Relation ist, liegt auch in jedem Abschluß juristischer Argumentationen ein Widerspruch. Die Grenzen der Verbindlichkeit markieren gerade diesen Widerspruch zwischen Normativität und Faktizität des Rechts.

IV. Die Theorien des juristischen Fiktionalismus

1. Zur Gesetzgebungstechnik der Fiktion

(1) Die Auseinandersetzungen um die Verwendung von Fiktionen in juristischen Argumentationen ist von der Unsicherheit gekennzeichnet, ob von dieser Figur als Argumentationsform oder als Aussagesatz gesprochen wird. So hat etwa Manfred Fuhrmann in einer Studie über die Fiktion im römischen Recht bemerkt, das Recht könne keine Fiktionen enthalten, und er meint damit, die „*eigentliche Fiktion*“ sei „*im Bereich des Aussage- und Behauptungssatzes zu Hause*.“³⁵⁴ Sieht man die Fiktion als Erdichtungsform oder als Kennzeichnung eines bestimmten Bewußtseinsinhaltes, so verhält sie sich in Bezug auf Rechtssätze indifferent. Man kann einerseits der Meinung sein, daß es sich bei dem Gesetzestext um einen deontologischen Komplex handelt und daß Normen nicht erdichtet sein können, weil sie nicht wahrheitsfähig sind. Wenn man andererseits davon ausgeht, daß Rechtssätze und Rechtsbegriffe einen ontologischen oder naturalistischen Inhalt haben, so mag man die Vorstellung entwickeln, daß Gesetzesfiktionen zur Verdrehung der Wirklichkeit eingesetzt würden. In der Rechtstheorie wurden Fiktionen mit diesem Hintergrund als „*Fehlbegriff der Rechtsordnung*“³⁵⁵, als „*schädliche Entgleisung*“³⁵⁶ oder als „*syphillis of law*“³⁵⁷ bezeichnet.³⁵⁸

³⁵³ Kristian Fischer, *Die kommunale Verpackungssteuer und die Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung*, JuS 1998, S. 1096 ff. (1098).

³⁵⁴ Manfred Fuhrmann, *Die Fiktion im römischen Recht*, in: Henrich/Iser, a.a.O., S. 415.

³⁵⁵ Crome, zitiert nach Jürgen Esser, *Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen*, Berlin 1969, S.630.

³⁵⁶ Hans Kelsen, *Zur Theorie der juristischen Fiktionen*, in: *Annalen der Philosophie*, Bd. I (1919), S. 630. Im Werk Kelsens kommt es zu einer Umkehrung dieses Urteils. Siehe dazu den folgenden Abschnitt über die Reine Rechtslehre.

³⁵⁷ Bentham, *Jeremy, Works*, Vol.I, London 1843, S. 92.

³⁵⁸ Alles zitiert nach Dieter Meurer, *Die Fiktion als Gegenstand der Gesetzgebungslehre*, in: Jürgen Rüdiger, *Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung*, Berlin u.a. 1976.

Wird das Recht als „artifizielle Realität“ oder als „Konstruktion“ bezeichnet, so geschieht dies von dieser Warte aus meist in abwertendem Zusammenhang.³⁵⁹ Der Grund dafür liegt bei den zitierten Autoren darin, daß sie für Rechtssätze quasi natürlich-kausale Inhalte fordern oder davon ausgehen, die juristische Fiktion sei Gesetzesbetrug oder eine Lüge zum Machterhalt. Wie bei jedem anderen Rechtssatz auch beruht der Eintritt der Rechtsfolge bei einer juristischen Fiktion jedoch nicht auf einem kausalen, quasi-natürlichen Geschehen, sondern ist Folge einer bewußten Zurechnung oder Zuschreibung des Gesetzgebers. Die genannten Unsicherheiten entfallen nun, wenn von vornherein klargestellt ist, daß die Fiktion eine Argumentationsform darstellt, die wegen des Wirklichkeitsdilemmas ebenso wie Argumentationsformen der Wirklichkeit nur in ihrem funktionellen Bezug zur Rechtsordnung, nicht jedoch zu einer außerrechtlich gedachten Wirklichkeit Sinn entfalten.

(2) Die Fiktion als Gesetzgebungstechnik taucht im Gesetzestext unabhängig von dogmatischen Spannungen über die Normativität und Kognition rechtlicher Sprache auf.³⁶⁰ Unabhängig davon, ob man rechtlichen Begriffen einen ontologischen oder einen naturalistischen Status oder bloß funktionalen symbolhaften Status einräumt, erfüllt die Argumentationsform der Fiktion im Recht eine Funktion wie andere Regelungstechniken auch. In der Einleitung hatte ich bereits auf die Gemeinsamkeiten dieser Figur mit dem *argumentum a simile* hingewiesen. Bereits im kodifizierten römischen Recht taucht die juristische Fiktion auf. Beispielhaft läßt sich hier die *Augurialfiktion* anführen. Danach wurde im Fall der Ernennung eines Feldherrn außerhalb Roms der Provinzialboden durch eine juristische Fiktion zu römischem Boden, zum *ager romanus* erklärt, weil Feldherren nur in Rom ernannt werden durften. Sinn und Zweck der Formulierung dieser Regel als Fiktion war es aber eigentlich nicht, diese Ernennung zu ermöglichen. Dieser primäre Zweck hätte auch erfolgreich durchgesetzt werden können, wenn man den staatsrechtlichen Grundsatz „Feldherren können nur in Rom ernannt werden“ aufgehoben hätte. Sinn und Zweck dieser Formulierung war es vielmehr, den allgemeineren Grundsatz, römisches Recht gelte nur für römische Bürger, aufrechterhalten zu können. Die Augurialfiktion war nur eine weitere Ausprägung dieses Grundsatzes. Bei der Formulierung des Gesetzestextes als Fiktion handelt es sich also um die Kennzeichnung eines regelhaften Widerspruchs

³⁵⁹ Dazu: Dieter Nörr, *Savignys Philosophische Lehrjahre*, Frankfurt a.M. 1994, S. 262.

³⁶⁰ Zum Wesen juristischer Fiktionen: Meurer, a.a.O., sowie: ders., *Fiktion und Strafurteil*, Berlin 1973; Monika Jachmann, *Die Fiktion im öffentlichen Recht*, Berlin 1998; Wilhelm Wundt, *Logik III*, Stuttgart 1893, S. 600 ff.

gegen eine Regel, um die Kennzeichnung eines Regel-/ Ausnahmeverhältnisses. Es handelt sich um eine Ausnahme, die den Widerspruch zur Gesamtsystematik des Gesetzes nicht aufhebt.

(3) Im deutschen Recht begegnen wir Fiktionen als Verweisungs-,³⁶¹ als Veranschaulichungs-³⁶² und als Präsumtionsfigur³⁶³. Hier interessieren in erster Linie die Verweisungsfiktionen. Es scheint, daß sie einfach einen Sachverhalt umdichten oder daß sie den Richter auffordern, den Sachverhalt umzudenken. Ihre formale Besonderheit liegt allerdings darin, daß sie die Gleichstellung zweier Sachverhalte anordnen: Der tatsächlich vorliegende Sachverhalt soll behandelt werden wie ein Sachverhalt, der eigentlich nicht vorliegt. Dem Sinn und Zweck nach entspricht die Verweisungsfiktion ganz einer Gesetzesanalogie, die Rechtsfolgen anordnet, obschon die „eigentlichen“ Voraussetzungen nicht vorliegen. Statt der eigentlichen Voraussetzungen liegen allerdings andere vor. Sinn und Zweck einer Fiktion besteht nicht einfach darin, eine Rechtsfolge anzuordnen. Dieses Ziel könnte auch ohne die Formulierung einer Fiktion erfolgen. Sinn und Zweck der Fiktion besteht vielmehr darin, neben der Anordnung der Rechtsfolgen darauf hinzuweisen, daß die Voraussetzungen, die diesen Rechtsfolgen nach der Gesamtsystematik des Rechts zugeordnet sind, eigentlich nicht vorliegen. Die juristische Fiktion negiert diese Voraussetzungen. Im oben genannten Beispiel der Verweisungsfiktion des § 894 ZPO heißt das, daß der Schuldner behandelt wird, als ob er eine Willenserklärung abgegeben habe, und daß entsprechend des fiktiven Charakters dieser Erklärung eine Anfechtung wegen Willensmängeln ausgeschlossen ist. Der Unterschied zwischen den Voraussetzungen des § 894 ZPO und den „eigentlichen“ Voraussetzungen einer Willenserklärung zeigt, wie im Fall der römischen Augurialfiktion, daß Fiktionen ein Regel-/Ausnahmeverhältnis kennzeichnen. Der Moment der Kontraindikation im „entsprechend“ oder „Als-Ob“ wird deshalb deutlich gemacht, um die Relation zwischen Tatbestand und Sachverhalt in einer Ausnahmeregel von ihrem Gegenteil in der hierarchisch höher eingeordneten Regel begleiten zu

³⁶¹ Vgl. § 894 ZPO: *"Ist der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt, so gilt die Erklärung als abgegeben, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat."*

³⁶² Vgl. § 2095 BGB: *"Der durch Anwachsung einem Erben anfallende Erbteil gilt in Ansehung der Vermächtnisse und Auflagen, mit denen dieser Erbe oder der wegfallende Erbe beschwert ist, sowie in Ansehung der Ausgleichungspflicht als besonderer Erbteil."*

³⁶³ Bei der Präsumtionsfiktion handelt es sich eigentlich um eine Umkehrung der Beweislast durch eine gesetzliche Vermutung. Im Gegensatz zu der Verweisungsfiktion läßt sich die Rechtsfolge der Präsumtionsfiktion durch den Beweis des Gegenteils ausschließen. Vgl. § 891 BGB: *"Ist im Grundbuch für jemand ein Recht eingetragen, so wird vermutet, daß ihm das Recht zusteht."*

lassen. Durch die hierarchische Einordnung der Regel über die Ausnahme wird der Widerspruch zwischen beiden Regeln aufgehoben.

(4) Als Formulierung eines Regel-/Ausnahmeverhältnisses werden Fiktionen stets von ihrem Gegenteil begleitet. Dies kann man nun wieder auf den Fall zurück beziehen, in dem Rechtsfiktionen keine eigenständige Rechtsfolge aussprechen, sondern bloße Darstellungsfunktion haben. In einem solchen Fall sind Rechtsfiktionen ein besonderer Ausdruck von Begriffsrealismus. Eine besondere Stellung innerhalb der Rechtsfiktionen nimmt die symbolische Fiktion des § 90 a BGB ein:

„Tiere sind keine Sachen. Sie werden durch besondere Vorschriften geschützt. Auf sie sind die für Sachen geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist.“

Diese Vorschrift hat keinen rechtlichen Regelungsgehalt. Tiere wurden zuvor, entsprechend der Systematik des BGB, technisch unter den Begriff der Sache subsumiert, ebenso wie nach der Einführung dieses Paragraphen. Der Paragraph schließt keinesfalls aus, daß Hunde oder Hamster gehandelt werden können, daß man sich beim Erwerb eines kranken Tieres auf die Mängelgewährleistung berufen kann und daß der Besitzer eines getöteten Tieres Schadensersatz verlangen kann. Allerdings erfolgt diese Subsumtion nach Einfügung des § 90 a in Form einer Gesetzesanalogie, also in der Form des „*Als-Ob*“. Diese Fiktion kann hier nicht als Regelungstechnik sondern tatsächlich nur in einer klarstellenden und damit darstellenden Funktion gesehen werden. Auf die darstellende Funktion beschränkt wird deutlich, daß Fiktionen nicht den Begriffsrealismus ausschließen, sondern ihn gerade voraussetzen. Man möchte vermeiden, daß das Gesetz Tiere und Sachen verwechselt, obschon sie nach zivilrechtlichem Maßstab ohnehin gleich behandelt werden.³⁶⁴ Hier ist die gleiche Beobachtung zu machen, wie in Bezug auf den erwähnten Realismus der *Philosophie des Als-Ob*. Ohne diesen realistischen Hintergrund bedürfte es gar nicht einer solchen Klarstellung.

³⁶⁴ Zu begriffsrealistischen Positionen in der Rechtstheorie: *Rüdiger Nierwetberg, rechtswissenschaftlicher Begriff und soziale Wirklichkeit*. Eine Studien zu der Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen, Berlin 1983, S. 61.

2. Rechtsfortbildung und Anpassung

(1) Innerhalb einer Theorie der Rechtsgewinnung³⁶⁵ nimmt die Denkform der Fiktion eine besondere Stelle ein. Innovative Auslegung verfährt über Analogiebildungen³⁶⁶ und Fiktionen „*Dabei tastet sich der Rechtsanwendende von den sicheren Sachverhaltsmengen die unter eine Norm fallen, zu den unsicheren Fällen langsam vor.*“³⁶⁷ Die Argumentationsform der Fiktion kommt insbesondere deshalb in den Fällen vorsichtiger Rechtsfortbildung zum Tragen, weil sie den Widerspruch zur Systematik des Gesetzes noch kennzeichnet. Das heißt zugleich, daß sie zur Sicherung des tradierten Rechts gegenüber geänderten Situationen auftaucht. Die Bedeutung der Fiktionen steigt, wenn rechtliche Kommunikation kodifiziert wird. Dies ist z.B. im 17. Jahrhundert beobachtbar.. Gian Battista Vico nahm innerhalb dieser Entwicklung mit seiner Schrift „*De nostri Temporis Studiorum ratione*“ zu dem Streit Stellung. Mit dieser Schrift räumt er der Fiktion eine zentrale Stellung bei der Rechtsfortbildung ein. Vico stellt im 11. Kapitel der Schrift das strikte, am Wortlaut orientierte Subsumtionsideal der topischen Methode gegenüber, und es geht dabei auch um einen Streit zwischen der „mündlichen“ Kultur der Rhetorik und der Schriftkultur der neuen Wissenschaft. Da man Vico gemeinhin als Kronzeugen für die topische Methode beruft, mag überraschen, daß er in diesem Zusammenhang für die alte Methode der Kodifikation und Textbindung plädiert. Er begründet dies mit einem dialektischen und methodologischen Argument. Der textgebundene Positivismus erfordere, so Vico, mehr Beredsamkeit, um die neuen Sachverhalte dem alten Recht zurechtzureden. Und er begründet es rechtspolitisch mit dem Argument, daß die Autorität der Gesetze im Falle von Rechtserneuerungen dann nicht erschüttert würden, wenn die zugrunde gelegten Sachverhalte durch Umdichtung angepaßt würden.

„Früher blieben die Gesetze durchaus fest, und zwar in dem Maße, daß, wenn nicht etwa der Vorteil privater Personen, sondern der Staat selbst etwas gegen die Gesetze aufzunehmen zwang, die Rechtskundigen sich mit juristischen Fiktionen und Erdichtungen gewisser Art halfen, damit an dem Recht nur ja nichts geändert werde (...) Die Rechtsfiktionen sind nichts anderes als Ergebnisse der alten Jurisprudenz und Ausnahmen von den Gesetzen, wodurch die alten Juristen nicht, wie die

³⁶⁵ Martin Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung* entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, Berlin 1967.

³⁶⁶ Arthur Kaufmann sieht das innovative Element bei Rechtssetzung und Auslegung stets in einer Analogie. Ausführlich: *Arthur Kaufmann, Analogie und Natur der Sache*. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus, Tübingen 1982.

³⁶⁷ Ulrich Schroth, *Philosophische und juristische Hermeneutik*, in: Kaufmann, Hassemer (Hrsg.), *Einführung in die Rechtstheorie*, S. 355.

*unsrigen, die Gesetze den Sachverhalten, sondern die Sachverhalte den Gesetzen anpaßten.(...) Eben daher waren früher Maßnahmen der Billigkeit ungerecht, wenn sie nicht dem Gesetz durch Fiktionen angeglichen wurden; heute sind die Rechtssatzungen ungerecht, wenn sie nicht durch gültige Auslegungen den Tatbeständen angepaßt werden. Daher legte einst die Jurisprudenz ihre ganze Ehre darein, daß durch bestimmte Fiktionen eine Maßnahme der Billigkeit auch eine Gerechte wurde.*³⁶⁸

Vico propagiert die auf Fiktionen gestützte Rechtsfortbildung, um die widerstreitenden Interessen von sprachgenetischer Treue kultureller Begründungen und der Dynamik kultureller Prozesse durch die Dissimulationstechnik der Fiktion zum Ausgleich zu bringen. Werden Fiktionen bzw. Analogien kodifiziert, so handelt es sich um den Versuch, den Aufmerksamkeitswechsel zu konservieren. Gesetzesfiktionen weisen zwar auf kulturelle Dynamik, stellen aber selbst, so wird bei Vico deutlich, ein sprachlich konservatives Element dar.

3. Souveränität und Fiktion

a) Die Wirklichkeit als Auflösungserscheinung

Die Wirklichkeit ist dem Recht zu einer Auflösungserscheinung geworden. *Ex abusu non est argumentum ad desuetudinem*. Zwar kann aus einem Verstoß gegen ein Gesetz nicht auf seine Ungültigkeit geschlossen werden, aber wenn sich niemand mehr an das Gesetz hält, ist es selbst nicht mehr haltbar. Das gilt sowohl für Regeln, die an moralisches Empfinden gebunden sind, wie das Sexualstrafrecht³⁶⁹ als auch für gesetzte Standards wie Verkehrsregeln. Insofern dient die Wirklichkeit als Argumentationsform selbstverständlich auch der Außerkraftsetzung von Recht. Noch jüngst hat die Gewerkschaft der Polizei vorgeschlagen, das Rechtsfahrgebot auf Autobahnen abzuschaffen, „weil sich niemand mehr daran hält.“³⁷⁰ Die Dynamik des Sitten- und Wertewandels ist allerdings stets als Korrosionserscheinung gewertet worden, und dementsprechend bedarf es zur Änderung des Rechts schon mehrerer Argumente als der Tatsache, daß sich niemand mehr daran hält.

³⁶⁸ Gian Battista Vico, *De nostri temporis studium ratione*, München 1974, S. 99/111; zitiert nach Kriele, a.a.O., S. 130.

³⁶⁹ Vgl. die inzwischen abgeschaffte Strafbarkeit wegen Kuppelei und wegen Geschlechtsverkehrs Homosexueller.

³⁷⁰ *Westdeutsche Zeitung* v. 03.07.1998, S. 12. Die gleiche Argumentation taucht bei der Diskussion um die Beibehaltung oder Abschaffung des Ladenschlußgesetzes auf. Die Diskussion um das Gesetz wird dadurch angetrieben, daß führende Kaufhausketten ihre Kaufhäuser rechtswidrig geöffnet halten. Vgl. dazu: *Wasserman, R.; Wer zu spät kommt, den bestraft das*

Mit dem in der Moderne formulierten Anspruch auf autonome Rechtsfindung wird jedoch die Wirklichkeit in einem weiteren Sinne zur Auflösungserscheinung des Rechts. Gleichzeitig gerät die Argumentationsform der Fiktion in einen Konjunkturaufschwung. Die Betrachtung einer rechtlichen Entscheidung unter außerrechtlichen Gesichtspunkten und die Unterscheidung zwischen Recht und Wirklichkeit wird zum zentralen Argument des Streites um das Recht selbst, so daß die Unterscheidung von Normativität und Faktizität nicht nur im Recht, sondern auch auf das Recht angewendet wird. Die Rechtstheorie hat sich immer wieder auch als Gegenspielerin politischer Ideologien verstanden und versucht, die Rechtsanwendung dem politischen und moralisierenden Streit zu entziehen. Die Begründungen juristischer Entscheidungen sollten dabei ohne Rückgriff auf historische, philosophische, theologische oder politische Argumente erfolgen, und die juristische Dogmatik sollte eine objektiv-rechtliche Substanz der Rechtssätze unter Ausscheidung alles Fremdartigen gewähren.³⁷¹ In der Folge dieses Streites wird heute noch die Alternative präsentiert, daß Menschenrechte weltweit gelten *oder* an eine bestimmte Kultur und Gesellschaftsform gebunden sind, sie seien universell oder bloß Ausdruck westlichen Herrschaftsstrebens.³⁷²

Innerhalb der historischen Entwicklung des Begriffes der Souveränität erhält die Argumentationsform der Fiktion eine besondere Bedeutung, die nicht nur im Umgang mit der Dynamik kulturellen Wandels liegt. Die Fiktion taucht als Rechtsquellenfigur im Bereich des Völkerrechts auf, als die Bedingungen der Begründungen von Rechten innerhalb der christlichen Gemeinschaft erkennbar werden. Hierfür ist von Bedeutung, daß der hermeneutische Zirkel der Tautologie der Macht entspricht. Das Verhältnis zwischen Gott und seinem apostolischen Vertreter auf Erden entspricht dem oben geschilderten Verhältnis zwischen Ober- und Untersatz: Gott ist nicht nur der Vertretene der apostolischen Vollmacht, er ist auch das Symbol der Macht des Papstes. Unabhängig, ob das Gesetz simuliert oder dissimuliert, ob es also seine Grundlagen in vorgeblichen Fakten oder in tatsachenunabhängigen Geltungsmomenten sieht, zumindest assimilieren sich in der Sprache des Gesetzes die Ermächtigungsgrundlagen und ihre Vollstrecker. In diesen Zusammenhang gehört die Reaktion Grotius', das *ius divinum* müsse so begründet werden, als ob es keinen Gott gebe. Motiviert

Leben. Zur Erosion von Gesetzen, in: NJW 1999, S. 3172 f.; *Rozek, J. Vorsprung durch Rechtsbruch?* - Zur Erosion des Ladenschlußrechts durch Fremdenverkehrsregelungen, in: NJW 1999, S. 2921 ff.

³⁷¹ C.F. Gerber, *System des deutschen Privatrechts*, 1848. Zitiert nach Hans-Joachim Koch, *Die juristische Methode im Staatsrecht*, Frankfurt a.M. 1977, S. 62. Eduard Albrecht, *Rezension über Mauerbrechers Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts*, Nachdruck Darmstadt 1962, S. 12.

³⁷² Vgl. dazu jüngst: Hauke Brunhorst/ Wolfgang R. Köhler/Matthias Lutz Bachmann (Hrsg.), *Recht auf Menschenrechte. Menschenrechte, Demokratie und internationale Politik*, Frankfurt a.M. 1999.

ist diese Aussage durch Grotius Erfahrung, daß der theologische Streit um die Auslegung des *ius divinum* bereits mit Bürgerkriegsfolgen ausgefochten wurde und daß man die juristischen Standards des Völkerrechts der Theologie entzieht. Grotius Stellungnahme erfolgt in einer Zeit, in der die Differenz zwischen beobachtbarem Recht und einer für richtiger gehaltenen Ordnung über die Differenz zwischen Naturrecht und positivem Recht abgehandelt wurde. In einer positivistischen Rechtsordnung ist es statt Gott dann die Politik, Moral und Kultur, die zugunsten einer autonomen Rechtsmethode wegfingiert werden muß. Mit den Theorien der Kodifikation, insbesondere mit dem 19. Jahrhundert und dem Positivismus verstärkt sich der Gedanke, daß das rechtliche Regelwerk durch das Postulat einer juristischen Methode aus dem aktuellen Lebensvollzug herausgenommen werden könne. Von Seiten der Ideologiekritik ist diese reine juristische Methode immer selbst als politische Ideologie verstanden worden. Man sah darin nichts als den Versuch, Rechtsbildungen durch die Prämisse, sie seien auf der Grundlage formalgültig-korrektur und geschlossener Methoden gefunden, impermeabel und unangreifbar zu machen.³⁷³ Auf Verrechtlichungsprozesse wird nun abwertend mit dem Argument der Entrechtlichung reagiert, also dem Hinweis, tatsächlich sei das neue Recht fremdbestimmt, es diene vielmehr der Machtsicherung, der Herrschaft der berufsmäßigen Interessenvertreter³⁷⁴ oder es sei in einem Verfahren zustande gekommen, das nicht frei von Zwängen war und nicht alle erheblichen rechtlichen Aspekte berücksichtigte. Gerade im Moment der Verwirklichung wird Recht immer auch kein Recht, sondern eine andere Erwägung, und insofern wird es angreifbar. Die Konstitution einer juristischen Methode erfüllte stets auch eine politische Funktion. Mit der Einführung dieses Argumentes wird die Positivierung des Rechts selbst zur Destabilisierung des Rechts. In einer nachpositivistischen Rechtsordnung wird es das Recht selber, das entwirkt werden muß, und dies muß unter Verzicht auf überrechtliche bzw. außerrechtliche Rechtsquellen geschehen. So muß letztlich die Verfassung oder das Verfahren selbst wegfingiert werden, um die Idee verbindlichen Rechts aufrechterhalten zu können.

(2) Der Bedeutungsüberschuß juristischer Entscheidungen ergibt sich nicht mehr aus einer Ableitungsbeziehung zu einem überrechtlichen Bereich. Ohne Rückgriff auf eine metaphysische oder sakrale Grundlage muß das Recht formell isoliert werden. Das Recht fällt auf sich selber zurück, wenn

³⁷³ Zur Auseinandersetzung der juristischen Methode mit politischen Ideologien: *Görg Haverkate, Gewißheitsverluste im juristischen Denken. Zur politischen Funktion der juristischen Methode*, Berlin 1977, S. 1.

die Souveränität des Rechts sich nicht mehr auf der Grundlage eines metarechtlichen Rechtsautors wie Gott, der Natur, der Vernunft oder dem Volksgeist bestimmen läßt. Eine ontologisch oder metaphysisch begründete Rechtsordnung kann die Frage nach der Geltung des Rechts offen lassen, da die spezifische Existenz des Rechts nicht in seiner Geltung liegt, sondern in der Ableitbarkeit aus der natürlichen oder göttlichen Ordnung. Der Sinnüberschuß rechtlicher Ordnung wird nun, in nachmetaphysischen und nachpositivistischen Rechtsordnungen zu einem Ort semantischer Leere. In Fortentwicklung des bei Grotius auftauchenden Motivs ist es nun nicht mehr der Gott, die Vernunft oder die Politik, sondern die Rechtswirklichkeit selbst, die weggingiert werden muß. Die Fiktion beginnt nun eine viel grundlegendere Rolle zu spielen, als bloß ein Instrument der Rechtsfortbildung zu sein, sie übernimmt die Funktion der Vermittlungsleistung zwischen Normativität und Faktizität des Rechts. Innerhalb der deutschen Rechtstheorie läßt sich diese Entwicklung anhand der Konzeptionen des Rechts von Savigny bis Kelsen nachweisen.

b) Zur ästhetischen Dimension des Rechts bei Savigny

Die Entwicklung zum sog. *normativen Konstruktivismus*³⁷⁵ von Hans Kelsen, der die Fiktion zur Grundlage des Rechts macht, nahm ihren Ausgangspunkt in der Historischen Rechtsschule Savignys und ihrem Gegensatz zu den naturrechtlichen Schulen des 18. Jahrhunderts. Sie kann als Vorläufer der Reinen Rechtslehre bezeichnet werden, weil sie als erstes die *transcendentale Ästhetik* Kants und seinen Konstruktionsbegriff ihrer Idee von Kodifikation zugrundelegt. Damit übernimmt sie zugleich die Systematik der Als-ob Figuren, wie in § 2 beschrieben. Eine erste Beobachtung, die wir bei der Konzeption Savignys Rechtslehre bezüglich des Bedeutungsüberschusses machen können ist, daß Savigny davon ausgeht, daß die kodifizierten Rechtsregeln bereits eine sekundäre Erscheinung sind: Primäre Grundlage des Rechts sind die Rechtsinstitute, die durch die gemeinsame Rechtsüberzeugung eines Volksgeistes entstehen. Entscheidend innerhalb dieser Konzeption ist nun, daß die Rechtsregeln nur durch den Prozeß der *Konstruktion* aus der Totalanschauung der Rechtsinstitute herausgelöst werden können. Nur in der Anschauung der Institute behalten die Rechtsregeln ihre Grundlage, aber nur im Begriff sind sie formulierbar. Savigny vollzieht eine kantianische Teilung, nach der die Denkweise der Anschauung auf die Erfassung des Rechtsinstituts beschränkt wird und die adäquate

³⁷⁴ So: Michael Bock, *Die Eigendynamik der Verrechtlichung in der modernen Gesellschaft*, in: Ernst-Joachim Lampe (Hrsg.), *Zur Entwicklung von Rechtsbewußtsein*, Frankfurt a.M. 1997, S. 412.

³⁷⁵ Günther Winkler, *Rechtstheorie und Erkenntnislehre*, S. 39, FN 39, Wien 1990. Siehe zum Begriff der juristischen Konstruktion die ausführliche Darstellung bei Legaz y Lacambra, *Rechtsphilosophie* (1965), S. 67 ff.

Erfassung des Sinnganzen des Rechtsinstitutes nur in der Anschauung möglich ist. Wenn Savigny von der „*Construction des Ganzen*“ als „*Aufgabe des Systems*“ spricht, dann setzt er dies der Methode der „*Definitionen und Distinctionen*“ entgegen und bezieht den Konstruktionsbegriff ganz auf die Dimension der Anschauung.³⁷⁶ Das begriffliche Denken wird davon getrennt und auf die Erfassung und Formulierung der notwendig abstrakten und kodifizierbaren Rechtsregeln bezogen. Karl Larenz hat dabei den zentralen Gedanken der Methodenlehre Savignys herausgearbeitet, der diesen mit den späteren Fiktionalisten verbindet: „*Zwischen dieser Anschauung und der abstrakten Form der einzelnen Regel, die sich immer nur auf eine einzelne, künstlich isolierte Seite des ganzen Verhältnisses beziehen kann, besteht nach Savigny ein Mißverhältnis, dessen Überwindung der Rechtswissenschaft fortdauernd aufgegeben ist.*“³⁷⁷ Der Wortsinn des Gesetzes wird in dieser Konzeption zu einem bloß möglichen Wortsinn, der unter dem Vorbehalt immer weiterer Regulierungen durch die Rechtswissenschaft und die Gerichte steht. Die Semantik des Rechts wird so durch Dispositionsprädikate angereichert. Auch das gesetzte d.h. das formulierte Recht ist bereits nur ein Minus zum positiven Recht. So fängt Savigny den Bereich des Bedeutungsüberschusses noch im positiven Recht ein. Dies zeigt sich etwa auch am späten Primat des Gewohnheitsrechtes und anhand der frühen Verteidigung der Analogie in der Theorie von Savigny.³⁷⁸ Der Inhalt der Rechtsvorstellung kann nicht die Norm oder die Regel sein, da diese bereits abstrakt-generell ist, sondern nur die konkrete Verhaltensweise, der einer unbestimmten Notwendigkeit zuerkannt wird. Die im Gesetz „*ausgesprochene Regel*“ ist nur „*Stellvertreter einer nicht ausgesprochenen*“, aber sinngemäß enthaltenen Norm.³⁷⁹ Die Dichotomisierung zwischen Lebenswirklichkeit und Rechtsbegriff entspricht in dieser Konzeption ganz der Dichotomie von Anschauung und Begriff. Damit ist im Savigny'schen Konstruktionsbegriff das Konzept des Aufmerksamkeitswechsels auf die kantianisch-ästhetische Dimension bezogen. Diese Schnittstelle zwischen ästhetischer und juristischer Argumentation kann ganz als Vorläufer der Vaihinger'schen Argumentation betrachtet werden, auch wenn Vaihinger - ohne Savigny selbst zu nennen - sich nur abstrakt und generell auf die Jurisprudenz als Modell der *Philosophie des Als-Ob* beruft.

³⁷⁶ Vgl.: Dieter Nörr, *Savignys philosophische Lehrjahre*, Frankfurt a.M. 1994, S. 259 f.; Friedrich Carl v. Savigny, *Vorlesungen über die juristische Methodologie*, 1802-1842, hrsg. von A. Mazzacane, Frankfurt a.M. 1993, S. 92/100.

³⁷⁷ Karl Larenz, *Methodenlehre*, Berlin 1992, S. 14.

³⁷⁸ Vgl.: Karl Larenz, a.a.O., S. 12-13.

c) Fiktion und Souveränität bei Hans Kelsen

aa) Die Idee der Reinheit

(1) Zu einer Verbindung zwischen Rechtstheorie und Fiktionalismus Vaihinger'scher Prägung kommt es in der *Reinen Rechtslehre* von Hans Kelsen. Der konstruktivistische Ansatz dieser Lehre liegt in der Vorstellung, daß es die Erkenntnisrichtung ist, die den Erkenntnisgegenstand bestimmt und daß der Erkenntnisgegenstand so aus einem einheitlichen Ursprung logisch erzeugt wird.³⁸⁰ Kelsen will den transzendentallogischen Grund seines Betrachtungsgegenstandes aus dem naturwissenschaftlichen Zusammenhang lösen. In der 1928 erschienenen Abhandlung *„Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus“* wird erkennbar, daß die Idee der Grundnorm in der transzendentalen Dialektik von Kant ansetzen soll. In diesem Aufsatz legt Hans Kelsen diesen neukantianischen Ansatz dar: *„Ebenso, wie die transzendentalen Gesetze der Erkenntnis nicht Erfahrungsgesetze, sondern nur die Bedingung aller Erfahrung sind, so ist die Grundnorm selbst kein positiver Rechtssatz, kein positives Rechtsgesetz, weil nicht selbst gesetzt, sondern nur vorausgesetzt: die Bedingung aller positiven Rechtsnormen. Und so wie man die empirische Welt nicht aus den transzendentalen Gesetzen, sondern nur vermittels ihrer begreifen kann, so kann man das positive Recht nicht etwa aus der Grundnorm, sondern nur vermittels ihrer begreifen.“*³⁸¹ Die Grundnorm versteht er daher weder als apriorischen erkenntnisnotwendigen Begriff, noch als aposteriorischen Begriff, der eine Entsprechung in der Wirklichkeit aufweist. Weil sie allein heuristisch die Funktion erfüllt, oberste Rechtsnorm einer (jeden) Rechtsordnung zu sein, und deren Positivität und Souveränität zu sichern, ist sie eine willkürlich konstruierte Vorstellung.³⁸² Als einheitlicher Ursprung des Rechtssystems konstituiert die Grundnorm die Reine Rechtslehre. Der Ebene des Sollens stehen die Tatsachen als Antithesen gegenüber. Die *Reine Rechtslehre* unterscheidet nicht nur *Sein* und *Sollen*, sondern ihre gesamte Grundlage ist die Trennung und der Antagonismus von *Sein* und *Sollen* und die These *„daß das Wesen allen Rechtes wie aller Normen in der begrifflichen Gegensätzlichkeit von Sein und Sollen besteht, daß das Recht ebenso wie die Norm schlechterdings sinnlos wäre, wenn es mit dem Sein, der Wirklichkeit zusammenfiel, daß somit die Erkenntnis des Rechtes auf etwas*

³⁷⁹ Karl Larenz, a.a.O., S. 13.

³⁸⁰ Hans Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz*, Nachdruck, Aalen 1960.

³⁸¹ Hans Kelsen, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, Charlottenburg 1928, S. 64.

³⁸² Vgl.: Winkler, a.a.O., S. 108.

anderes gerichtet sein muß, als auf die Wirklichkeit, nach dem sich die Wirklichkeit richten soll, wenn sie sich vielleicht auch nicht danach richtet.“³⁸³ Kelsens methodologisches Ziel lautet, ganz im Sinne der Idee, die Wirklichkeit sei dem Recht eine Auflösungserscheinung „eine reine, d.h. von aller politischen Ideologie und allen naturwissenschaftlichen Elementen gereinigte, ihrer Eigenart, weil der Eigengesetzlichkeit ihres Gegenstandes bewußte Rechtstheorie zu entwickeln.“³⁸⁴

(2) Die maßgebliche Denkform des Rechts ist in der Konzeption der *Reinen Rechtslehre* dementsprechend nicht seine Wirklichkeit oder Wirksamkeit, sondern seine Geltung. Die Geltung des Rechts ist nach Kelsen unabhängig von psychologischen Wertungen und Wirksamkeiten, weil sich insoweit Form und Inhalt des Rechts unterscheiden lassen: „Denn nur die psychischen Prozesse der Vorstellung und der Wollung des Rechts, nicht aber das Recht als Inhalt dieser Prozesse ist positiv im Sinne von *faktisch*.“³⁸⁵ Kelsen nimmt mit diesem Gedanken die Savigny'sche ästhetische Konzeption der Rechtsformulierung auf, und kehrt sie zugleich in ihr Gegenteil, in dem er die anschauungsentbundene reine Begrifflichkeit zum verbindlichen Element des Rechts macht und jede Form der Rechtsvorstellungen nur als sekundären Vollzug des Rechts ansieht. In der *Reinen Rechtslehre* ist es zwar nicht die Anschauung, die dem Begriff dichotomisch entgegengestellt wird, wohl aber die psychischen Prozesse der Rechtsvorstellung und des Rechtsempfindens. Diese ästhetische Grundlage der *Reinen Rechtslehre* wird um die Lehre vom Rechtssatz ergänzt, den Kelsen als ein normativ-hypothetisches Urteil beschreibt. Der Tatbestand formuliert die Bedingung, das *sollen* dient als Kopula und die Rechtsfolge bildet die Konsequenz. Der Rechtssatz unterscheidet sich vom Naturgesetz durch die Denkfigur der Zurechnung. Antezedens und Konsequenz werden im Rechtssatz nicht durch Kausalität verknüpft, sondern über Zurechnungen. Diese Zurechnung unterscheidet sich von den Kausalitätsannahmen dadurch, daß sie nicht der Macht der Denkgewohnheiten unterliegt. Der konsequente Ausschluß der Kausalität aus dem Bereich des Rechts ist daher für Kelsen gleichbedeutend mit dem Ausschluß jeder normativen Kraft des Faktischen. In Folge der strikten Trennung von *Sein* und *Sollen* muß Kelsen die Rechtstheorie auch strikt von den Naturwissenschaften unterscheiden. Dem Rechtssatz entspricht die positivrechtlich formulierte Rechtsnorm, und er ist Teil eines Stufenbaus, der in den Begründungsketten von den Verordnungen,

³⁸³ Hans Kelsen, *Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung*, AÖR 32 (1914), S.436; Vgl.: *Reine Rechtslehre*, S. 19 ff. und S. 76 ff.

³⁸⁴ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1. Auflage, S. III.

³⁸⁵ Hans Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Aalen 1960, S. 90.

Verwaltungsakten und Gerichtsentscheidungen über die Gesetze zur Verfassung und zur Grundnorm hin weist. Die Grundnorm schließlich schließt jede Form von Wirklichkeitsinhalten einer Rechtsordnung aus, eben weil sie eine bloß heuristische Konstruktion ohne Entsprechung in kodifiziertem Recht ist.

bb) Die Rückseite des Rechts

Obschon Kelsen die Grundnorm von vornherein als eine Konstruktion ohne Wirklichkeitsentsprechung ansieht, ist seine Stellungnahme gegenüber der Argumentationsform der Fiktion innerhalb der Entwicklung seiner Rechtslehre durchaus von einer anfänglichen Ablehnung gekennzeichnet. Das Kelsen'schen Gesamtwerk macht deutlich, daß von der *Reinen Rechtslehre* nicht als einer einheitlichen Konzeption gesprochen werden kann. Die „reinen Rechtslehren“ gibt es nur im Plural.³⁸⁶ In den frühen Fassungen seiner Rechtslehre grenzt sich Kelsen noch deutlich von dem Neukantianismus Vaihinger'scher Prägung ab: „*Immer wieder habe ich betont, daß die sogenannte Grundnorm keine positive Rechtsnorm ist, weil sie nicht gesetzt, sondern bloß gedanklich vorausgesetzt ist, daß daher bei ihr von einer Fiktion: Behauptung einer Realität im Widerspruch zur Wirklichkeit, keine Rede sein kann. Weder zur Wirklichkeit des tatsächlichen Geschehens - eine solche wird ja gar nicht behauptet - noch zur Wirklichkeit des positiven Rechts.*“³⁸⁷ Dementsprechend formuliert er programmatisch: „*Der Kampf gegen die Fiktion, diese verwerfliche Notlüge der Wissenschaft, ist eines der Ziele meiner Arbeit.*“³⁸⁸ Diese Ablehnung der Argumentationsform der Fiktion ist noch durch gewisse erkenntnistheoretische Unsicherheiten gekennzeichnet.³⁸⁹ Trotz dieses programmatischen Kampfspruches entwickelt Kelsen die Fiktion als Figur der Grundnorm zur Schnittstelle zwischen Form und Inhalt des Rechts und zur Grundlage der Souveränität einer Rechtsordnung. Diese Entwicklung verläuft über den Umweg, mit der Fiktion den negativen Sinnüberschuß einer Rechtsordnung zu bändigen: In der ersten Auflage der *Reinen Rechtslehre* taucht der Gedanke der Fiktion noch nicht im Zusammenhang mit der Grundnorm auf. Gleichwohl setzt Kelsen die Fiktion an einer entscheidenden Stelle seiner Argumentation zur Formalisierung des Rechts ein: Nach Kelsen gibt es im Gesetz keine Lücken, jeder Fall sei in Anwendung des Gesetzes

³⁸⁶ Die Träger der „reinen Rechtslehren“ sind insoweit: *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz* (1911); *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre* (1920); *Reine Rechtslehre* (1. Auflage 1934; 2. Auflage 1960); *Allgemeine Theorie der Normen* (1979).

³⁸⁷ Hans Kelsen, *Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie?* 1928, S. 24 f.

³⁸⁸ Hans Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, S. VII.

entscheidbar. Grundlage für diese Aussage ist die Prämisse Kelsens, daß jedes nicht formulierte Recht eine Negation des formulierten Rechts sei und daß diese Rückseite des Rechts ein Teil der Rechtsordnung selber ist. Grundlage dieses Gedankens ist folgender Ausgangspunkt: *„Wozu man nicht verpflichtet ist, das zu tun oder lassen ist man frei“*³⁹⁰ Diese Grenzziehung ist der entscheidende Punkt, wenn man zu verbindlichen Formalisierung des Rechtes gelangen will. Der Autor möchte das Recht dazu verpflichten, darüber beredsam zu schweigen, worüber es nicht spricht, und er verpflichtet das Recht daher zu einer strengen kodifikatorischen Bindung. Kelsen will klarstellen: Wo das Recht bisher schweigt, soll eben keine Rechtsfolge angeordnet werden. Alle Rechtsergänzungen, extensive Auslegungen oder teleologische Reduktionen und vorgebliches Gewohnheitsrecht sind nach Kelsen daher verwerfliche Fiktionen, die nichts anderes sind als die Aufhebung bisherigen Rechts. Kelsen erweitert die zeitliche Perspektive des Rechts, in dem er es über den status quo zur Vergangenheit hin orientiert. Gleichwohl sieht Kelsen das Problem der Differenz zwischen abstraktem Rechtssatz und konkretem Sachverhalt. Diese Differenz begrenzt den kodifizierten Bereich des Rechts nicht zur zeitlich, sondern auch im semantischen *Hier* und *Jetzt*. Da der abstrakte Rechtssatz erst in der richterlichen Entscheidung und ihrer Sachverhaltsschilderung entnormativiert wird, besteht grundsätzlich die Gefahr der Verlagerung der Gesetzgebung vom Gesetzgeber auf den Richter und die Gefahr willkürlichen Richterrechts. Dieser Gefahr soll nach Kelsen dadurch begegnet werden, daß man, wie im oben zitierten Art. 1 der Schweizer Verfassung Lücken fingiert. Diese Lücke hatte Kelsen dadurch geschlossen, indem er das Schweigen als Negation zum Bestandteil der Rechtsordnung machte. Die Fiktion der Lücke soll den interpretatorischen Spielraum der vorhandenen Rechtsnormen und die Tatsache, daß der Richter in seiner Entscheidung über die Anwendung von Gesetzen frei ist, verhüllen, um die Grenzen dieses Spielraums effektiv zu sichern: *„Um diese Gefahr [willkürlichen Richterrechts Amn.d.V.] möglichst einzuschränken, wird die Ermächtigung zur Ausschaltung des Gesetzes in der Weise formuliert, daß dem Rechtsanwender die außerordentliche Vollmacht nicht zum Bewußtsein kommen soll, die ihm damit tatsächlich übertragen wird. Der Rechtsanwender soll glauben, er dürfe nur in den Fällen das Gesetz nicht anwenden, in denen es nicht angewendet werden kann, weil es selbst keine Möglichkeit der Anwendung enthält. Er soll glauben: frei zu sein nur wenn er selbst als Gesetzgeber fungieren darf, nicht aber in der Hinsicht: wann er an Stelle des Gesetzgebers zu treten hat. Daß er in Wahrheit auch*

³⁸⁹ Vgl. insoweit kritisch: *Winkler*, a.a.O., S. 108 ff.

³⁹⁰ *Hans Kelsen, Reine Rechtslehre*, 1. Auflage, S. 101.

*in dieser Hinsicht frei ist, verhüllt ihm die Fiktion der Lücke.*³⁹¹ Wenn Kelsen hier von einer Fiktion spricht, so muß freilich darauf hingewiesen werden, daß er daß nicht im Hinblick auf den Enthüllungscharakter der Fiktion tut, er spricht hier keine Als-Ob Figur an und benennt den Sachverhalt eher als Täuschung. Kelsen erkennt aber damit, daß die Behauptung von Gesetzeslücken aus der Notwendigkeit folgt, einen vorpositiven Bereich der Rechtswirklichkeit zu entziehen. Nicht, weil bestimmte Sachverhalte bisher nicht geregelt waren, spräche das Gesetz von einer Gesetzeslücke, sondern weil die bisherigen Regelungen so dargestellt werden sollten, als regelten sie *noch nicht* diesen Sachverhalt. Wer Gesetzeslücken behauptet, tut dies um den Gesetzesverstoß, der in jeder Rechtsfortbildung und in jedem Abschied vom bisherigen Recht liegt, zu verhüllen. Die Behauptung von Gesetzeslücken erfüllt in diesem Sinne eine Vergeßlichkeitsgarantie für den Gesetzesanwender, der damit ausblenden kann, daß das Recht bisher für den aktuellen Fall keine Rechtsfolge vorsah und somit weder Ermächtigungs- noch Anspruchsgrundlagen bot. Bei Kelsen ist *damit beobachtbar*, daß er glaubt, es sei möglich, ein formales Kalkül im Sinne einer Geometrie des Rechts zu formulieren, und damit das Recht abschließend zu formalisieren.³⁹² Es erinnert insoweit an die Umkehrung der – wie Michael Fried es einmal genannt hat – *höchsten Fiktion des klassizistischen Malerei*³⁹³ durch einen formalen Abschluß so zu tun, als ob von der Gegenwart des Betrachters keine Rede sein könne. Hier wird durch die formale Öffnung in der Leerstelle markiert, daß es in den übrigen Fällen keinen gesetzgebenden Richter, sondern allenfalls ein Sprachrohr des Gesetzes geben soll. Entscheidender ist jedoch, daß Kelsens zeitliche Analyse des Rechts ganz den Punkt trifft, der hier als *Philosophie des Noch-Nicht* bezeichnet wurde. Kelsen erkennt mit seiner Idee, daß auch die nicht geregelten Sachverhalte Teil des Rechts sind, daß Fiktionen und Analogien nicht einfach Positivierung eines imaginären Rechtszustandes, sondern auch die Negativierung positiven Rechts bedeuten. Positives Recht wird nach Kelsen nur so als „vorgesetzliches“ Recht qualifiziert, in dem ihr bisher formuliertes Negativum als Lücke qualifiziert wird.

³⁹¹ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1. Auflage, S. 105.

³⁹² Vgl. vor allem: Ludwig Wittgenstein, *tractatus-logico-philosophicus*, Punkt 7: „Wovon man nicht sprechen kann, darüber muß man schweigen.“, Frankfurt a.M. 1984, S. 85.

cc) Die Schleierfunktion der Grundnorm

(1) Die Fiktion der Lücke wandelt Kelsen bis zur 2. Auflage seiner *Reinen Rechtslehre* in eine Fiktion der Geschlossenheit des Rechts. Grundlage für sein System wird nun die *Philosophie des Als-Ob* von Vaihinger. Oberstes, die Einheit und Formalisierbarkeit des Rechts sicherndes Axiom ist die Grundnorm, eine Fiktion im Sinne Hans Vaihingers. Die Notwendigkeit des Als-Ob wird Kern seiner juristischen Methodenlehre. Die Positivität des Rechts wird gleichgesetzt mit seiner Souveränität.³⁹⁴ Kelsen versucht die Souveränität alleine durch die logische Rückführung aller Rechtssätze auf die sog. Grundnorm zu erklären. Die Grundnorm ist der Punkt innerhalb des Systems, in der die Spannungen zwischen Normativität und Faktizität zusammenlaufen und aufgehoben werden. Souveränität und Fiktion werden zu Sammelpunkten, die in die axiomatische Struktur der *Reinen Rechtslehre* eintreten. Beide leisten gleichermaßen die Vermittlungsfunktion zwischen der Formulierung des Rechts und seiner Verwirklichung.³⁹⁵

*„Die Grundnorm einer positiven Rechtsordnung ist (...) eine fingierte Norm, der Sinn nicht eines realen, sondern eines bloß fingierten Willensaktes. Als solche ist sie eine echte oder eigentliche Fiktion im Sinne der Vaihinger'schen Philosophie des Als-Ob, die dadurch gekennzeichnet ist, daß sie nicht nur der Wirklichkeit widerspricht, sondern auch sich selbst.“*³⁹⁶

Die Aufrechterhaltung dieses Widerspruchs zur Wirklichkeit stellt sich im folgenden als die Achillesferse der *Reinen Rechtslehre* heraus. Die Grundnorm ist an sich inhaltlich beziehungslos und sichert so die Dynamik des Rechts. Sie gilt für beliebige Rechtsordnungen.³⁹⁷ Wenn man ihr einen Inhalt zuschreiben will, dann lautet er allenfalls: *„Du sollst dem historisch ersten Verfassungsgeber gehorchen“*.³⁹⁸ Die Grundnorm soll ob diesen formelhaften Inhalts gerade kein Deutungsschema zugunsten einer bestimmten konkreten Rechtsordnung sein. Für Kelsen muß zwar das Gesetz stets ein

³⁹³ Michael Fried, *Absorption and Theatrecalcity. Painter and Beholder in the age of Diderot*, Berkley 1980. Dazu auch: Wolfgang Kemp, *Verständlichkeit und Spannung. Leerstellen in der Malerei des 19 Jahrhunderts*, in: ders. (Hrsg.), *Der Betrachter ist im Bild*, Köln 1985, S. 265

³⁹⁴ *„Die als Staat bezeichnete Rechtsordnung wird als höchste, nicht weiter ableitbare Ordnung gedacht.“* Hans Kelsen, *Das Problem der Souveränität*, S. 87.

³⁹⁵ Vgl.: Michael W. Hebeisen, *Souveränität in Frage gestellt*. Die Souveränitätslehren von Hans Kelsen, Carl Schmitt und Hermann Heller im Vergleich, Baden-Baden 1995, S. 313.

³⁹⁶ Hans Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, 1979, S. 206.

³⁹⁷ Dieter Kühne, *Die Grundnorm als inhaltlicher Geltungsgrund der Rechtsordnung*, in: Werner Krawietz/Helmut Schelsky (Hrsg.), *Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen*, *Rechtstheorie Beiheft 5* (1984), S. 193 ff. (195).

³⁹⁸ Hans Kelsen, *Die Funktion der Verfassung*, WRS II (1968), S.1975 ff.; auch in: *Das Problem der Souveränität*, Vorrede VII.

verfassungsgemäßes Gesetz sein, die Verfassung aber keine grundnormkonforme Verfassung.³⁹⁹ Die Grundnorm soll nach Kelsen auch daher nicht als Deutungsschema zugunsten einer konkreten Rechtsordnung verstanden werden, weil Kelsen mit allen Deutungsinhalten sämtliche kognitiven, faktischen und deskriptiven und politischen Elemente aus seiner Rechtslehre ausscheiden will.

(2) Kelsen tritt mit seinem Souveränitätsgedanken in die direkte Auseinandersetzung mit Carl Schmitt ein. Anhand dieses Streites lassen sich die dialektischen Rückseiten der Reinen Rechtslehre beleuchten. Die Hauptkonfrontation zwischen den beiden Rechtswissenschaftlern wurde im Jahre 1931 durch Schmitts Monographie „Der Hüter der Verfassung“ und Kelsens Replik „Wer soll der Hüter der Verfassung sein?“ ausgelöst. Die neukantianische Unterscheidung von Sein und Sollen versteht Schmitt als Antagonismus, als dialektisch zu überwindende Antinomie.⁴⁰⁰ Dieser setzt er die Idee der politischen Einheit entgegen. Statt des Antagonismus von Sein und Sollen, der immer auch als Widerstreit zwischen den nach Durchsetzung ringenden Rechtsströmungen verstanden werden kann, gilt bei ihm der Dualismus von Freund und Feind bzw. von Normalität und Ausnahmezustand. Dieser Dualismus bezieht sich sowohl auf die Wahl zwischen verschiedenen Rechtsanwendungsmöglichkeiten als auch auf die Situation, mit letzter Kompetenz über solche Alternativen entscheiden zu müssen. Beide Autoren werden auf die beiden unterschiedlichen Grundsätze Lex facit regem (Kelsen) bzw. Auctoritas facit regem (Schmitt) zurückgeführt. Ihr Streit dient damit heute noch, so bei Jürgen Habermas, als Modell des Streites um die Souveränität und Argument dafür, sich zugunsten des Rechtsstaates auf die Seite Kelsens stellen zu müssen. Souveränität ist stets auch die letzte Entscheidungskompetenz eines Handlungsträgers. Man kann Souveränität als die Möglichkeit definieren, Begründungen zu beenden. Dem Schmitt'schen Diktum „Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet.“⁴⁰¹ steht die Idee Kelsens entgegen, es sei bereits durch die Setzung der Grundnorm und die Rückführbarkeit der Rechtsordnung auf die Verfassung und weiter auf die Grundnorm über diesen Zustand entschieden worden. Weil Kelsen durch die fiktive Grundnorm den Aufmerksamkeitswechsel zwischen Sein und Sollen konservieren will, steht Souveränität bei ihm grundsätzlich im Perfekt. Die Argumentationsform der Fiktion hat bei

³⁹⁹ Jens-Michael Priester, *Die Grundnorm- Eine Chimäre*, in: Krawietz/Schelsky (Hrsg.), a.a.O., S. 225.

⁴⁰⁰ Hasso Hofmann, *Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts*, Neuwied-Berlin 1964, S. 52.

Kelsen als zeitliche Dichtungsform den Sinn, die Souveränität des Rechts in die Vergangenheit zu legen. So lassen sich für Kelsen sämtliche einbrechenden vagen Naturrechtsideen, Moralvorstellungen, politische Ideologien und Interessen bezüglich der Beendbarkeit juristischer Argumentationen ausschließen. Das Recht soll bereits ihrer Disposition entzogen sein. Die Vermittlungsleistung des Souveränitätsbegriffes im Hinblick auf das Verhältnis von Geltung und Wirksamkeit des Rechts ist bei Kelsen und Schmitt identisch. Nur leistet bei Kelsen eine Fiktion, die Grundnorm, diese Vermittlungsleistung, während es bei Schmitt der Ausnahmezustand ist, also der Zustand in dem eine Begründung nicht mehr möglich ist und die Argumentierenden sich nur noch in Freund und Feind unterscheiden. Zudem steht Souveränität bei Schmitt nie im Perfekt, sondern im Präsens. Nach seiner Theorie bedarf es ständig einer neuen Absicherung der Rechtsordnung in der Rechtswirklichkeit und daher immer neuer Entscheidungen über die Geltung des Rechts. Diese Anbindung der Geltung an „konkretes Ordnungsdenken“ gilt heute in der rechtswissenschaftlichen Literatur vorwiegend als Beispiel nicht rechtsstaatlich konstituierter Rechtssysteme. Es stellt sich aber dabei die Frage, ob der als Antipode gewertete Kelsen diese Anbindung an politischen Willen durch seinen juristischen Konstruktivismus tatsächlich zu lösen vermag. Die logische und emotionale Ambivalenz (Mühlmann) der Fiktion bringt einen ähnlichen Freund-/Feind Dualismus hervor, wie der Schmitt'sche Ausnahmezustand.

(4) Der Eigenart der Argumentationsform des Als-Ob entsprechend ist die Souveränitätstheorie Kelsens genau in ihr Gegenteil verkehrbar. Fiktionen halten nicht ihr konservatorisches Versprechen. Fiktionen sind keine argumentativen Einbahnstraßen, sie können genau umgekehrt werden und was als Ausschluß aller faktischen Elemente konzipiert ist, kann sich geradezu als Identifikation von Normativität und Faktizität darstellen. Das erkennt man schon daran, daß sowohl die Maxime von Grotius („Handle so, als ob kein Gott existiere“) und die Maxime von Kant („Handle so, als ob ein Gott existiere“) das gleiche Ziel, eine vernunftautonome Methode, anpeilen. Durch die Fiktion der Grundnorm soll die Souveränitätsidee bei Kelsen entbehrlich und durch das Postulat der Einheit der Rechtsordnung ersetzt werden.⁴⁰² Die Souveränität der Rechtsordnung läßt sich in der Kelsen'schen Systematik durch folgende Merkmale ersetzen: Systemkonformität, Ausschließlichkeit, Einheitlichkeit

⁴⁰¹ Carl Schmitt, *Politische Theologie*, S. 11. Dazu auch Starcke, a.a.O., S. 129: "Der Souveränitätsgedanke hat allein den Wert, Ausdruck der Notwendigkeit zu sein, eine Wahl zu treffen und in der Bereitschaft, Verantwortung dafür auf uns zu nehmen, danach zu handeln."

⁴⁰² Michael W. Hebeisen, *Souveränität in Frage gestellt*. Die Souveränitätslehren von Hans Kelsen, Carl Schmitt und Hermann Heller im Vergleich, Baden-Baden 1994, S. 157 ff.

und Begrenzung des Widerspruchs auf die Fiktion der Grundnorm. Diese formalisierte Souveränität ist bei Kelsen folglich kein Dogma, sondern ein Axiom.⁴⁰³ Starcke hat hierzu bemerkt, daß durch diese Formalisierung der Souveränität die Spannungen zwischen normlogischem System und gesellschaftlichem Handeln aufgelöst werden sollen: „Man muß also die Fiktion der Einheit, diesen allgemeinen Willen, schaffen, und die Juristen versuchen folgerichtig, die verschiedenen Gesetze oder wichtigen Gewohnheiten als Elemente der Ganzheit zu systematisieren. Diese Ganzheit selbst oder ihr höchster Ausdruck werden dann der wahre Souverän sein. Sie setzt das Rechtssystem ein und macht es gerecht.“⁴⁰⁴ Mit dem Souveränitätsbegriff Kelsens kann allerdings gerade deshalb die Positivität des Rechts und die Souveränität einzelner Staaten aufgehoben werden.⁴⁰⁵ Wenn die Grundnorm der einzelstaatlichen Rechtsordnung eine positive Norm des Völkerrechts ist, dann kann auch die Grundnorm des Völkerrechts eine positive Norm des Naturrechts ein.⁴⁰⁶ In Kelsens Nachfolge gab es tatsächlich diese Erweiterungsvorschläge bezüglich der Reinen Rechtslehre. Da die Reine Rechtslehre inhaltsindifferent sein soll, läßt sich gegen diese Erweiterungsvorschläge eigentlich nichts vorbringen. Die Grundnorm ist wegen der Verweigerung jeden Deutungsschemas gerade nicht resistent gegen moralische oder gerechte Konkretisierungsangebote.⁴⁰⁷ Die Vorschläge aus den Reihen von Kelsens Schülern und Rezipienten, die Grundnorm solle eine positive Norm des Naturrechts ein, sind ohne weiteres systemkonform.⁴⁰⁸ Der formale Souveränitätsbegriff läßt sich zur Überwindung des positiven Rechts ebenso einsetzen, wie zur Überwindung des Naturrechts. Diesem Dilemma versuchte Kelsen zu entgehen, indem er der Naturrechtslehre und der Moral jeden verpflichtenden Charakter absprach, und sein Rechtssystem eben in den späteren Versionen auf die Philosophie des Als-Ob zurückgriff. Der Kelsen'sche Rechtsentwurf erhöht jedoch gerade in dem Rückgriff auf den „idealistischen Positivismus“ Vaihingers die positive Rechtsordnung zu einem neuen Naturrecht. Dem juristischen Konstruktivismus Kelsen'scher Prägung fehlt jeder kontingente Bereich. Er identifiziert Recht und soziale Wirklichkeit. Dazu bemerkt Alf Ross: „Die souveräne Soll-Ordnung wird deshalb an die gegebene Wirklichkeit angepaßt, und das ganze Soll-System Kelsens kann als

⁴⁰³ Hebeisen, a.a.O., S. 166/316.

⁴⁰⁴ C.N. Starcke, *Bemerkungen zum Souveränitätsgedanken*, in: Hans Kurz, *Volkssouveränität und Staatssouveränität*, Wege der Forschung, Bd. 28, Darmstadt 1970, S. 125 f.

⁴⁰⁵ Vgl.: Hebeisen, a.a.O., S. 319.

⁴⁰⁶ So die Rezeption Kelsens durch Francis Jaeger, *Le problème de la souveraineté dans la doctrine de Kelsen*, Freiburg 1932.

⁴⁰⁷ Vgl. auch: Jürgen Habermas, *Bestialität und Humanität*, Die Zeit v. 29.4.1999; vgl. dazu: § 3 V.

⁴⁰⁸ Vgl. zu dieser naturrechtlichen Auflösung der Reinen Rechtslehre: Francis Jaeger, *Zu dem Unvermögen der Reinen Rechtslehre*, sich gegen diesen moralischen Erweiterungsvorschlag zu wehren: Hebeisen, a.a.O., S. 319 f.

eine Konstruktion bestimmt werden, die über die soziale Wirklichkeit gelegt wird, um dieser normative Gültigkeit zu verleihen. Sie ist ein Deutungsschema, bloß nicht in einer subjektiven Ideologie wurzelnd, sondern als Ausdruck für den status quo, der zu einem ordre naturel erhöht wird“.⁴⁰⁹ *Inzwischen hat sich bestätigt, daß die Kelsen'sche Fiktion von ihrem Gegenteil begleitet wird. Jürgen Habermas hat auf die Kelsen'sche Als-Ob-Argumentation zurückgegriffen, und dies mit einem Schmitt'schen Ruf nach Entscheidung verbunden.*⁴¹⁰ *Die Qualifikation der Grundnorm als bloße Fiktion ändert nichts daran, daß die Reine Rechtslehre von Hans Kelsen insoweit dem faktischen Ordnungsdenken gleicht, und sich nur insoweit unterscheidet, als daß sie sich auf zeitliche Asynchronisierungsversuche bezieht. Damit reduziert sich die Funktion der Fiktion allerdings darauf, die mit ihr verteidigten Entscheidungen durch Asynchronisierungen zu verschleiern, sie weg zu fingieren.*⁴¹¹ *Kelsen selbst sah in diesem Gedanken allerdings keinen Kritikpunkt an der Reinen Rechtslehre, weil er die Idee der Blendung ausdrücklich in sein System mit einbezog. Man unterschätzt Kelsen, wenn man meint, hier die Bruchstelle seiner Systematik entdecken zu können. Kelsen selbst betont in seinem Werk diesen Aspekt der Grundnorm. Nicht nur in Bezug auf seine Qualifikation von Auslegungshilfen wie der „Lückenfiktion“, sondern auch in Bezug auf die Souveränität der fiktiven Grundnorm bemerkt Kelsen: „ Wer den Schleier hebt, und sein Auge nicht schließt, dem starrt das Gorgonenhaupt der Macht entgegen.“*⁴¹²

V. Das unsichtbare Recht

Bisher sind wir es nur gewöhnt, innerhalb ästhetischer Argumentationen von einem unsichtbaren Meisterwerk zu sprechen.⁴¹³ Von unsichtbarem Recht wird nicht gesprochen.⁴¹⁴ Kelsens Zitat über die Schleierfunktion der Grundnorm läßt aber bereits ahnen, daß es durchaus Sinn macht, dieses Bild auf juristische Argumentationen zu übertragen, um den negativen Rest von Argumentationen zu

⁴⁰⁹ Alf Ross, *Recht und Wirklichkeit*, in: Juristische Blätter, Wien 1930.

⁴¹⁰ Siehe unten § 3 V 2 b cc.

⁴¹¹ So auch Winkler: „*Es scheint so, als wollte Kelsen die Grundnorm als Schleier benutzen, um damit das schreckliche Antlitz bloßer Macht zu verhüllen.*“ Günther Winkler, a.a.O., S. 107.

⁴¹² Hans Kelsen, *Diskussionsbeitrag*, VVDStI 3 (1927), S. 55; zitiert nach Günther Winkler, a.a.O., S. 107, (FN 12).

⁴¹³ Vgl. die umfassende Darstellung bei: Hans Belting, *Das unsichtbare Meisterwerk*. Die modernen Mythen der Kunst, München 1998.

bezeichnen. Da gibt es die Momente, die vor Beginn einer juristischen Begründung liegen und die im Falle eines gültigen Subsumtionschlusses die Tautologie vorbereiten, und es gibt die Momente nach Abschluß einer Begründung, in denen die Entscheidung getroffen wird, ob diese Begründung akzeptiert wird, oder nicht. Es gibt die ästhetische Differenz zwischen den Rechtsvorstellungen und ihren Bedeutungsträgern. Damit gibt es den Bereich, den ich in Zusammenhang mit Kelsens *Reiner Rechtslehre* die Rückseite des Rechts⁴¹⁵ genannt habe, oder es gibt die unbenannte Größe, die im Falle der übrigen Als-Ob Argumentationen die Bereitschaft zur Fiktion bildet. Es muß ein Negativ geben, daß das positive Recht erst sichtbar macht und dieses Negativ muß eine Größe darstellen, die außerhalb argumentativer Handlungen oder Äußerungen liegt. Alles „Faktische“, „Übliche“ und alle bisherige Überlieferung stellen, auch wenn man sie immanent nur auf die Rechtspraxis bezieht, nur einen Ausschnitt aus Rechtspraxis dar, der einer besonderen Symbolisierungsleistung unterlag. Dieser Ausschnitt bildet einen Rahmen, dessen Greifbarkeit davon lebt, daß der Bereich außerhalb des Rahmens unsichtbar bleibt. Aus der juristischen Hermeneutik kommt noch folgender Vorschlag: „*Engischs Bild vom Hin- und Herwandern des Blickes*⁴¹⁶ sollte deshalb,“ so Bernd Schünemann, „*vielleicht durch den Vergleich mit Licht und Halbschatten bei einer Mondfinsternis ergänzt werden.*“ Gemeint ist damit, daß aus dem Bündel aller möglichen zuschreibbaren Merkmale die verschiedenen adäquaten und inadäquaten Sachverhalts - und Tatbestandsmerkmale einer neuen Entscheidung passend zugeschrieben werden sollten, um das Begründungsideal aufrechterhalten zu können. Die Stützung neuer Entscheidungen kann sich nur über Analogien, ob nun auf Tatbestands- oder auf Sachverhaltsseite, vollziehen. Die Orientierung an vergleichbaren Fällen geht dabei immer mit der Entscheidung einher, ob die adäquaten oder die inadäquaten Merkmale überwiegen. Die Kontinuität rechtlicher Herleitungen kann sich dabei nur über rhetorische Techniken vollziehen, wie sie einleitend als Dissimulationstechniken geschildert wurden.⁴¹⁷ Die normative Kraft des Faktischen und die des Kontrafaktischen muß man als einheitliches Assimilationsphänomen verstehen. Die Unterscheidung von Simulation und Dissimulation ist unter Rückgriff auf Regeln nicht möglich. Dies ergibt sich aus der einfachen Tatsache, daß die kleinste Einheit der Begründung immer eine

⁴¹⁴ Vgl. insoweit aber ähnlich die Figur einer „*unsichtbaren Hand*“ bei juristischen Entscheidungen: *Martin Shapiro, Towards a Theory of Stare Decicis*, *Journal of legal studies* I (1972), S.125-134 (131).

⁴¹⁵ Vgl. jüngst die Figur einer Verfassung hinter der Verfassung: *Hans Herbert von Arnim, Die Verfassung hinter der Verfassung*, ZRP 1999, S. 326 ff. Bemerkenswert an diesem Aufsatz ist, das v. Arnim die Fiktion wieder als Instrument der Kritik verwendet.

⁴¹⁶ Siehe oben: § 3 II 2. Der Subsumtionszirkel.

⁴¹⁷ Vgl auch: *Levi, Edward; An Introduction to Legal Reasoning*, in: *University of Chicago Law Review* 15 (1948), S. 501 ff.

zweistellige Relation aus Regel und Fall ist. Während der Fall sich ändert, soll die Regel beibehalten werden, und das heißt, daß Regelanwendungen immer bereits einer zweifachen Forderung ausgesetzt sind: Regeln auch in unterschiedlichen Fällen zu identifizieren und dadurch nicht identisch zu übertragen.⁴¹⁸ Wiederholungen finden in unterschiedlichen Situationen statt. Dabei ist man in keinem Fall von Regelanwendung in der Lage, die Gesamtmenge aller bisherigen Anwendungsfälle neu aufzunehmen.⁴¹⁹ Die Selektion der Beispielfälle, die im Rückgriff auf Tatbestände liegt, erhöht für den Regelanwender die Wiedererkennbarkeit des einen Tatbestandes durch Ausblenden anderer Tatbestände. Plausibilität und das Einrasten von Gründen sind daher Bereiche mit geringer Tiefenschärfe. Zur Verdeutlichung des Umstandes, daß die Formbindung des Rechts abhängig von seiner Negativität ist, ist es durchaus sinnvoll, von einem unsichtbaren Recht zu sprechen, und Souveränität und Symbolbildung im Recht in einem Zusammenhang zu sehen. Unsichtbares Recht ist Recht, daß für eine Kultur nicht symbolisierbar ist. Bereits innerhalb der Darstellung der Systematik des Aufmerksamkeitswechsel wurde der Versuch unternommen, Fiktionen und kontrafaktische Annahmen zu unterscheiden. Diese Unterscheidung kann nun anhand juristischer Argumentationen dahingehend weitergeführt werden, daß man beide Figuren nach ihrem unterschiedlichen Umgang mit Symbolen und der Negativität des Rechts befragt.

1. Der Aufmerksamkeitswechsel im Recht

(1) Die Unterscheidung von Recht, Wirklichkeit und Rechtswirklichkeit verlangt eine Reihe von Aufmerksamkeitswechseln, die davon absehen lassen, was gerade auf der anderen Seite der Unterscheidung von Normativität und Faktizität steht. Es gehört nicht nur zur Gründungslegende des Idealismus sondern auch zu der der empirischen *nuova scienza*, daß der Moment des Fingierens den möglichen Enttäuschungsfall im Fall der Regelbildung antizipieren und als irrelevant überwinden soll, indem er ihn ausblendet. Man erzählt insoweit die sich gleichenden, angeblich authentischen Geschichten von Galileis Schüler Vasari und von Georg Wilhelm Friedrich Hegel: Vasari führte um die Mitte des 17. Jahrhunderts bei Alfonso dem II. die Fallgesetze vor, indem er Elfenbeinkugeln eine kupferne Fallrinne hinab rollen ließ. Auf die Frage Alfonsos des II, was die Vertreter der *nouva*

⁴¹⁸ Der Begriff der *nicht-identischen Übertragung* stammt von Bazon Brock. Vgl. dazu: Stefan Asmus, *Ästhetisches System*, <http://www.brock.uni-wuppertal.de/vademecum/>

⁴¹⁹ Darauf basiert die Unterscheidung von Derrida von *itérabilité* und *répétabilité*; Vgl.: Derrida, J.; Paris 1990; S.229 ff. Vgl. dazu auch: Niklas Luhman, der selbst wiederum dazu auf den aristotelischen Gedanken verweist, daß Argumentationen nicht *de toto ad seipsum*, sondern *de parte ad partem* verläuft. Niklas Luhmann, a.a.O., S. 349.

scienza denn sagen würden, wenn sie einmal an Kugeln gerieten, die nicht dem Gesetz folgend hinab rollen würden, antwortete Vasari: „*Das wäre schlimm für die Kugeln. Wir sagen dann, daß wir nicht von Ihnen sprechen.*“⁴²⁰ Ganz ähnlich soll Hegel auf den Vorwurf gegen den Idealismus geantwortet haben: „*Um so schlimmer für die Wirklichkeit.*“ Diese sich ähnelnden Anekdoten weisen auf den Umstand hin, der auch innerhalb juristischer Argumentationen gilt, nämlich daß es für die Systematik des Aufmerksamkeitswechsel unerheblich ist, ob man auf normativer Basis oder faktischer Basis argumentiert. Von beiden Seiten aus kann man einzelne inadäquate Zuschreibungen billigend in Kauf nehmen, solange genügend Beurteilungsspielraum zu Bestimmung des Gesetzes besteht. Ebenso, wie von der Wirklichkeit abgesehen werden kann, kann auch vom Recht selber abgesehen werden, um das Recht gegenüber Enttäuschungen zu stabilisieren. Diesen Aufmerksamkeitswechseln selbst soll nun die Aufmerksamkeit geschenkt werden.

(2) Diesem Wechsel waren wir auf argumentativer Basis in Form der Fiktionen und der Analogien begegnet, und ich hatte das auf Rechtsfortbildungen, also die Positivierung neuen Rechts bezogen. Wie läßt sich dies auf Symbolisierungen beziehen? Auch durch stilistische Mittel wie Perücken oder Roben der Rechtsautoren wird der Aufmerksamkeitswechsel und dadurch die positive Bereichsbildung des Rechts unterstützt. Und auch das Urteilsrubrum spricht mit Bedacht davon, daß *das Gericht durch die Richter etwas für Recht erkannt hat*, und nicht davon, daß Herr Richter *Soundso* etwas entschieden hat. In beiden Fällen handelt es sich um mit Bedacht gewählte gestalterische bzw. rhetorische Formen. Beide symbolisieren Objektivität, indem sie vom individuellen Rechtsautor absehen lassen, und beide ermöglichen den Aufmerksamkeitswechsel von der Tatsache des Ausspruches und der Anmaßung in den Bedeutungsbereich positiven Rechts. Selbst noch das sog. Bannmeilengesetz, das für die ehemalige Hauptstadt Bonn galt, hat einen solchen symbolischen Hintergrund. Mit dem Argument, die Abgeordneten durch die Bannmeile vom „*Druck der Straße*“ zu entlasten, wird ihre Entscheidungsfreiheit symbolisiert, als ob sie nicht Koalitionsvereinbarungen, Interessenverbänden, europäischer Politik, eigenen oder fremden Zwängen ausgesetzt wären. Wenn nicht auf Über- oder Vorpositives zur Begründung des Rechts zurückgegriffen werden kann, dann zwingt der Streit um das Recht mit rhetorischen, gestalterischen und semantischen Mitteln zu einem Aufmerksamkeitswechsel zwischen der Bedeutung des Rechts und seinen Bedeutungsträgern. Wenn

⁴²⁰ Diese Geschichte ist übernommen von: *Elisabeth Ströker, Zur Frage der Fiktionalität theoretischer Begriffe*, in: Henrich/Iser (Hrsg.), *Funktionen des Fiktiven*, München 1983, S. 95.

allerdings auch kein überpositiver Bereich zur Begründung des Rechts zu Verfügung steht, der enttäuschen kann, dann kann nur noch das Recht selber enttäuschen. Verbindlichkeit kann in einer solchen Rechtsordnung nur durch kognitive Einschränkungen gegenüber dem Recht selber gewährleistet werden. Die Bedeutungsträger des Rechts müssen selber immunisiert werden, indem sie als Symbole polarisiert werden. Bezogen auf die oben genannten stilistischen Mittel wie Perücke oder Robe ist man in einem Fall enttäuschenden Rechts etwa darauf angewiesen, einem Richter die Perücke mit der Bemerkung vom Kopf zu reißen: „*Da hat ja gar kein Richter entschieden, sondern Herr Soundso!*“ Der Zwang zur kognitiven Einschränkung bezieht sich auch darauf, einen rechtlichen Hintergrund auszublenden. Innerhalb rechtlicher Argumentationen ist man darauf angewiesen, selbst semantische Leerstellen zu formulieren, und das muß man in zweifacher Hinsicht verstehen: Semantische Leerstellen müssen sowohl zur Positivierung von Rechtsvorstellungen, d.h. als Unbestimmtheitsstellen, Kontingenzformeln oder Kontaktbegriffe formuliert werden, als auch als Vergeßlichkeitsgarantien des Gesetzes. Diese Vergeßlichkeitsgarantien müssen dafür sorgen, daß enttäuschte Rechtserwartungen nicht die Gültigkeit der damit verbundenen Bedeutungsträger berühren. Mit der emotional-anschaulichen Dimension von Symbolen lassen sich auch rechtliche Bedeutungsträger unwürdigen. Wie lassen sich diese Vergeßlichkeitsgarantien beschreiben?

(3) Es gibt die einfache Vergeßlichkeitsgarantie des Grundsatzes: *“lex posterior derogat legi priori“*. Auch die Fiktion der Lücke habe ich bereits als Vergeßlichkeitsgarantie vorgestellt. Darüber hinaus ist jedoch entscheidend, daß Bedeutungsträger selbst kein Gedächtnis haben, sondern nur diejenigen, die formulierend auf sie zurückgreifen. Das ist schon an sich ein Dilemma, da auf Bedeutungsträger ja immer als Gedächtnisstützen zurückgegriffen wird. Obschon etwa der Begriff des Naturrechts bis in die zweite Hälfte dieses Jahrhunderts allen nach Anerkennung ringenden Rechtssystemen zur Durchsetzung verholfen hat, konnte man sich mit eben jenem Begriff von dem Recht verabschieden, mit dem man es durchgesetzt hatte. Gleiches gilt für die Figur der Vernunft und der Natur der Sache. Mit den gleichen Argumenten, mit denen die Überwindung des Nationalsozialismus begründet wurde, beriefen sich die Nationalsozialisten auf die Suspension des Rechts der Weimarer Republik: *“Im übrigen wendet sich die nationalsozialistische Weltanschauung gegen die einseitige Herrschaft des*

*Verstandes (Intellekts), wie sie in dem lebensfremden Nationalismus zutage trat, und betont wieder die Werte der Seele: Gefühl, Gesinnung, Charakter, die altdeutschen Sittlichkeitsbegriffe von Wahrheit, Treue, Ehre, Gemeinsinn, Gottvertrauen auf betont christlicher Grundlage...*⁴²¹ Tauscht man den Begriff des Nationalsozialismus aus und erspart man sich den Blick in die Fußnote, wird man daß auch für eine Äußerungen der Rechtsliteratur der Nachkriegszeit halten können. Man versuchte nicht nur, den Nationalsozialismus durch scholastisches Naturrecht zu begründen,⁴²² sondern auch die Ungültigkeit nationalsozialistischer Gesetze.⁴²³ Normativität indiziert Vergeßlichkeit. Normativität bezeichnet, obschon es Verbindlichkeit bezeichnen soll, die Suspension bisher geltenden Rechts. Das heißt, daß das Problem von normativer und faktischer Geltung auf das Problem von Regelabweichung und Regelanschluß herausläuft. Faktischer Geltung wird zwar allgemein der Modus der Änderbarkeit zugeschrieben, während normativer Geltung der Modus der unbedingten Verbindlichkeit zugeschrieben wird. Gleichwohl muß man sich auf die Normativität einer Regel nur dann berufen, wenn man die bisherige Praxis ändern will, während man sich auf die faktische Geltung beruft, wenn alles beim Alten bleiben soll. Die Frage nach der Normativität des Rechts stellt sich nur bei geforderten Rechtsrevolutionen, Änderungen und Außerkraftsetzungen bisherigen Rechts. Soll die Rechtspraxis ungeändert fortgesetzt werden, ist die Unterscheidung nach Normativität und Faktizität unerheblich, es gilt das, was gilt. Die Geschichte des Streites zwischen Rechtspositivismus und Naturrecht ist nicht nur eine Geschichte der Suche nach letzten Verbindlichkeiten, sondern vielmehr noch eine Geschichte der Suche nach Reversibilität und nach Umwidmung von Symbolen. Mal ist es dann die besondere Ausprägung gesetzten und formulierten Rechts, das als Statthalter des Naturrecht durchgesetzt wird und mal ist es das Naturrecht, das als über dem bisherigen positiven Recht stehend durchgesetzt wird.⁴²⁴ Auf Verbindlichkeit beruft man sich dann, wenn man bisher Unverbindliches durchsetzen und sich von bisher Verbindlichem verabschieden will. Mobilisierung und Stabilisierung

⁴²¹ Franz Brändel, *Einleitung*, Rnd. 30, in: J.v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und Einführungsgesetze, Bd. I: Allgemeiner Teil, 10. Auflage München/Berlin/Leipzig 1936. Des weiteren: „*Das Recht wird nach nationalsozialistischer Auffassung nicht durch die Willkür des Gesetzgebers geschaffen, sondern im Einklang mit der Volksanschauung als dem letzten Geltungsgrund des Rechts nach der völkischen Rechtsidee von der Führung und vom Führer geformt und steht in naturgegebener lebendiger Beziehung zur Sittlichkeit (...)*“ Franz Brändel, a.a.O., Rnd. 31.

⁴²² Vgl. dazu auch die Studien über die Herkunft Carl Schmitts aus dem Katholizismus und seine Orientierung an kirchlich-theologischen Hierarchieprinzipien: Manfred Dahlheimer, *Carl Schmitt und der deutsche Katholizismus 1888-1936*, Paderborn 1998.

⁴²³ Vgl.: A.M. Knoll, *Katholische Kirche und scholastisches Naturrecht*, Neuwied-Berlin 1968.

⁴²⁴ Zu den Entwicklungslinien positiven Rechts und die Abgrenzungen gegen das Naturrecht u.a.: Dieter Wyduckel, *Normativität und Positivität des Rechts*, in: Aarnio/ Paulson u.a. (Hrsg.), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit*, FS für W. Krawietz, S. 442.

des Rechts finden immer zeitgleich statt.⁴²⁵ Die meisten Änderungen und Erneuerungen, das ist eine Beobachtung, die man in allen Rechtskulturen machen kann, werden als Bewahrung des Rechts deklariert.⁴²⁶ Sämtliche Versuche, eine unbedingte Verbindlichkeitsquelle zu finden, sind allerdings an Auseinandersetzungen gebunden, wo geltendes Recht ex post außer Kraft gesetzt werden sollte. In der deutschen Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts sind zwei Renaissancen des Naturrechts zu beobachten, und beide erfolgten im Zusammenhang mit dem Rückwirkungsverbot des Strafrechts. Die erste folgte nach dem zweiten Weltkrieg im Zusammenhang mit der Aufarbeitung des Rechts unterm Nationalsozialismus, die zweite Renaissance nach der Auflösung der DDR im Zusammenhang mit den Mauerschützenprozessen und der Behandlung des Schießbefehls. Daran sehen wir, daß Normativität hier kein Prädikat verbindlicher Regeln, sondern eine Form von Rechtssuspension ist, bei der das Symbol der Geltung umgewidmet wird. Das ist die pragmatische *Inversion* der dichotomischen Semantik.

(4) Bei Begründungen werden die gebrauchten Begriffe und Bilder rekontextualisiert und verlebendigt. Der Begriff der Formulierung hat gerade den Inhalt, auf diesen Akt der Verlebendigung von Tatbeständen hinzuweisen. Auch in der Person desjenigen, der begründet, müssen sich Mechanismen finden, die den Akt des Aufmerksamkeitswechsels unterstützen. Das Kelsen'sche Konzept, die Fiktion der Lücke übernehme die Garantie des Aufmerksamkeitswechsels, trifft daher einerseits den argumentativen Teil, der sich auf die mögliche Positivierung vorgestellten Rechts in Unbestimmtheitsstellen, Generalklauseln und Kontingenzformeln bezieht. Andererseits spricht Kelsen das Erfordernis an, Rechtsfortbildungen dadurch zu verschleiern, daß bisher geltendes Recht als Lücke negativiert wird. Der Sinnüberschuß normativer Regeln wird bezüglich der Negativierung bisherigen Rechts durch kognitive Einschränkung erkaufte. Die spätere Kelsen'sche Schleier-Metapher kann man in Bezug auf die Idee der kognitiven Einschränkung ganz wörtlich nehmen. Diese kognitive Einschränkung erfolgt allerdings nicht, wie Kelsen meinte, methodologisch, durch eine Markierung des Rechts im Modus des Als-Ob oder durch den bewußten dogmatischen Ausschluß kognitiver und deskriptiver Elemente. Dies folgt schon daraus, daß sich der Aufmerksamkeitswechsel nicht konservieren läßt. Die Vergeßlichkeitsgarantie liegt darin, durch polare Symbole immer neue Aufmerksamkeitswechsel zu ermöglichen. Die Kodifikation des Rechts scheint in gleichem Maße

⁴²⁵ Vgl.: *Sten Gagnér, Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, Uppsala 1960; dazu auch: *Wyduckel*, a.a.O., S. 439.

⁴²⁶ *Fritz Kern, Recht und Verfassung im Mittelalter, Darmstadt 1952*, S. 4 ff.

Vergeßlichkeitsgarantien zu liefern, wie sie Gedächtnisgarantien liefert. Mit der schriftlichen Fixierung von Entscheidungsgrundlagen scheint man gerade der Sorge um ihre Geltung und ihre Anwendbarkeit enthoben. Im Strafrecht versucht man dem noch entgegenzuwirken, in dem man komplementär mit der strengen Formbindung ans das kodifizierte Recht („*nulla poene sine lege scripta*“) konsequenter am Mündlichkeitsprinzip festhält, als in den Rechtsbereichen, wo diese strenge Formbindung nicht gilt. Das Vertrauen in die Form ist auch im Recht begrenzt.

2. Recht als kontrafaktisch stabilisierte Verhaltenserwartung

(1) Johan Galtung hat als erster vorgeschlagen, zwischen kognitiven und normativen Erwartungen zu unterscheiden, und das Konzept der Regelbildung dadurch auf kognitive Einschränkungen zu beziehen.⁴²⁷ Diesen kognitiven Einschränkungen waren wir bereits im Rahmen der Unterscheidung von Kontaktbegriffen und Isolationsbegriffen begegnet. Recht als kontrafaktisch stabilisierte Verhaltenserwartung zu verstehen, bedeutet danach, daß man Recht im Hinblick auf die Erwartungen beschreibt, die sich aus Enttäuschungen ergeben. So, wie ein Sittengesetz erst formuliert wird, wenn das geforderte Verhalten nicht mehr der Sitte entspricht, muß jede normative Fortbildung des Rechts im Hinblick auf den Moment der Enttäuschung gesehen werden. „*Als Mechanismen der Enttäuschungsabwicklung können zwei konträre Möglichkeiten unterschieden werden: die Erwartung wird geändert - es wird also lernbereit, daß heißt kognitiv erwartet -, oder die Erwartung wird beibehalten- es wird also lernunwillig und kontrafaktisch, d.h. normativ erwartet.*“⁴²⁸ An diesem Konzept hat sich vor allem die Kritik Ota Weinbergers entzündet. Weinberger ist der Ansicht, daß sich Recht als kontrafaktisch stabilisierte Verhaltenserwartung schon grammatikalisch gar nicht ausdrücken ließe. Weinberger bildet dazu folgendes Beispiel: Der Vater sagt zu seinem Sohn: Ich erwarte, daß du um 20.00 Uhr nach Hause kommst. Der Sohn kehrt tatsächlich erst um 24.00 zurück. Im Nachhinein sei es nun sinnlos, so Weinberger, daß der Vater nach 20.00 Uhr noch erwarte, daß der Sohn um 20.00 nach Hause kommt. Auch sei eine solche Haltung grammatikalisch gar nicht ausdrückbar, wie folgendes Beispiel zeige: „*Ich erwarte jetzt, daß etwas geschehen ist, was nicht*

⁴²⁷ Johan Galtung, *Expectation and Interaction Processes*, Inquiry 2 (1959), S. 213-234. Zu der Übernahme durch Luhmann und die Systemtheorie siehe: Niklas Luhmann, *Rechtssoziologie I*, Reinbeck b. Hamburg 1972, S. 33 ff (51)

⁴²⁸ Johannes F.K. Schmidt, *Verrechtlichung von Intimbeziehungen*, S. 434, in: Ernst-Joachim Lampe (Hrsg.), *Zur Entwicklung von Rechtsbewußtsein*, Frankfurt 1997.

geschah.“ Weinberger zieht daraus folgenden Schluß: *„Als vernünftiger Standpunkt und als vernünftige Rede kann ein solcher Satz nicht akzeptiert werden.(...) Eine solche inkonsistente Begriffskonstruktion ist weder für die Rechtsdogmatik und Rechtsphilosophie noch für eine brauchbare Rechtssoziologie akzeptabel.“*⁴²⁹ Tatsächlich ist das Beispiel allerdings durchaus geeignet, den Inhalt kontrafaktisch stabilisierter Erwartungen zu erläutern. In dem oben genannten Beispiel wird der Vater selbstverständlich erkennen, daß der Sohn erst nach 20.00 Uhr nach Hause kam. Wird er, etwa durch eine Ohrfeige, die Regel aufrechterhalten, so bezieht sich die darin ausgedrückte Erwartung selbstverständlich nicht auf den vergangenen Abend, sondern auf die zukünftige Wiederholung der Situation. Der Vater erwartet, daß der Sohn am nächsten Abend dem Gebot des Vaters Folge leistet, daß also nicht mehr geschieht, was geschah. Auf empirische Tatsachen kann er seine Erwartung allerdings nicht mehr stützen, da er in der Vergangenheit enttäuscht wurde. Also muß er die Erwartung kontrafaktisch stützen und zugleich in Form einer Ohrfeige verwirklichen. Die Regel verwirklicht sich nur in dem Fall, wenn die mit ihr formulierte Erwartung enttäuscht wird. Spinnen wir Weinbergers Beispiel spekulativ weiter: Wenn der Sohn regelmäßig vor 8 Uhr nach Hause kommt, vertraut der Vater im soweit, daß er auch ruhig nach 8 Uhr zurückkehren darf. Regeln formulieren Enttäuschungen. Weinberger übersieht bei diesem Beispiel, daß jede Erwartungshaltung zwar auf die Zukunft gerichtet ist, daß man aber nie die Zukunft erwartet, sondern eine andere Vergangenheit. In dem Sinne sagt Brock, die wirksamste Art auf die Zukunft zu wirken, sei, sich eine andere Vergangenheiten zu erarbeiten.⁴³⁰ Die Erfahrungen, die in der Vergangenheit gemacht wurden, sollen sich nicht wiederholen. Das Gesetz der Inversion bei kontrafaktischen Annahmen besagt, daß die Erwartungshaltung sich in der vergangenen Entscheidung mit ihren damals angenommenen Alternativen bildet.

a) Evidenz als Grenzerlebnis

(1) Für die kognitiven Einschränkungen muß es eine bestimmte Denkform geben. Über den Begriff der Evidenz läßt sich die erste Bedingung des Aufmerksamkeitswechsels formulieren. Evidenz ist nichts weiter als Augenscheinlichkeit oder Ersichtlichkeit und es handelt sich dabei um eine Offensichtlichkeit mit opaker Oberfläche: Eine evidente Annahme ist offensichtlich, aber nicht

⁴²⁹ Ota Weinberger, a.a.O., S. 9.

durchschaubar und daher nicht weiter begründbar oder überprüfbar. Es handelt sich um eine Figur undurchsichtiger Offensichtlichkeit. Evidenz ist also die Bewußtseinsform, innerhalb derer Positivität und Negativität einer Argumentation vereint sind. Das Evidenzerlebnis ist die Grenzreaktion juristischer Argumentationen. Im bisherigen Verlauf der Argumentation waren wir bereits an verschiedenen Stellen auf den Begriff der Evidenz gestoßen. So sind die in der Gedächtnisgarantie des Grundgesetzes kodifizierten Grundsätze nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes nur aus *evident* sachgerechten Gründen modifizierbar. Bei der Unterscheidung normativer und deskriptiver Tatbestandsmerkmale geht die Rechtsprechung davon aus, daß ein deskriptives Merkmal sich „*evident aus sinnlicher Wahrnehmung heraus*“ bestimmen ließe, während normative Merkmale der Wertung bedürften.⁴³¹ Das Evidenzerlebnis stellt sich spätestens dann ein, wenn man an die Grenze des argumentativ fassbaren gerät und Dispositionsbefugnisse auslaufen. Im Entscheidungsvokabular des Bundesverfassungsgerichts taucht dieser Begriff im Zusammenhang mit dem Gleichheitsgebot und dem Willkürverbot auf. Gesetzgeberische Willkür liege vor, wenn die Unsachlichkeit der getroffenen Regelung evident sei.⁴³² Im Zusammenhang mit dem Gleichheitsgrundsatz unterscheidet das Bundesverfassungsgericht Willkür und Evidenz. Weil sich das Evidenzerlebnis innerhalb einer Kulturgemeinschaft nicht weiter begründen läßt, liegt der Verdacht nahe, daß Willkür die Evidenz des Anderen ist. Man kann dem Evidenzbegriff jedoch auch darüber hinaus eine zentrale Rolle in juristischen Entscheidungen einräumen. Dies läßt allgemein vermuten, daß die Grundlagen einer Deutungsgemeinschaft stets Evidenzerlebnisse sind. Argumentationsformen, die rechtliche Begründungsabschlüsse auf der Ebene dieser Evidenzerlebnisse sichern sind z.B. der „*vernünftig urteilende Dritte*“, „*die Verkehrsauffassung*“ oder „*die Anschauung des täglichen Lebens*“. Sowohl im Fall der Gedächtnisgarantie des Grundgesetzes und somit des obersten

⁴³⁰ Bazon Brock, *Museen sind Schöpfer von Zeit*, in: Redekade, München 1990, S. 218; Vgl. hierzu: Nikolaus Himmelmann, *Utopische Vergangenheit*. Archäologie und moderne Kultur, Berlin 1976.

⁴³¹ Diese Unterscheidung ist Ausdruck einer unterschiedlichen Nähe zum Evidenzerlebnis. Deutlich wird dies an der Auslegung vom Begriff des Diebstahls: „*Wegnahme, das ist der Bruch fremden und die gleichzeitige oder spätere Begründung neuen Gewahrsams*,“ Herbert Tröndle, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, München 1997, § 242 Rnd. 13; sowie: „*Nach BGH 16, 271 entscheidet die Verkehrsauffassung, ob bereits Gewahrsam erlangt ist*,“ (Rnd.15). Gerade in Fällen differenzierter juristischer Stellungnahmen besteht eine solche Verkehrsauffassung nicht. Auch läßt sich dann nicht auf Anschauungen des täglichen Lebens zurückgreifen. Die vom BGH verwendeten Argumentationsformen geben also keine direkte Antwort in Form einer Auslegungshilfe, sondern eine indirekte, in dem sie die Entscheidung des Richters nicht ermöglichen, sondern in Form einer Argumentationshilfe verschleiern. Ein ähnliches Phänomen können wir im Falle der sog. *conditio sine qua non* Formel beobachten. Dies Formel soll zur Bestimmung kausaler Ketten herangezogen werden, setzt das Wissen um die Kausalität allerdings immer schon voraus. Gleichwohl wird diese Formel immer wieder herangezogen, weil sie Evidenz als Argumentation formulierbar macht.

⁴³² Vgl. Entscheidungen zu Art. 3 GG: BVerfGE 12, 326 (333); 18, 121 (124); 19, 101 (115); 21, 292 (305); 23, 135 (143); 27, 375 (390); 28, 206 (214); 33, 171 (190); 33, 303 (345); 37, 121 (129); 40, 109 (117f.); 41, 269 (291); 52, 277 (281). Zu weiteren Entscheidungen, die von einem Evidenzerlebnis abhängig gemacht wurden: Michael Krugmann, *Gleichheit, Willkür und Evidenz*, JuS 1998, S. 7 ff. m.w.N., insbesondere in FN 25.

Begründungsabschlusses als auch im zweiten Fall der Auslegungshilfen und somit des untersten Begründungsabschlusses stellt das Evidenzerlebnis eben die Möglichkeit dar, Begründungen abzuschließen und bildet somit den Übergang von Normativität zur Kognition. In dieser Hinsicht ist das, was das Evidenzerlebnis auf der Ebene des Bewußtseins ist, das was der Begriff der Souveränität auf der Ebene rechtlicher Institute ist, weil beide Merkmale den Wechsel von der (positiven) Formbindung des Rechts zu seiner (negativen) Lösung kennzeichnen und seine Grenze markieren. Wenn ich hier Evidenz als Grenzerlebnis bezeichne, so ist das eigentlich undeutlich, weil gerade keine Grenzerfahrung gemacht wird. Evidenz als Grenzerlebnis bedeutet, daß sich dieses Erlebnis einstellt, wenn keine weiteren Begründungen mehr möglich sind, gerade weil der Bereich jenseits der Grenze gerade aus dem Blickfeld kippt. Evidenz ist kein Grenzübertritt. Insoweit unterscheidet sich Evidenz vom Erlebnis des Erhabenen, das immer auf den Bereich jenseits der Grenze verweist.⁴³³Über Evidenz läßt sich vor allem nicht mit Hilfe einer Fiktion argumentieren. Souveränität, verstanden als zeitlich limitierte Möglichkeit des Begründungsabschlusses, äußert sich im Erhabenen eines Ausnahmezustandes und in der Normalität der Alltagsanschauung. Die Bewußtseinsform der Souveränität muß in beiden Fällen ein Evidenzerlebnis sein. Wir können uns juristische Argumentationen als eine Kette von logischen Implikationen vorstellen, die auf beiden Seiten mit einem Evidenzerlebnis endet. Greifen wir auf das im Recht übliche Bild vom Stufenbau der Rechtsordnung zurück, so können wir sagen, daß die oberste und die unterste Stufe durch die Einheit von Offensichtlichkeit und Undurchsichtigkeit eingerahmt werden. Hier enden die Implikationsschritte, und es beginnt ein Bereich der Asynchronie/Asymetrie, da diesem letzten begründenden Tatbestand kein äquivalenter Sachverhalt mehr gegenübersteht. Evidenz ist ein Rechtsbegriff am Abschluß von Begründungsketten.⁴³⁴

(3) Es gibt eine argumentative Dimension des Evidenzerlebnisses. Ob Argumentationen überzeugen oder nicht, daß ist indifferent gegenüber dem Verhältnis zwischen Argumentation und Evidenz. Argumentationen machen Überzeugungen formulierbar, und sie sichern so Evidenz. Diesen Schluß auf die Funktion von Argumentationen gewinnen wir auch, wenn wir uns die zeitliche Dimension im Umgang mit der Unterscheidung von tautologischen und substantiellen Argumentationen deutlich machen. Gehen wir hierzu noch einmal von der Tautologie aus, wie sie im Subsumtionszirkel

⁴³³ Vgl. zum Erhabenen als einer Form paradoxalen Übergangs innerhalb der abendländischen dichotomischen Semantik: *Christine Preiß, Das Erhabene: Zwischen Grenzerfahrung und Größenwahn*, Winsheim 1989, Einleitung, S. 6 ff (9).

formuliert wird, und lassen wir also die Möglichkeit außer Betracht, daß eine Änderung der Situation, innerhalb derer überzeugt werden soll, eingetreten ist. Ich hatte bereits weiter oben Winfried Hassemer zitiert, der auf den eigenartigen Umstand hingewiesen hat, daß es im Falle gültiger juristischer Schlüsse so schiene, als käme der Tatbestand stets eine Sekunde zu spät.⁴³⁵ In diesem Fall wird deutlich, daß erst als Argumentationsgang das Evidenzerlebnis so formulierbar ist, als ob es nicht bloß ein Evidenzerlebnis sei. Der prozeßuale Vollzug der Argumentation sichert die Überzeugung, daß man überzeugt wurde und verhindert die evidenzzerstörerische Einsicht, nur auf der Grundlage von Evidenzerlebnissen zu handeln. Argumentationen sind insofern Zeitschöpfungsformen, als sie einen bereits eingenommen Standpunkt so darstellen, als würde er gerade eingenommen. Damit ist der Umstand der ästhetischen Sekunde des Aufmerksamkeitswechsels angesprochen. Geht man von substantiellen Argumentationen⁴³⁶ aus, so haben Argumentationen gerade die Funktion, den Zeitpunkt bis zur Tautologie zu überwinden. Kants Bemerkung, man könne sein Gegenüber nur mit dessen eigenen Argumenten überzeugen, trifft genau dieses Phänomen, daß sich Evidenz in Zeitpunkte aufgliedern läßt. So läßt sich der Widerspruch überwinden, daß ein überzeugtes Gegenüber nur das erhält, was es schon hat.⁴³⁷ Ein überzeugendes Beispiel für die Macht der Evidenz, jeder Reflexion zu widerstehen, bietet die bereits weiter oben angesprochene Rechtsprechung des BGH zur Strafbarkeit wegen Kuppelei. Der BGH kritisierte in dem Urteil die Tatsache, daß die Reichsgerichte, Landgerichte bzw. Oberlandesgerichte ihrem Urteil die Annahme zugrunde gelegt hatten, Geschlechtsverkehr unter Verlobten sei „*selbstverständlich*“ unzüchtig, ohne dies weiter zu begründen. Sein eigenes Urteil begründete der BGH schließlich mit der Feststellung, es sei allerdings *evident*, daß das Verbot eines solchen Geschlechtsverkehrs eine Regel des Sittengesetzes sei. Zwischen diesen letztlich identischen Annahmen liegt eine ausführliche Auseinandersetzung mit der Gefahr falscher metaphysischer Hypostasierungen und der willkürlichen Annahme von transzendentalen Normen. Die gesamte Reflexion der Richter vermag nicht, das eigene Evidenzerlebnis zu zerstören, obschon es im Hinblick auf die unteren Gerichte zum Ausgangspunkt der Kritik gemacht wurde. Das wiederholte Evidenzerlebnis wird nur dadurch möglich, daß der Begriff der *Selbstverständlichkeit* in den der *Evidenz* umgedichtet wird, und die eine Form zugunsten

⁴³⁴ Zum Evidenzbegriff mit historischem Überblick; *Achterberg, Evidenz als Rechtsbegriff*, DÖV 1963, S. 331 ff.

⁴³⁵ *Winfried Hassemer, Tatbestand und Typus*, ebd.

⁴³⁶ Vgl. zur Unterscheidung von tautologischen und substantiellen Argumentationen: *Stephen Toulmin, Der Gebrauch von Argumenten*, Kronberg/Ts. 1975.

⁴³⁷ Aus der anderen Perspektive für die Rezeption von Literatur, Hans Blumenberg, *Matthäuspasion*, Frankfurt a.M. 1988: *Es ist das Paradox aller Rezeption, daß der nichts erfährt, der noch nichts erfahren hat.*

der anderen Form vergessen wird. Was sich in dem zitierten Urteil prägnant auf den Begriff der *Selbstverständlichkeit/Evidenz* bezieht, macht allgemein deutlich, daß die argumentative Abschirmung von Entscheidungen sich über Umdichtungen vollzieht. Mit einer semantischen Umstülpung läßt sich von der eigenen Annahme, weil sie als falsch erkannt wurde, absehen und sie läßt sich in Form eines anderen Bedeutungsträgers wieder einführen.

b) Grenzformulierungen

aa) Kontrafakturen

Das Evidenzerlebnis soll nun auf die Argumentationsform der Kontrafaktur bezogen werden. Wenn ich hier innerhalb juristischer Argumentationen von Kontrafakturen spreche, dann gebrauche ich diesen Begriff außerhalb der ursprünglich poetischen Bedeutung. Mit diesem Begriff lassen sich jedoch die Grenzformulierungen des Rechts und die Technik der Umstülpung beschreiben. Das oben beschriebene Evidenzerlebnis bindet sich in besonderem Maße an bestimmte Bedeutungsträger. Aus phänomenologischem Umfeld findet sich eine direkte Verbindung des Bewußtseinsphänomens „Evidenz“ zu der Formulierung von Bedeutungsträgern, die die gleichen Merkmale aufweisen wie Kontrafakturen. Manfred Sommer hat in einer Studie über Ernst Mach anhand des Selbstportraits von Ernst Mach (Abb. 5) darauf hingewiesen, daß die Evidenz der Alltagsanschauung weitgehend durch Selbstausbblendungen⁴³⁸ und Störungseliminationen⁴³⁹ konstituiert wird. Der Alltagsanschauung entsprechend würde man sich selbst so darstellen, wie „Dritte“ einen sehen, und man würde dabei alles das weglassen, was man selbst sieht, wenn man sich selbst sieht. Machs Selbstportrait verdeutlicht auf der Ebene externalisierter Tatbestände die Bewußtseinsform der Evidenz. Weil eine solche Stellungnahme mehr von dem lebt, was sie verschweigt, als von dem, was sie zeigt, bezeichnet Sommer dies als Inversion.⁴⁴⁰ Die eigenartige Perspektive dieses Selbstportraits, das so ungewöhnlich wiedergibt, was man sieht, wenn man sich selbst ansieht, weist, weil es zugleich einen scheinbar unmittelbaren Eindruck wiedergibt, im Umkehrschluß auf den Umstand hin, daß es sich bei diesem Selbstportrait darüber hinaus um die Inversion einer Inversion handelt. Selbstdarstellungen bilden Inversionen zu dem, was wir selbst an uns beobachten. Bei diesem Rückgriff auf Manfred

⁴³⁸ „Normal dagegen ist die Selbstausbblendung“ Manfred Sommer, *Evidenz im Augenblick*, Eine Phänomenologie der reinen Empfindung, Frankfurt a.M. 1996, S. 25.

⁴³⁹ „Die Negation jener res extensa, die er als seinen Körper bei sich hat, ist ein unerläßlicher Schritt auf dem Weg zu jener Evidenz, die mit dem cogito gemeint ist und in der res cogitans ihren Ort hat.“ Manfred Sommer, a.a.O., S. 28.

⁴⁴⁰ Manfred Sommer, a.a.O., S. 21.

Sommers Beschreibung bin ich nicht vom eigentlichen Thema, den Möglichkeiten des Gesetzes, abgeschweift, sondern es handelt sich dabei um eine prägnante und anschauliche Schilderung der Formen möglicher juristischer Begründungsabschlüsse. Recht ist ein weiterer Bereich kultureller Selbstdarstellung. Bedeutungsträger, die den Übergang von Normativität zur Faktizität ermöglichen, weisen eben eine solche Inversionsstruktur auf, wie das beschriebene Selbstportrait von Ernst Mach. Ich hatte auf Fälle hingewiesen, wo sich das Evidenzerlebnis etwa an Argumentationsformen wie „*Anschauung des täglichen Lebens*“ oder das „*Sittengesetz*“ bindet. Wo sich das Evidenzerlebnis an Bedeutungsträger bindet, muß es sich, da Offensichtlichkeit und Undurchsichtigkeit vereint werden sollen, um polare Symbole handeln. Wo rechtliche Enttäuschungen nicht mehr in einen Bereich des Sakralen, Über- oder Außerrechtlichen externalisiert werden können, polarisieren sich die an den Begründungsabschlüssen stehenden Bedeutungsträger selbst. Man kann daraus den Gedanken ableiten, daß auf der Grenze des Rechtes bestimmte Bilder und Formulierungen liegen, die, entsprechend dem Evidenzerlebnis Offensichtlichkeit und Undurchsichtigkeit vereinen, und entsprechend kontrafaktischen Annahmen den Aufmerksamkeitswechsel von dem Bereich der Undurchsichtigkeit in den der Offensichtlichkeit ermöglichen. Wenn in diesem Grenzbereich Bilder oder andere Formulierungen liegen, dann kann man in besonderer Weise von Kontrafakturen des Rechts sprechen. Die Sicherung von Verbindlichkeiten innerhalb einer Rechtskultur ist auf „ikonische Präsenz“ ihrer obersten Werte angewiesen. Eine Möglichkeitsbedingung heißt, daß sich aus der unscharfen Vielzahl alternativer Deutungsmöglichkeiten nur eine zur einzig verstehbaren Möglichkeit verdichtet. In diesem Sinne kann von einer Rechtssymbolik oder von einer Ikonographie des Rechts gesprochen werden, die diesen Aufmerksamkeitswechsel unterstützt. Souveränität und Evidenz binden sich in Verwirklichungstakten an Bedeutungsträger. Hierfür lassen sich sprachliche Formulierungen heranziehen. Die *nominatio dei* zum Beispiel, die sich in der Präambel des deutschen Grundgesetzes findet, oder die *invocatio dei*, die sich etwa in der griechischen Verfassung findet, sind Beispiele für sprachliche Formulierungen, die in ihrer Funktion als möglicher Begründungsabschluß Inversionen bzw. Kontrafakturen darstellen. Rechtstheoretiker, die dieser Bezugnahme jede rechtliche Relevanz absprechen, deuten die Referenz des Gottesverweises immerhin noch als Hinweis auf die sehr persönliche Motivationslage der Mitglieder des Parlamentarischen Rates. Die Bedeutung dieses Hinweises liege darin, daß man sich vom historischen Vorgänger, z.B. dem NS-Staat oder dem atheistischen Stalinismus, distanziert und sich durch Verwendung des Platzhalters Gott auf einen

überpositiven Bereich berufen wollte, der nicht zur Disposition steht.⁴⁴¹ Die herrschende Meinung der Rechtstheorie sieht in der *nominatio dei* eine „*Als-ob*“ Figur. Gott bezeichnet danach eine semantische Leerstelle. Ich sehe darin allerdings nicht einen minimalen juristischen Bedeutungsgehalt und in der *nominatio dei* keine Fiktion, weil durch diese Grenzformulierung der Bereich jenseits des geltenden Rechts nicht positiviert wird. Gleichzeitig stellt ein solcher überpositiver Begriff, der nicht zur Disposition steht, das positive Recht zur Disposition. Es handelt sich um eine Kontrafaktur, nicht um eine Fiktion. Wenn man den Gottesverweis der Präambel als bloßen Platzhalter „*abendländischer Werte*“⁴⁴² versteht, so wird deutlich was diese Referenz tatsächlich markiert: Natürlich beriefen sich auch Nationalsozialismus und Stalinismus auf höhere Werte abendländischer Tradition, denen zugunsten das gesetzte Recht zu weichen hat. Diese Deutungen sind alternative Deutungsmöglichkeiten zu der tatsächlich erfolgten Deutung durch den Parlamentarischen Rat, die aber gerade durch die enttäuschende Funktion der Fiktion vergessen werden können. Das Vertrauen in Gott beim Rechtsetzungsakt oder das Vertrauen in der Formulierung einer *nominatio dei* basiert letztlich auf dem Vertrauen zueinander, man meine ja das Richtige, niemand der Beteiligten käme auf die Idee diesen Begriff anders zu verstehen. Die Referenz ist Ausdruck eines emphatischen Evidenzerlebnisses. Dieses Erlebnis wird gestützt durch die Nähe zur Katastrophe des Faschismus und die „unbestimmte Eindeutigkeit“ dessen, was als Alternative damals gewählt werden mußte. Die kontrafaktischen Alternativen zum deutschen Rechtsstaat, das dritte Reich oder die Sowjetstaaten, dienen in solchen Augenblicken so deutlich als Abgrenzungskriterien, daß sie die „*einzig denkbare Verstehermöglichkeit*“ eines solchen Verweises stützen.⁴⁴³ Insbesondere Katastrophen stabilisieren kontrafaktische Deutungsmöglichkeiten. Daher verwundert es auch nicht, daß Fragen nach der Auslegung der *nominatio dei* oder dem Begriff der Menschenwürde zugleich mit dem unbestimmten Verweis auf die Unmöglichkeit von Alternativen beantwortet werden. Im Zusammenhang mit obersten Werten oder auch Alltagsanschauungen tauchen in besonderem Maße Erwartungshaltungen wie „*Freilich , niemand schlägt im Ernst eine andere Interpretationsweise vor - wo kämen wir da auch hin*“ auf.⁴⁴⁴ Diese Verweise sind Ausdruck des Rückgriffes auf Kontrafakturen und sie sind gerade Ausdruck kontrafaktischer Annahmen, die auf unformulierte Alternativen zur

⁴⁴¹ Ennuschat, a.a.O., S. 955, m.w.N.

⁴⁴² Ennuschat, a.a.O., S. 955; ebenso: Maunz, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Präambel Rnd. 17.

⁴⁴³ Vgl. so auch die Zusätze zu der *nominatio dei* in der Präambel der Verfassung von Sachsen („*Ausgehend von der leidvollen Erfahrung nationalsozialistischer und kommunistischer Gewaltherrschaft...*“).

⁴⁴⁴ Vgl. Martin Kriele, a.a.O., S. 214.

Rechtswirklichkeit hinweisen. Solange oder soweit die negative Valenz der letzten Katastrophe wirkt, kann man sich darauf verlassen, daß den Kontrafakturen, die bei Begründungsabschlüssen verwendet werden, schon der richtige Inhalt zugeschrieben wird. Hier liegen daher keine Unbestimmtheitsstellen einer Rechtsordnung vor, obschon diese polaren Formulierungen auf Alternativen aufbauen. Der Begründungsabschluß ist zwar nur durch den Verweis auf eine unausgesprochene kontrafaktische Alternative möglich. Diese kontrafaktische Alternative ist allerdings nicht unbestimmt, sondern bildet eine Inversion zur Bedeutungstaufe der eigenen Kultur. Daher können die Kontrafakturen auch nicht im Sinne einer Fiktion als Verweis auf transzendentalpragmatische Argumente verstanden werden.

bb) Sichtbare Haare und sichtbare Beine

*Was hat die Sichtbarkeit von Haaren oder Beinen mit der Unsichtbarkeit des Rechts zu tun? Wir können feststellen, daß auch Bilder Teil juristischer Argumentationen werden und daß man Symbole nicht nur bei Präambel, sondern auf allen Gebieten des Rechts und der Rechtspolitik findet. Der Rückgriff auf symboltheoretische Überlegungen ist besonders interessant in Problemkreisen, wo der Staat aufgrund des Neutralitätsgebotes des Staates eine Art Nullsymbolik und Zeichen ohne Referenzen fordert. Innerhalb juristischer Argumentationen taucht die Idee auf, Fiktionen dienen als neutrale Bedeutungsträger des Rechtsstaates, die keine einseitigen politischen, moralischen oder kulturellen Referenzen aufwiesen. Für die Darstellung der Argumentationsform der Fiktion können diese Forderung nach einer Nullsymbolik nicht außer Betracht bleiben, weil die Fiktion hier eingesetzt wird, wie innerhalb kunsttheoretischer Argumentationen über die Referenzlosigkeit von Zeichen. Mit dem Neutralitätsgebot signalisiert das Rechtssystem den Glauben, die Einseitigkeit aller Wahrnehmung aufheben zu können. Indem Bedeutungsträger wie die *nominatio dei* als *Als-Ob* Figuren verstanden werden, enttäuscht uns der Staat bezüglich moralischer, religiöser oder ideologischer Trugbilder. Obschon der Staat in die Präambel eine *nominatio dei* aufnimmt, betätigt er sich im Klassenzimmer bilderstürmerisch. Das Klassenzimmer ist ein architektonische und rechtspolitisches Symbol für Gemeinschaftlichkeit und für den Weg der Annäherung an die Werte der Gemeinschaft. Der Rechtsstaat räumt die Möglichkeit ein, Kruzifixe zu entfernen und aus der zugrundeliegenden Entscheidung spricht die Angst, die „Gottesfiktion“ der Präambel könne sich verwirklichen. In diesen Zusammenhang hat das baden-württembergische Kultusministeriums über*

die Frage entschieden, ob es eine Referendarin in den Schuldienst aufnehmen solle oder nicht.⁴⁴⁵ Die Entwicklung dieses Falls ist daher so interessant, weil er mit den Fragen nach dem Neutralitätsgebot und der Toleranz zwei Begriffe betrifft, die sich sowohl auf die Argumentationsform der Fiktion als auch auf die der Kontrafaktur beziehen läßt. Der Begriff der Neutralität bezieht sich ebenso wie die Fiktion auf den Versuch, Referenzen zu vermeiden. Der Begriff der Toleranz bezieht sich auf eine Lizenz aller möglichen Welten. Seitdem unser Staat keine sakralrechtliche Grundlage mehr hat, und die *nominatio dei* in Form einer Fiktion enttäuscht, muß der Staat Symbole ausprägen, die keine ideologischen oder religiösen Referenzen aufweisen, insoweit kann man sowohl von einem semantischen, als auch von einem ikonischen Freihaltebedürfnis sprechen. Die muslimische Referendarin Fereshta Ludin hatte in einem Fall erklärt, sie wolle in Zukunft beim Unterricht in der Schule ihr Kopftuch tragen. Sie begründete das damit, das Kopftuch sei für sie „Symbol ihrer Persönlichkeit“ und eine „persönliche religiöse Entscheidung“⁴⁴⁶. Das zuständige Oberschulamt des Landes Baden Württemberg lehnte die Einstellung in den Schuldienst ab. Die Ablehnung wurde von der Kultusministerin Schavan wie folgt begründet: Ein generelles Kopftuchverbot sei zwar verfassungswidrig. Allerdings sei eine Lehrerin erzieherisches Vorbild und Repräsentantin der Werte und Normen des Staates, insbesondere der Toleranz. Eine auf Gegenseitigkeit beruhende Toleranz sei die Grundlage für das Zusammenspiel verschiedener Freiheiten; sozialer Friede könne gefährdet werden, wenn religiöse Symbole als politische Vereinnahmung würden und als Symbol kultureller Abgrenzung eingesetzt würden. Der Beitrag zum Frieden in der Welt bestünde auch darin, sich wechselseitig zu achten und weltweit Sorge dafür zu tragen, dem Respekt vor einem anderen als dem eigenen religiösen Bekenntnis Raum zu geben.⁴⁴⁷ Liest man die Begründung des Verwaltungsaktes ohne die Kenntnis vom Entscheidungstenor, kommt man wohl spontan zu dem gegenteiligen Ergebnis, die Kultusministerin erlaube das Tragen eines Kopftuches im Unterricht. Gleichwohl scheint es vielen eine plausible Begründung, wenn jemand ein bestimmtes Kleidungsverbot ausspricht und dies damit begründet, als Lehrer habe man beispielhaft Toleranz vorzuleben. Die Begründung vermied es, zu sagen, daß der Staat festgelegte Symbole vorschreiben kann, indem sie darauf abstellte, daß der Staat das nicht kann. Mit der Begründung, ein Kopftuch sei Symbol für ein intolerantes Regime, in dem

⁴⁴⁵ Helmut Goerlich, *Neutralität und Distanz im Lehrberuf* - zum Kopftuch und anderen religiösen Symbolen, NJW 1999, S. 2929 ff.; Rüdiger Zuck, *Nur ein Kopftuch?* Die Schavan-Ludi-Debatte, NJW 1999, S. 2948 ff.

⁴⁴⁶ Zitiert nach Zuck, a.a.O., S. 2948.

⁴⁴⁷ Die Begründung ist hier geschildert nach: FAZ v. 14. Juli 1998, Nr. 160, S. 2.

Frauen verboten sei, in der Schule ohne Kopftuch aufzutreten, läßt sich wohl für die meisten plausibel nachvollziehbar verbieten, in der Schule mit Kopftuch aufzutreten. Die Entscheidung der Kultusministerin wurde von den Landtagsfraktionen (CDU, SPD, GRÜNE) begrüßt⁴⁴⁸. Das weist in besonderem Maße auf die normative Kraft der Kontrafaktur in Kulturkämpfen hin. Auch in der rechtstheoretischen Literatur setzt sich inzwischen die Meinung durch, daß Lehrpersonen in öffentlichen Schulen ihre Erscheinung nicht mehr durch religiöse Symbole prägen könnten.⁴⁴⁹ Der Begründungskniff besteht hier darin, daß man dem Kopftuch einfach zuschreibt, Symbol der Intoleranz zu sein. Woher hat das Kopftuch so einen missionarischen Erklärungsgehalt? Diese ikonographische Verstrickung des Begriffs der religiösen Toleranz, mag vielleicht aufdeckbare Ursachen haben. Zu solchen Ursachen mögen Berichterstattungen über fanatische Muslime zählen. Allerdings läßt sich diese Zuschreibung weiter als durch solche Projektionen kaum erklären. In Deutschland werden Kopfbedeckungen nicht nur von religiösen Fanatikern getragen, sondern auch von Aussiedlern, katholischen Ordensschwestern, Bäuerinnen oder Motorradbräuten. An meiner Schule haben eben solche Ordensschwestern unterrichtet. Die Begründung des Kultusministeriums weist auf den Umstand hin, daß auch scheinbar neutrale Tatbestände immer konkreten Verwirklichungstakten unterfallen und dabei anschaulich und bildlich ausgefüllt werden. So schlagen Fiktionen in Kontrafakturen um. Auch die Enttäuschung der Fiktion ist eine Form der Täuschung. Und so steht das Bild unbedeckter Haare ohne weiteres für die Idee der Freiheitsrechte, während Kopftücher das nicht tun. Obschon man meint, mit der Abnahme des Kopftuches ein Trugbild zu beseitigen, ruft man in dem Moment, wo die Haare sichtbar werden, ein neues Trugbild hervor. Weil das Bild von Haaren für religiöse Toleranz steht, kann das Verbot des Kopftuches eben ein Akt religiöser Toleranz sein. Jeder Glaubensfreiheit steht nun eine negative Glaubensfreiheit gegenüber. Was geschieht nun, wenn eine christliche Lehrerin erklärt, sie trage lange Röcke und Hosen, weil das ihrer christlichen geprägten Moral entspräche? Können dann die Schüler unter Berufung auf ihre negative Religionsfreiheit die Beinbedeckung der Lehrerin verhindern und durchsetzen, daß sie Miniröcke trägt? In den katholischen Kirchen Roms und den orthodoxen Klöstern des Ostens werden Frauen ebenso scharf und unmißverständlich aufgefordert, ihre Beine zu bedecken, wie anderswo die Frauen aufgefordert werden, ihren Kopf zu bedecken. Gleichwohl sind bedeckte Beine kein Zeichen

⁴⁴⁸ Vgl. Bericht in der FAZ, ebd.

⁴⁴⁹ Vgl.: Goerlich, a.a.O., S. 2933.

der Intoleranz. Einen solchen Deutungsvorschlag des Toleranzgebotes und der negativen Religionsfreiheit kann man nur als evident absurd ansehen. Es bleibt einem nicht anderes übrig als diese Forderung zur Abnahme langer Hosen und Röcke mit der Feststellung zu beenden: „Wohin kämen wir denn da? Niemand schlägt im Ernst eine solche Deutungsmöglichkeit vor.“ Die Begründung muß am Übergang von normativen Merkmalen zu deskriptiven Merkmalen, dem Evidenzerlebnis, abgebrochen werden.

cc) Bilder von der Philosophie des Als-Ob

(1) Der Schlange gebührt ein eigenes Kapitel in der Philosophie des Als-Ob. Auf diese Bemerkung Warburgs will ich nun noch einmal eingehen, um aufzuzeigen, wie die Fiktionen im Sinne Vaihingers bzw. Kelsens in Kontrafakturen umschlagen. Somit will ich noch einmal zu dem Fiktionalismus zurückkehren und ihn auf die Verwendung von Kontrafakturen befragen. Man kann die Unsichtbarkeit des Rechts argumentativ nützen, indem man das Recht verbildlicht. Die ikonische Präsenz einleuchtender Argumentationen werfen die längsten Schatten; sie bieten ein besonderes Vergeßlichkeitspotential. Die Kraft der symbolisierten Rechts bindet Überzeugungen und läßt Zweifel in Kauf nehmen. An welche Bilder bindet sich etwa die Argumentationsform des Als-Ob im Recht? Die Kelsen'sche Konzeption der Souveränität und ihre Vermittlung mit dem Völkerrecht sind im Zusammenhang mit dem NATO-Einsatz im Kosovo durch Jürgen Habermas wieder aktualisiert worden. Habermas erklärte in seiner Rechtfertigung des NATO-Einsatzes, daß damit das erste Mal eine Regierung das Erbe von Kant und Kelsen ernstgenommen hätte. In diesem Text wendete er zudem selber die Figur des Als-Ob an. In seinem in der *Zeit* erschienen Aufsatz „*Bestialität und Humanität*“ über die Rechtfertigung der Luftangriffe der NATO finden wir insoweit eine Aktualisierung der *Philosophie des Als-Ob*⁴⁵⁰. Anhand dieser Aktualisierung läßt sich der Frage nachgehen, ob das konstruktivistische Versprechen, durch den Entblößungscharakter der Fiktion den Enttäuschungsmoment von Grundnormen instrumentalisieren zu können, einlösbar ist.

(2) Die Theorie der kommunikativen Vernunft stellt dem Faktischen, Tatsächlichen oder Wirklichen, ebenso wie wir es bei Kelsen finden, die Dimension der Geltung entgegen, die sich in erster Linie auf das konstruktivistisch gedachte Verfahren des Diskurses bezieht.⁴⁵¹ Das Ideal einer solchen

⁴⁵⁰ Jürgen Habermas, *Bestialität und Humanität*, in: *Die Zeit* 18/99 S. 1 ff.

Verfahrensethik wird darin gesehen, den Prozeß der Vernunftwerdung von jedem Aspekt von Gewalt und Zwang frei zu halten. Formulierungen der Theorie der kommunikativen Vernunft dürften daher keinen Verwirklichungstakten, verstanden als Auflösungserscheinungen, ausgesetzt sein. Auf dieser Grundlage soll ein normatives System universeller Regeln formuliert werden, nach denen Recht zu finden sei. Dies Freihalten von jeder Form von Gewalt und Zwang ist gleichbedeutend mit der Idee, ein solches Regelwerk könne autonom und mit Hilfe einer reinen Vernunftmethode konstruiert werden. Habermas sagt dazu: „*Legitimität würde an die Positivität einer nachgeahmt-substantiellen Sittlichkeit assimiliert, wenn das Recht- wie im <institutionalistischen Modell> auf die Artikulation vorgegebener Ordnungen verpflichtet würde.*“⁴⁵² Die normative Kraft des Faktischen stellt dementsprechend für Habermas nur die hilflose Trotzreaktion gescheiterter Theorien dar.⁴⁵³ Handlungsorientierungen an die Dimension der Wirklichkeit anzulehnen wird als Preisgabe an die Macht der Wirklichkeit empfunden. Dahinter steht latent die Gleichsetzung von Macht, Wirklichkeit und Unvernunft. Der Wirklichkeit wird zugeschrieben, durch Macht und Unvernunft gestützt zu sein, und ihre Äußerung in Kulturen und Interessen wird hier abermals als Auflösungserscheinung gewertet. Sicherlich tendieren Theorien bzw. Theoretiker, die ihren historischen bzw. biographischen Ausgangspunkt in Katastrophen haben, eher zu einer solchen Gleichsetzung. Dementsprechend zitiert etwa Habermas als Negativum seiner Theorie Carl Schmitts Theorie des konkreten Ordnungsdenkens als Hinweis auf die Katastrophe des Nationalsozialismus.⁴⁵⁴ Die Berufung auf die ideale oder illusorische Sprechsituation hat ihren Ursprung in einem Kontext, in dem die Wirklichkeit selbst als das zu negierende und zu überwindende Faktum gesehen wird. Es gibt eine Bereitschaft zum Als-Ob, die auf der Annahme basiert, daß alles besser sei, wenn es nur anders wäre. Die Auseinandersetzung um die Luftangriffe war juristisch von dem Problem geprägt, daß der NATO-Einsatz nicht auf eine kodifizierte Ermächtigungsgrundlage des Völkerrechts zurückgreifen konnte, weil deren Voraussetzungen durch ein Veto zweier Staaten nicht vorlagen.⁴⁵⁵ Insoweit war unstrittig, daß der Einsatz nur auf der Grundlage *ungeschriebenen Völkerrechts* rechtlich legitimiert werden könnte. In

⁴⁵¹ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*. Beiträge zu einer Diskurstheorie des Rechts, Frankfurt a.M. 1994.

⁴⁵² Jürgen Habermas, a.a.O., S. 189.

⁴⁵³ „Nicht viel überzeugender ist der kontextualistische Begründungsverzicht, der auf die gescheiterten anthropologischen und geschichtsphilosophischen Begründungsversuche antwortet, aber über die trotzige Berufung auf die normative Kraft des Faktischen nicht hinauskommt.“ Habermas, a.a.O., S. 16.

⁴⁵⁴ Habermas, a.a.O., Fußnote 19. Zum konkreten Ordnungsdenken: Carl Schmitt, *Über drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg 1934.

⁴⁵⁵ Zu den völkerrechtlichen Argumenten gegen die Rechtmäßigkeit des NATO-Einsatzes u.a.: Rüdiger Zuck, *Der Krieg gegen Jugoslawien*, in: Zeitschrift für Rechtspolitik 1999, S. 225 ff. m.w.N.; Zur Rechtmäßigkeit des Einsatzes unter Rückgriff auf Institute des ungeschriebenen Völkergewohnheitsrechts: Heinrich Wilms, *Der Kosovo-Einsatz und das Völkerrecht*, in:

diesem Fall stellte sich die Frage, ob dieses ungeschriebene Völkerrecht eine Negation des geschriebenen Rechtes ist. Wiederum stellte sich die Frage, ob man die Differenz zwischen dem normativ kodifizierten Verfahren und tatsächlich gewollten über eine Fiktion aufheben kann. Laut Habermas war es das „*Dilemma so handeln zu müssen, als gäbe es schon den voll institutionalisierten weltbürgerlichen Zustand, den zu befördern die Absicht ist.*“⁴⁵⁶ Habermas griff in der Diskussion auf das transzendentalpragmatische Argument der Notwendigkeit von Fiktionen zur Positivierbarkeit des Erwarteten zurück. Die Figur des Vorgriffs auf den weltbürgerlichen Zustand ist gleichermaßen Indiz für die *Philosophie des Als-Ob* als für auf die *Philosophie des Noch-nicht*. Habermas beruft sich bei seiner Argumentation auch auf Kelsen, und er bestätigt auf paradoxe Weise Schmitts Entscheidungsdenken, wenn er sagt, daß der Vorgriff auf den weltbürgerlichen Zustand wenigstens den *Vorzug der Konsequenz* trüge. Das liegt aber einfach daran, daß Fiktionen von ihrem Gegenteil begleitet werden. Ich möchte hier auf den früheren Gedanken Kelsens über die Fiktion der Lücke zurückgreifen. Mit der Fiktion, das Weltbürgerecht zu antizipieren fingierte Habermas die geltenden Menschenrechtskonventionen weg. Tatsächlich gibt es ja seit 1948, dem Zeitpunkt der *Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte* eine Reihe von Menschenrechtskodifikationen. Betrachtet man die Konvention über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes vom 9.12.1948, so wird deutlich, daß bereits ausdrückliche, klare und „verbindliche“ Formulierungen für ein gesetzeskonformes Vorgehen gegen die Jugoslawische Regierung kodifiziert waren. Letztlich hätte die NATO, ausgehend von den bestehenden kodifizierten Verfahrensmöglichkeiten ohne weiteres ein UNO-Mandat erhalten können. Übertragen auf die Theorie der kommunikativen Vernunft hieße das, daß die ideale Sprechsituation schon lange verwirklicht war. Hier eine Lücke zu fingieren, hatte die Funktion, Verfahrensstöbe zu legitimieren und zugleich an den eigenen Erwartungen festhalten zu können. Hier wird abermals deutlich, daß die ideale Sprechsituation, ebenso wie die Fiktion der Grundnorm, in erster Linie eine Verschleierungsfunktion ausübt. Der Vorgriff auf den Weltbürgerzustand ist eine Dissimulation der bestehenden Menschenrechtskonventionen und Verfahrensmöglichkeiten. Der propagierte Schluß vom Nichtsein auf das Sollen hat gegenüber dem Schluß vom Sein auf das Sollen den Vorteil, nicht im Verdacht der bloßen Legitimation herrschender Verhältnisse zu stehen, auch wenn er dies noch tut. Wenn man kulturelle Regeln auf reine, nicht erfahrbare Konstruktionen stützt,

Zeitschrift für Rechtspolitik 1999, S. 227 f., m.w.N. Birgit Laubach, *Angriffskrieg oder humanitäre Intervention?* in: Zeitschrift für Rechtspolitik 1999, S. 276 ff.

⁴⁵⁶ Jürgen Habermas, *Bestialität und Humanität*. Ein Krieg an der Grenze von Recht und Moral, in: Die Zeit Nr. 18 v. 29. April 1999.

kann man nicht enttäuschen. Das dogmatische Hauptproblem der konstruktivistischen Ethik besteht darin, die eigenen Forderungen und Anmaßungen zu verunwirklichen, um den Glauben daran, daß sie „zu gut sind, um wahr zu sein“, aufrechterhalten zu können. Letztlich greift Habermas damit nur die Argumentationsfigur auf, mit dem Grotius im 30-jährigen Krieg das *ius divinum* weggingiert hat: Er totalisiert seinen Rechtsentwurf gegenüber allen möglichen anderen Entwürfen. In einer Zeit, wo das Völkerrecht bereits säkularisiert ist und um seine Auslegung mit Kriegsfolgen gestritten wird, muß man es selbst noch der Wirklichkeit entziehen und das Völkerrecht legitimieren, als ob es noch kein Völkerrecht gäbe. Damit sind die Begriffe von Menschenrechten und Menschenwürde selbst polarisiert und bezeichnen auf eigener Seite den vernünftigen Gebrauch und auf der Gegenseite den Mißbrauch. Was Kelsen als Fiktion der Lücke bezeichnete, erreicht Habermas dadurch, daß er eine neue Unterscheidung zwischen Völkerrecht und Weltbürgerrecht einführt und diese Umstülpung zum Argument der Legitimation des Einsatzes der NATO-Truppen im Kosovo macht. Das Weltbürgerrecht definiert sich dadurch, daß es das regelt, was das Völkerrecht trotz der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte bis hin zur Gründung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte bisher nicht regelt. Eigentlich handelt es sich hierbei nicht um ein Lückenproblem, sondern um das Problem, die Idee der universellen Menschenrechte in Bezug auf die bisherigen Enttäuschungen über deren Formulierungen zu immunisieren. Ich hatte oben angemerkt, daß rechtliche Bedeutungsträger sich polarisieren müssen, wenn kein vorpositiver Bereich zur Begründung des Rechts mehr zur Verfügung steht. Das heißt aber, daß im Zusammenhang mit der Auslegung der Begriffe des Völkerrechts, der Menschenrechte oder auch des Weltbürgerrechts auf Inversionen und Kontrafakturen zurückgegriffen werden muß. Die Fiktion der Grundnorm schlägt dann um in eine Kontrafaktur der Grundnorm, das heißt, daß der Entblößungscharakter der Fiktion sich in eine Verhüllungstechnik wandelt. Die Argumentationsform der Fiktion und der Kontrafaktur greifen in der geschilderten Argumentation ineinander. Habermas verweist wiederholt auf Carl Schmitt als Beispiel des Faschismus, und er verweist auf Photos von Vertriebenen, die dem gleichen Typus wie Abb. 4 angehören. Sowohl der warnende Hinweis auf Schmitt als auch der Hinweis auf die Photos von Flüchtlingstrecks sind Ausdruck einer Erwartungshaltung, die in der Katastrophe des Faschismus geboren wurde, und die polare Symbole hervorbringt. Gerade der Rückgriff auf das Photo ist, wie zur Systematik des Aufmerksamkeitswechsel bereits angemerkt, Zeugnis der Möglichkeit, Offensichtlichkeit und Undurchsichtigkeit einer Argumentation zu verbinden. In diesem Fall bindet sich das Evidenzerlebnis

richtigen Handelns an die Photographie der Vertriebenen. Die Photographien bieten, wie Habermas argumentiert, die „Evidenzen für von langer Hand geplanten Völkermord“ und zugleich die Evidenzen für die Rechtfertigung des NATO-Einsatzes. Wieso aber liefern die Photographien nicht die Evidenzen für eine falsche Strategie der NATO? Das scheint sich einfach danach zu entscheiden, innerhalb welcher Gemeinschaft ein dieses Bild prägte, bzw. auf welcher Seite des Photos man steht. Der Einsatz von Bildern in juristischen Argumentationen erfolgt in Situationen, die deshalb nach Entscheidung verlangen, weil sie bereits unentscheidbar sind. In einer solchen Situation kann nur auf polare Symbole zurückgegriffen werden. Man kann nur darauf spekulieren, daß alle Adressaten das Bild schon richtig verstehen werden. Insoweit ist das Bild Zeugnis unausgesprochener Freundschaften, die sich in gemeinsam erlebten Katastrophen bilden. Die Kontrafakturen immunisieren gegenüber dem Enttäuschungsfall, in dem der kontrafaktisch alternative Titel gleich als Fälschung und also als Beweis der Richtigkeit eigenen Handelns gewertet werden kann. Unterschreibt jemand das Photo der Vertriebenen mit dem Titel „Bevölkerung flieht vor NATO-Bomben“, so wird sich dies aus Sicht der NATO als evidentes Beispiel serbischer Propaganda und somit als weiterer Beweis für die Voraussetzungen einer Intervention darstellen. Aus der Sicht der Serben gilt das gleiche. Einer ähnlichen Kontrafaktur wie im Fall der Bilder des Kosovokrieges begegnen wir im Fall der Wehrmachtausstellung des Hamburger Institutes für Sozialforschung. Wir begegnen in diesem Fall auch der gleichen Systematik von Fälschungsvorwürfen und Rechtfertigungen. Es handelt sich hierbei nicht um eine unmittelbar juristische Auseinandersetzung. Allerdings ist die Ausstellung Teil einer politischen Auseinandersetzung, die auch auf eine Revision der Nürnberger Urteile über die Wehrmacht abzielt. Ziel der Ausstellung ist es, Verbrechen der Wehrmacht im zweiten Weltkrieg zu dokumentieren. Inzwischen existieren zu einer Reihe der Photos, die die Ausstellung zeigt, zwei Unterschriften.⁴⁵⁷ Der Fall der Wehrmachtausstellung dokumentiert die Rolle, die semantische Dispositionsbefugnisse im Zusammenhang mit der Argumentationsform der Fiktion spielen. Die eine Unterschrift betitelt die Abgebildeten als Opfer der Wehrmacht, die andere Unterschrift als Opfer des sowjetischen NKWD. Tatsächlich lassen sich die einzelnen Photographien mit wissenschaftlicher Genauigkeit dem einen Titel oder dem anderen Titel zuordnen. Die Ausstellung wird von verschiedenen Gruppen heiß umkämpft. Regelmäßig bildeten sich Demonstrationen und Gegendemonstrationen bei denen es immer wieder auch zu gewalttätigen Auseinandersetzungen

⁴⁵⁷ Zehn Prozent der Bilder zeigen eindeutig Taten der Wehrmacht, in: FAZ Nr. 246 v. 22.10.1999, S. 2.

kommt. Die genaue wissenschaftliche Zuschreibung und die individuelle Frage nach der Schuld der Beteiligten spielt in dieser Auseinandersetzung eine untergeordnete Rolle. Beide Parteien sind bereit, einzelne Fehlzuschreibungen im Kauf zu nehmen, damit die Grundaussage für oder gegen die Ausstellung und die Front des damit verbundenen Kulturkampfes aufrechterhalten bleiben kann. Der Gegenseite wird jeweils vorgeworfen, politische Kampagnen mit den Bildern bzw. den Fälschungsvorwürfen zu führen. Wie selbstverständlich gehört in diesen Zusammenhang die Nähe der Philosophie des Als-Ob zur Philosophie des Selbst-Wenn. Das heißt, daß beide Parteien auf ihrem Standpunkt beharren, selbst wenn einzelne Photos abweichende Bedeutungen haben. Ob 8, 10, 100 oder 400 Photos falsch zugeschrieben werden, liegt für beide Seiten innerhalb semantischer Dispositionsbefugnisse, die die eigenen Thesen nicht zu erschüttern vermögen. Die Schärfe, mit der dieser Streit geführt wird, ist ein Indiz für die Stabilisierung von Deutungsmöglichkeiten in Anbetracht von Katastrophen. Im Fall der Wehrmachtausstellung bündeln die Katastrophenbilder die Bereitschaft, von Alternativen und Zweifeln abzusehen und sie stabilisieren die Bereitschaft, widersprechende Zuschreibungen billigend in Kauf zu nehmen. Sowohl die Ewiggestrigen, als auch die Vaterlandsverräter scheinen in beiden Fällen nur dafür herhalten zu müssen, die Rückseite der eigenen Kultur ausblenden zu können. Die Verteidigungsbereitschaft, die die Bilder mit ihren jeweiligen Unterschriften trifft, ist auf beiden Seiten Zeugnis des Bemühens, die phobischen Reflexe im Rückgriff auf die eigene Bedeutungstaupe zu bändigen.

(3) Die Polarität der Bedeutungsträger, die an der Grenze juristischer Argumentationen stehen, führt dazu, daß das, was Recht ist, und was es nicht ist, der Begründungsform nach identisch ist. Der Unterschied der Konzeption kontrafaktischer Annahmen zu den Konzeptionen des Fiktionalismus liegt darin, daß die vom Fiktionalismus erwünschte Positivierung eines Bereichs des Sinnüberschusses nicht behauptet wird. Obschon wir eine Reihe konkreter kontrafaktischer Annahmen auf bestimmte historische Situationen und ihr Inversionspotential beziehen können, können wir die Grenzen richtiger Bedeutung nicht überschreiten, um einen Blick auf die dahinterstehende Macht zu werfen. Wir wissen nicht, wie der Gegensatz zu dieser richtigen Bedeutung aussieht. Wir sind nur in der Lage, immer neue Inversionen zu produzieren. Der Verweis auf Kontrafakturen läßt sich nicht instrumentalisieren, dies mag aber bereits einen zivilisatorischen Gewinn an Skeptizismus darstellen. Der scheinbar tautologische Hinweis, daß Fiktionen durch kontrafaktische Annahmen gestützt werden, macht

folgendes deutlich: Der Entblößungscharakter der Fiktion ist Teil ihrer Schleierfunktion. Die konstruktivistische Rechtfertigung der Argumentationsform der Fiktion basierte auf dem Glauben, durch die Fiktion den Enttäuschungsfall am Abschluß juristischer Argumentationen instrumentalisieren zu können. Weil Fiktionen in Kontrafakturen umschlagen, und die Fiktion so die Unsichtbarkeit des Rechts erhöht, läßt sich dieses Argument nicht aufrechterhalten. Man kann nur dazu raten, die Enttäuschungsfälle nicht aus dem Blickfeld gleiten zu lassen.

§ 4 Die Wirklichkeit einer Kultur

Soweit sich die Erzählung vom Exempel löst⁴⁵⁸ und soweit das Bild nicht mehr primär als Kultobjekt gewürdigt wird, kann man Kunstwerke als Fiktionen würdigen, ohne sich dem platonischen Betrugsverdacht anzuschließen. Wenn der Begriff der Fiktion im Streit um „Kunstwerke“ auftauchte, dann meist in Auseinandersetzung mit neoplatonischen Vorbehalten gegen Illusion und Täuschung. Rhetorik und Topik, die die Transmission der Kultur gewährleisten sollten, unterschieden als Theorie des künstlichen Gedächtnisses nicht Kult und Täuschung, sondern Simulation und Dissimulation.⁴⁵⁹ Erst, seitdem die theoretischen Beobachtungsleistungen der autonomen Ästhetik Kunsttheorie und Kunstpolitik zugrundegelegt werden⁴⁶⁰, verschränken sich die Unterscheidungen. Das Kunstwerk ist allgemeines Identifikationsangebot, Teil des kulturellen Gedächtnisses und zugleich ein semantischer Leerraum. Auf die Gesamtperspektive der Selbstdarstellung von Kulturen bezogen, übernimmt das moderne Kunstwerk mit dem dazugehörigen Diskurs der autonomen Kunst den Bereich der institutionalisierten Fiktion (Gehlen). Es symbolisiert den Bereich der semantischen Offenheit, Freiheit und des Regelbruchs. Insbesondere im 20. Jahrhundert haben die Figuren der „Unbestimmtheitsstelle“ (Ingarden), der „Offenheit“ (Eco) und der Avantgarde eine beispiellose Konjunktur erlebt. Im Zusammenhang mit der Frage, welche Funktionen Fiktionen und Kontrafakturen innerhalb kultureller Begründungsgemeinschaften ausüben, muß man fragen, ob das Museum der eigentliche Ort des Als-Ob⁴⁶¹ ist und ob die Kunstwirklichkeit ein Modell des Kontrafaktischen⁴⁶² ist. Als *ästhetische Argumentation* bezeichne ich im folgenden nur solche Schritte, die innerhalb der Selbstbeschreibung von Kulturen auf den Begriff der Kunst zurückgreifen, die sich letztlich auf die Grundnorm „*Es soll Kunst geben*“ zurückführen lassen. Über die Kunst schreibe ich hier nur als ein weiteres Modell für die Sicherung von Verbindlichkeiten und als ein Beispiel für Selbstbeschreibungen von Kulturen. Dem Sinnbereich der Kunst ist dabei ein hoher Rang zugeordnet, und dieser hohe Rang wird durch politische und juristische Entscheidungen abgesichert. So übernimmt der Bundespräsident die Schirmherrschaft der *documenta*. Solche Schirmherrschaften werden nur übernommen, wenn die zuständigen Organe davon ausgehen, daß sich die Veranstaltung

⁴⁵⁸ Vgl. dazu: Hans-Ulrich Gumbrecht, *Wie fiktional war der höfische Roman?* in: Henrich/Iser (Hrsg.), a.a.O., S. 433 ff. (434).

⁴⁵⁹ Niklas Luhmann, *Gesellschaftsstruktur und Semantik*. Bd. IV, Frankfurt a.M. 1995, S. 31

⁴⁶⁰ Vgl. Oskar Bätschmann, *Ausstellungskünstler, Kult und Karriere im modernen Kunstsystem*, Köln 1997, S. 67

⁴⁶¹ So: Michael Fehr (Hrsg.), *Imitationen*. Das Museum als Ort des Als-Ob, Köln 1990.

⁴⁶² So: Franz Koppe, *Nachgedanken*, in: ders., *Perspektiven der Kunstphilosophie*, Frankfurt a.M. 1993, S. 342.

in besonderem Maße für staatliche Repräsentationszwecke eignet.⁴⁶³ Dieses Beispiel ließe sich durch zahlreiche Entscheidungen über die Kunstfreiheit und Art. 5 GG ergänzen. Man ist vor allem bereit, die Kunst für den Wert, das Zeugnis oder eben das Konterfei einer Kultur zu halten.⁴⁶⁴ Wenn es um die Geltungsansprüche künstlerischer Zuschreibungen geht, ist jedoch nicht nur die Kunst betroffen. Der Streit um Autonomie und Souveränität künstlerischer Entscheidungen dreht sich nicht allein darum, welches Bild oder welcher Künstler an Stelle anderer möglicher Künstler gezeigt wird. Weil Kunstwerke auch zugleich moralisch verwerflich, politisch unerwünscht oder sogar erwünscht sein können, sind vielfache Anspruchskollisionen auch mit politischen, juristischen oder moralischen Argumentationen denkbar. Das Anschauungsmaterial macht, wenn es Zeugnis kultureller Kompetenz sein soll und einen Eingang ins kulturelle Gedächtnis der Archive sucht, einen Umweg über den Begriff der Kunst. Vor allem ist der Kunstbegriff ein ästhetisches Minimum und ein Grenzbegriff ästhetischer Argumentationen. Er übernimmt nur dann eine Funktion, wenn sich die Frage: „*Kunst oder nicht Kunst?*“ stellt. In allen übrigen Bereichen ästhetischer Argumentation spielt dieser Begriff überhaupt keine Rolle. Er dient, entsprechend dem Begriff der Souveränität im Recht, primär der Selbstverteidigung und Abschirmung. Da der Kunstbegriff nur am Abschluß ästhetischer Argumentationen liegt, kann man allerdings davon ausgehen, daß er ebensowenig bloßer Platzhalter unbestimmter Vorstellungen ist, wie z.B. die *nominatio dei* des Grundgesetzes. In diesem Zusammenhang ließe sich die Frage stellen, ob die Kunst ein „*Anwalt heuristischer Vernunft*“⁴⁶⁵ sei? Dann läge die spezielle Funktion der Kunst darin, den Bereich der Möglichkeiten einer Kultur zu beschreiben. Die Idee, die Kunst als Kontingenzformel einer Gesellschaft zu verstehen, ist alt. Sie reicht von den Idealisierungsversuchen über die Idee des *trompe l'œil* bis hin zum Begriff der Virtualität. So versucht man die Kunst zu einer Art Revisionsinstanz kultureller Selbstbeschreibung zu machen, der die Aufgabe zukomme, zu zeigen, daß die Dinge nicht sind, was sie scheinen. Über ihre Institutionalisierung und den positivierten Zustand ist die Kunst jedoch zugleich ein ausgezeichneter Bereich des Gesellschaftlichen. Mit der Positivierung der Kunst im Museum kann die Frage nach dem Geltungsanspruch nicht offen bleiben, und Symbolbildung ist kein hinreichendes Kriterium für die Kodifikation der Kunst im Archiv. Als ein solcher ausgezeichneter Bereich des Gesellschaftlichen bildet die Kunst nicht einfach Symbole, sondern Gesellschaftssymbole. Das heißt zugleich, daß der

⁴⁶³ Vgl.: Harald Kimpel, *documenta*. Mythos und Wirklichkeit, Köln 1997, S.180 ff.

⁴⁶⁴ Vgl. Georg Bollenbeck. *Tradition – Avantgarde – Reaktion*, Frankfurt a.M. 1999, S. 18.

⁴⁶⁵ So: Christoph Hubig, *Kunst als Anwalt heuristischer Vernunft*. Über die Möglichkeit der Kunst und die Kunst des Möglichen, in: Koppe (Hrsg.), *Perspektiven der Kunstphilosophie*, Frankfurt a.M. 1993, S. 133-146.

Auswahl der Fiktionen sehr reale Erwägungen zugrunde liegen. Kunstwerke sind ebenso wie Rechtstexte Verwirklichungstakten ausgesetzt, weil in ihrem Namen Entscheidungen getroffen werden und um Kultur gestritten wird.

I. Von der Nachahmung zur Vorahmung

Das *Poietische* ist auch außerhalb der ästhetischen Theorien zu einer umfassenden Kategorie der Weltkonstruktion geworden. Die Dichter sind aus dem Bereich befreit worden, in den sie durch die platonische Dichotomie von *res* und *signum* bzw. die aristotelische von *Poiesis* und *Praxis* verbannt worden waren.⁴⁶⁶ Mit dem konstruktivistischen Verständnis, unsere gesamte Wirklichkeit sei fingiert, wandeln sich die Rechtfertigungszwänge und Geltungsansprüche der Künstler. Innerhalb eines fiktionalisierten Weltbildes drängen sich sofort Fragen auf, wie die, die sich etwa der Medientheoretiker Derrick de Kerckhove stellt: "*Brauchen wir in einer Wirklichkeit wie der unseren noch die Fiktion?*"⁴⁶⁷ Wenn man davon ausgeht, daß die Fiktion einst vorgebliche Fakten legitimierte, weil sie sich selbst als bloßes Phantasieprodukt ausgab, so fällt diese Legitimationskraft weg, wenn auch Fakten als Phantasieprodukt entlarvt werden. Geht man davon aus, daß die Fiktion ein Instrument der Kritik war, so fällt die Suspensivkraft künstlerischer Fiktionen dann weg, wenn Dogmen in notwendige Fiktionen umgewidmet werden. Seit dem allmählichen Abschied vom Begriff der Wirklichkeit gerät die Kunst in die Schwierigkeiten der Neubestimmung und in das Problem, die ihr eigene Bestimmtheit zu sichern. Wenn die Wirklichkeit selbst als fingiert erscheint, kann Kunst nur eine besonders „*eminente Form der Fiktur sein, die die Realität ist.*"⁴⁶⁸ Die Kunsttheorie hat auf diese Angleichung der Wirklichkeit an die Fiktion weitgehend mit zwei Antworten reagiert:

1. Der „Arealismus“

Das künstliche Wort Arealismus ist doppeldeutig: Es weist sowohl auf die Bedeutung fehlenden Wirklichkeitsbezuges („A-Realismus“), als auch auf die Bedeutung von Segmentierung oder Bereichsbildung. Die Herstellung von Ähnlichkeit und die Bildung von Referenzen, die durch Begriffe wie *Nachahmung*, *imitatio*, *Mimesis* oder *Simulation* bezeichnet werden, sind Kategorien, die

⁴⁶⁶ Vgl.: Lima, *Die Kontrolle des Imaginären*. Vernunft und Imagination in der Moderne, Frankfurt 1990, S. 252.

⁴⁶⁷ Titel seines Aufsatzes in: Vattimo/Welsch (Hrsg.), *Medien-Welten, Wirklichkeiten*, München 1998, S. 187-200.

auf Anlehnungen deuten. Alle genannten Begriffe sind ebenso doppeldeutig, d. h. sie beziehen sich einerseits auf die Nachahmung einer scheinbar unformulierten Realität (Natur) als auch auf die Nachahmung bisheriger Formulierungen (Kanon). Diese Anlehnung kann einerseits als Referenzbildung, andererseits als Regelanschluß gedeutet werden. Nachahmung ist, wie es einleitend unter dem Begriff der positiven Regel beschrieben wurde, eine Form der Simulation. Simulationen beziehen sich gleichermaßen auf die Wirklichkeit, wie auf die Kunstwirklichkeit. Wenn einmal feststeht, daß Erkenntnis und Wahrnehmung präformiert sind, stellen Simulation und Wirklichkeit keine tauglichen Oppositionspaare mehr dar.⁴⁶⁹ Vielmehr ist davon auszugehen, daß gerade die Wirklichkeit eine geglückte Simulation ist und alle Fiktionen und Kontrafakturen nur Dissimulationen dazu darstellen. Wegen dieser Doppeldeutigkeit ist der moderne Weg der Wirklichkeitsauflösung⁴⁷⁰ eng mit dem Abschied von den Regelästhetiken verwoben. Fiktionalisierungszwang und Neuheitszwang bedingen sich gegenseitig und beides ist Ausdruck einer beschleunigten Semantik in der Moderne. Eine aktuelle Ausprägung der Argumentationsform der Fiktion ist dabei der Begriff der Virtualität. Seit wann gibt es eigentlich den Topos der virtuellen Realität oder des Verlustes verbindlicher Semantik? Geht man ein wenig zurück, so fällt einem Musils Hinweis darauf ein, daß ein „geniales Rennpferd die Erkenntnis reift, ein Mann ohne Eigenschaften zu sein.“⁴⁷¹ Robert Musil beschreibt im ersten Viertel unseres Jahrhunderts gerade diese Dynamik der Bedeutungsverschiebung, die zum semantischen Substanzverlust führt. Geht man noch weiter zurück, so trifft man ähnliche Überlegungen über die Vermischung von Sein und Schein in der Fledermaus von Johann Strauß. Über die Virtualität der Porta Pia von Michelangelo, des spanischen Hofzeremoniells bis hin zu dem Korintherbrief⁴⁷² begegnen wir diesen Aufmerksamkeitswechsellern zwischen Realität und Fiktion. Das Gefühl der Virtualisierung scheint dabei ein doppeltes aufzuweisen: Mit der Bildung neuer Zeichen- und Bedeutungsfelder werden andere Bereiche unleserlich. Der Unterschied zwischen Sein und Schein definiert sich weitgehend darüber, ob der Akt des Lesens bemerkt wird, oder nicht. Die Virtualisierung der Welt weist daher zugleich auf einen Prozeß der Analphabetisierung bzw. der

⁴⁶⁸Vgl.: Odo Marquard, *Kunst als Antifiktion*. Versuch über den Weg der Wirklichkeit ins Fiktive, in: Henrich/Iser (Hrsg.), *Funktionen des Fiktiven*, München 1983, S. 51.

⁴⁶⁹ So aber heute noch: Peter Weibel: " *Beim Diskurs des Realen möchte ich den Diskurs der Macht aufzeigen. Das Reale dient doch nur dazu, den Status quo, die Machtverhältnisse aufrechtzuerhalten. (...) So beklagt auch Beaudrillard (...) den Verlust des Realen(...) Ich bin froh darüber und gebe der Wirklichkeit sogar noch einen Stoß, damit sie verschwindet, weil damit auch die Macht verschwindet und die Denkvorstellung, daß das Reale etwas Substantielles ist, etwas Festes. (...) Ich begrüße die Simulation*" in: *Kunstforum international*, S. 137, 138.

⁴⁷⁰ Gianni Vattimo, *Die Grenzen der Wirklichkeitsauflösung*, in: Vattimo/Welsch, a.a.O., S. 15-26.

⁴⁷¹ Robert Musil, *Mann ohne Eigenschaften*, Reinbeck 1983, S. 44.

⁴⁷² Siehe § 2

„Anikonologisierung“. Jede profane Alltagssituation besitzt Zeichencharakter und kann virtuell auf ein anderes verweisen. Auch heute gilt insoweit der von Alain de Lille formulierte Satz: „*Omnis mundi creatura quasi liber et pictura nobis est et speculum*“. Wer etwas nicht als Verweis auf etwas anderes lesen kann, wird zu dem Ergebnis kommen, daß es sich um „bloße Realität“ handle. Zweifellos ist es allerdings erst in unserem Jahrhundert zu einem allgemeinen Topos geworden, daß die gesamte Wirklichkeit bloß fingiert sei und das hat für den besonderen Fall der Kunstwirklichkeit die Konsequenz, daß sich die Künstler des Anlehnungskontextes, ob er sich nun auf Natur oder Kanon bezieht, zu entledigen versuchen. Wenn sie Zeugnis kultureller Kompetenz sein sollen, können künstlerische Äußerungen vor dem Hintergrund fiktionalisierten bzw. konstruktivistischen Weltverständnisses nicht einfach mehr Ähnlichkeitsformen unter vielen sein, sondern sie müssen herausragende Analogien bilden. Kunstwerke beginnen, eine besondere Stellvertreterfunktion zu übernehmen, und sie tun dies im Umkehrschluß dadurch, daß sie sich des Anlehnungskontextes und der Ähnlichkeitsidee entledigen.⁴⁷³ Ihre herausragende Funktion erhält die Kunst, indem ihr fiktiver Gehalt nichts mehr simuliert, sondern dissimuliert. Wie Odo Marquard bemerkt hat, mußte die Kunst referenzlos werden, um sich gegenüber der fingierten Realität einen Rest Bestimmbarkeit sichern zu können.⁴⁷⁴ In dem Moment, in dem das Reale fingiert erscheint, muß die Kunst dem Realen absagen und sie verliert so ihren Anspruch auf Bedeutungsverschiebung. Aus der Fiktion wird eine *Antifiktion*.⁴⁷⁵ *„Die Kunst bleibt - unter Bedingung des modernen Wegs der Wirklichkeit ins Fiktive-unbeendet d.h. unersetzlich nur dann, wenn sie sich gegen das Fiktive definiert.“*⁴⁷⁶ Der doppeldeutige Gegendefinitionsversuch setzt voraus, daß die Brücke zur fingierten Realität abgebrochen werden muß: die Kunst muß wirklichkeitslos und somit bedingungslos, referenzlos werden und sich auf die eigene immanente Konstitution verlassen, um ihre Wirklichkeit zu sichern.⁴⁷⁷ In letzter Konsequenz wird daher das *argumentum a simile* für ästhetische Argumentationen zurückgewiesen.⁴⁷⁸ Bilder sollen keine Abbildungen der Welt seien, sondern eine Welt für sich. Kunst bildet keine Relation zur Welt mehr, sondern einen geschlossenen Bereich für

⁴⁷³ Vgl. die Übernahme der konstruktivistischen Ideale von Reinheit und Mathematik bei: *Guillaume Apollinaire, Die Maler des Kubismus*, Frankfurt a.M. 1989, S. 9-26.

⁴⁷⁴ *Odo Marquard, Kunst als Antifiktion. Versuch über den Weg der Wirklichkeit ins Fiktive*, in: Henrich/Iser (Hrsg.), *Funktionen des Fiktiven*, München 1983, S. 35 ff. (52).

⁴⁷⁵ *Marquard*, a.a.O. S. 35

⁴⁷⁶ *Marquard*, a.a.O., S. 53.

⁴⁷⁷ *„Aber da Bilder nicht gemacht werden, um sie mit der Realität zu vergleichen, können sie nicht unscharf sein oder ungenau oder anders (anders als was?)“* *Gerhard Richter*, zitiert nach *Ulrich Wilms, Gleichnisse einer unbegreiflichen Wirklichkeit. Zur Malerei von Gerhard Richter*, Frankfurt a.M. 1989, S. 4.

sich. Dieses Umkippen von Ähnlichkeit in Arealismus wird etwa deutlich in den Argumentationsfiguren, die der amerikanische Kunstkritiker Clement Greenberg seiner Auseinandersetzung mit der Kunst zugrundelegt. Clement Greenberg führte zu seiner Bestimmung der Kunst die Unterscheidung von Avantgarde und Kitsch ein, und er „verdoppelte“ dadurch den Nachahmungsbegriff. Der hohe Bereich kultureller Kompetenz sei der Avantgarde vorbehalten. Wodurch sich die Avantgarde vom Kitsch unterscheidet, ist laut Greenberg nur ein Grad der Nachahmung. Während die Avantgarde *"Nachahmung der Nachahmung"* ist, weil es die Darstellungsmittel selbst zum Thema macht, ist Kitsch ein *"Simulakrum der echten Kultur"*.⁴⁷⁹ Der Kitsch simuliert nur den Bereich der hohen Kultur. Bringen wir die greenberg'sche Argumentation in eine Stufenfolge, so sieht sie ungefähr so aus:

Vormoderne: Nachahmung

Moderne: Nachahmung der Nachahmung

Kitsch: Nachahmung der Nachahmung der Nachahmung

Aus dem Zusammenhang von Greenbergs Text über Avantgarde und Kitsch läßt sich zudem erkennen, daß die Bedeutung der Avantgarde in der Negation, dem Vorstoß ins Unsichtbare liegt, während Vormoderne⁴⁸⁰ und Kitsch sich in Bezug auf die bloße, affirmative Annäherung gleichen. Die Nachahmung und ihre Verdoppelung scheinen so etwas wie Addition und Subtraktion im Bereich kultureller Wahrnehmbarkeit darzustellen und dem mathematischen Gesetz zu folgen, daß minus mal minus plus ergibt. Die unterschiedliche Bedeutung zwischen Avantgarde und Kitsch liegt nur darin begründet, daß Nachahmung einen negativen Wert darstellt, der sich durch die Verdoppelung ins Positive kehrt und durch die Verdreifachung wiederum ins Negative. Greenbergs Gedanke lautet, daß nur die Nachahmung der Nachahmung die „blinde“ Affirmation ausschließt. Er sieht gerade in der Verhinderung von Analogien und Alltagsreferenzen ihren kognitiven Gewinn, d.h. ihren Vorstoß ins Unsichtbare.

(3) Da, wo es mit den Disziplinen der Ästhetik und der Poetik um die Bestimmung kultureller Kompetenz geht, ist das Fingierte und Inadäquate Ausgangspunkt für die Bestimmung des schöpferischen Anteils eines Kunstwerkes. Der dramatische Don Carlos, dessen Zeuge wir bei

⁴⁷⁸ So zum Beispiel: Nelson Goodman, *Sprachen der Kunst*, Frankfurt a.M. 1995, S. 15-50.

⁴⁷⁹ Clement Greenberg, *Avantgarde und Kitsch*, in: Lüdeking (Hrsg.): *Die Essenz der Moderne* Ausgewählte Essays und Kritiken von Clement Greenberg, Amsterdam und Dresden 1997, S. 35/40.

Schiller werden, entspricht nicht der schillernden Persönlichkeit des historischen Don Carlos, der von Philipp II. gezeugt wurde. Gerade in dem fingierten Anteil - so die Kunstdeutung - erlangt der Mensch jedoch eine besondere Einsichtsfähigkeit in die "*Grundverhältnisse alles Wirklichen*".⁴⁸¹ Die Lüge der Kunst soll eine höhere Form der Wahrheit sein und gerade die Auseinandersetzung mit den Lügen der Kunst soll die Authentizität der Welt sichern. Soweit das Fingierte Ausgangspunkt einer kompetenzbestimmenden Ästhetik ist, ist es zugleich Ausgangspunkt für die Durchsetzung der Geltungsansprüche des Kunstwerkes und zur Bildung einer Kunstwelt. Wenn auch ein ausgezeichnete Gegenstand einer Kultur, wie ein Kunstwerk, das Zeugnis hoher Imaginationskraft ist, so soll doch die Tatsache, daß der Gegenstand ein Kunstwerk ist, gerade nicht fingiert sein. Wie wollen uns nicht bloß einbilden, daß die Gegenstände, für die wir Kunstmuseen bauen, denen wir Zoll- und Steuernachlaß gewähren und die wir stolz für ein Zeugnis unserer kulturellen Identität halten, Kunstwerke sind, sie sollen es wirklich sein. Das reicht von dem Bereich authentischer Urheberschaft bis hin zu dem der richtigen Bedeutungszuweisung. Daß sich die Kunst nicht mehr hinreichend mit dem Begriff der Fiktion beschreiben und von der Wirklichkeit unterscheiden läßt, wird schon dadurch deutlich, daß auch die Kunst selbst fingierbar geworden ist. Wenn allerdings die Wahlmöglichkeit besteht, Kunst zu fingieren, oder authentisch herzustellen, so wird daran deutlich, daß es sich bei der Kunst selbst um ein *verwirklichtes Medium* handelt. Das heißt, es handelt sich um einen gesellschaftlich positivierten und institutionalisierten Bereich, der Ansprüche auf Durchsetzung und Verwirklichung erhebt, der nicht mehr für ein anderes steht, sondern primär für sich selbst. Auch in der Vormoderne und der Moderne begegnen wir Kunstfälschungen zur Durchsetzung von Geltungsansprüchen. Sie begegnen uns als Texte des "*Hermes Trismetigus*"⁴⁸², als Bilder des "*Morto da Feltro*"⁴⁸³, als Rückdatierungen von Ernst-Ludwig Kirchner, als *Kirchners* von Wolfgang Lämmle oder als Vermeers von Van Meegeren. Und schließlich spielen auch in der aktuellen Kunstkritik syntaktische Fiktionen und Euphemismen eine wichtige Rolle bei der Begründung des ästhetischen Urteils. So ist es sicherlich bedeutsam, ob man bei der Beschreibung eines Gegenstandes, der zur Hochkultur gehören soll, angebe, er sei mit *Airbrush* oder mit einem *Luftpinsel* gemalt.

⁴⁸⁰ Greenberg bezieht sein Urteil nicht auf die Epoche der Vormoderne, sondern auf Künstler, die in der Moderne vormoderne Strategien weiterführen wollen.

⁴⁸¹ Dieter Henrich, *Theorieformen moderner Kunsttheorien*, in: Henrich/Iser (Hrsg.), *Theorien der Kunst*, Frankfurt a.M. 1982, S. 21.

⁴⁸² Über die Figur des *Hermes Trismetigus* schrieben Autoren der Spätantike ihre neoplatonisierenden Texte einem gottnahen Autor zu. Dazu: Kurt Flasch, *Die Suche nach Gewißheit*, in: FAZ, Nr. 131 v. 17.5.1997, S. 31.

Obwohl der Begriff *Airbrush* sich allgemein durchgesetzt hat, hat er für die Begründungssituation im Bereich der Hochkultur einen abwertenden Klang. Mit ihm verbindet man die beinahe industrielle Vereinfachung des Malprozesses. Unter Fotorealisten gilt die Airbrush-technik daher als unvirtuos. Ikonographisch verbindet man mit diesem Begriff am ehesten Motive muskulöser Frauen und feuerspeiender Drachen auf Motorhauben. Der Begriff *Luftpinsel*, der hier als Euphemismus gewählt wird, ist insoweit noch unbesetzt, und so findet er, obschon sonst ungebräuchlich, Eingang in die Ausstellungskataloge.⁴⁸⁴ Die Kunstgeschichte stellt sich so in weiten Teilen nicht einfach als Geschichte der herausragenden Fiktionen dar, sondern als herausragend fingierte Geschichte.⁴⁸⁵ In den genannten Beispielen ist es allerdings noch falsch, von fingierten Fiktionen zu sprechen, da die genannten Umstände gerade nicht aufgedeckt werden. Diesen Zuschreibungen fehlt der für die Fiktion unabdingbare Entblößungscharakter, das Als-Ob. Erst in der Moderne wird der Gedanke des *fake* zur zwingenden ästhetischen Strategie, und dies ist ein entscheidendes Indiz dafür, daß der Kunstbegriff selbst einem Verwirklichungstakt ausgesetzt war, und daß er sich von da an nicht mehr auf Fremddarstellung, sondern nur noch auf Selbstdarstellung bezieht. Das *fake* stellt sich insoweit als moderne Version des *trompe l'œil* dar. Thematisierten die Künstler der Vormoderne die Bedingung der Wirklichkeitskonstitution in entlarvenden Illusionen, so visualisierten die Künstler diesen Aspekt unter dem Begriff des *fake*, was voraussetzt, daß die Kunst eben nicht mehr als Form des Unwirklichen verstanden wird, sondern selbst als eine eminente Form der Wirklichkeit. Nur als solche ist sie fälschbar. Frühes Beispiel für die Technik des *fake* ist die Erfindung der Künstlerperson Richard Mutt durch Marcel Duchamp, ein aktuelles Beispiel die Erfindung des Malers Nat Tate durch Jeff Koons und William Boyd.⁴⁸⁶ Mit der Entwicklung des *fake* wurde deutlich, daß Menschen die Kunst für real halten und für das Gegenteil dessen, was im *fake* aufgewiesen wird.

(4) Zum eigentlichen Prädikat der Kunst wird damit die Notwendigkeit ihrer Realisierung. Als ein gelungenes Kunstwerk kann man sich das Kunstwerk vorstellen, das nicht anders hätte gemacht werden können. Die konkrete Verwirklichung des Werkes wird zur *conditio sine qua non* seiner Konstitution. Dadurch läßt sich die Verbindlichkeit der Kunst gegenüber der Beliebigkeit

⁴⁸³ *Morto da Feltrò* ist eine Erfindung von *Giorgio Vasari, Leben der ausgezeichnetsten Maler, Bildhauer und Baumeister von Cimabue bis zum Jahre 1567*, Bd. III, Worms 1988, S. 134. Dazu: *Paul Barolsky, Warum lächelt Mona Lisa?*, Vasaris Erfindungen, Berlin 1996.

⁴⁸⁴ Vgl.: *Rolf Hengesbach, Über Walter Obholzer*, in: *artist. Kunstmagazin*, Heft 32 1997, S. 30; *Markus Brüderlin, Or-namen-t. Die Namen des Ortes*, in: *Ausstellungskatalog Walter Obholzer, Vertikale Panoramen*, Salzburg 1990, S. 7.

⁴⁸⁵ Vgl. zuletzt auf dem Gebiet der Möbel: *Regina von Planta, Wider die Täuschungen*, FAZ v. 18.09.1999, S. 51.

künstlerischer Formulierungen abgrenzen. Das heißt, daß ein Werk über ein kontrafaktisches Konditional konstituiert wird, das lautet:

"Wenn der Urheber sich an einer beliebigen Stelle anders entschieden hätte, dann wäre die Lösung nicht mehr gelungen."

Dadurch wird im Umkehrschluß ein zweites kontrafaktisches Konditional ausgeschlossen:

" Wenn der Urheber sich an einer beliebigen Stelle anders entschieden hätte, dann wäre die Lösung gleichwohl gelungen."

Das Gelungene markiert Unterschiede, in dem es die Alternativen seiner selbst ausschließt. Dem Beliebigen ist alles gleich. Über die Bestimmung der Verbindlichkeit, Geltung oder Notwendigkeit einer künstlerischen Formulierung findet so stets ein Ausschluß der kontrafaktisch gebliebenen Alternativen statt. Werke, denen keine Regeln vorangestellt werden können, sind alternativlos, weil ihnen ihre Konstitution selbst innewohnt.⁴⁸⁷ Wo sich diese alternativlose Einheit nicht auf ein einzelnes Werk bezieht, da doch auf eine Serie als Werkeinheit, wie etwa bei den Las-Meninas-Variationen von Picasso. Zur autonomen Kunst gibt es keine Alternativen. Der Zwang zum Ausschluß kontrafaktischer Alternativen erhöht sich, wenn es außerhalb des Werkes keinen Bereich der Ableitbarkeit mehr gibt. Die Regelästhetik, das Vorbild und der Kanon sind immer selbst kontrafaktische Alternativen des realisierten Werkes, weil sie einen Bereich externer Erwartungshaltung formulieren. Man kann sagen, daß es mit dem Abschied von den Regelästhetiken zu einem Notwendigkeitszuwachs und einem Kontingenzverlust künstlerischer Formulierung kam. Man kann dies als komplementäres Phänomen erklären: Je „*offener*“ die Werke, desto mehr bedarf es eines geschlossenen Begründungsrahmens. Die Gründe des Werkes dürfen nicht mehr außerhalb des Werkes selber liegen. Deutlich wird dies daran, daß sich in der Moderne die Vorstellung entwickelt, es gäbe Merkmale, die offene Kunstwerke von geschlossenen unterschieden. Als wäre es nicht in beiden Fällen etwas, was ohnehin außerhalb des Gegenstandes liegt, was darüber entscheidet, ob dieser Gegenstand offen ist oder nicht und ob wir ihn auf etwas anderes hin orientieren oder nicht. Innerhalb einer Regelästhetik werden Kunstwerke immer im Hinblick auf das Regelwerk gedacht und Lizenzen im Hinblick auf den Kanon und umgekehrt. Die künstlerische Formulierung wird mit der

⁴⁸⁶ Vgl.: FAZ, 8. April 1998, S. 41.

⁴⁸⁷ Vgl. auch die Idee Gerhard Richters, daß Bilder „*nicht anders sein können (anders als was?)*“; s.o. Fn. 17.

„Befreiung vom Zwang der Kooperation“⁴⁸⁸ nicht mehr relational verstanden. Das Abstreifen der Relation führt zu den gleichen Konsequenzen wie die idealistische Identifikation von Form und Inhalt. Die konsequente Weiterentwicklung einer Ästhetik des Unbestimmten über die „freie Verschiebbarkeit der Zeichen“ kann zu einer Ästhetik führen, die spiegelbildliche Ähnlichkeit mit der idealistischen Nachahmungslehre hat, wenn der Aspekt des Widerstandes ästhetischer Formulierungen außer Acht gelassen wird. Ästhetischer Widerstand heißt nämlich, daß die ästhetische Formulierung den Gegenstand nie trifft, weil sie allerdings stets auf diesen abzielt. Ästhetische Differenz setzt intentionale Bezüge voraus. Die künstlerische Formulierung wird gerade in der Ästhetik des offenen Kunstwerkes und der Entgrenzung des Ästhetischen zur *Antifiktion*.⁴⁸⁹ Das Dogma liegt darin, daß wir von einer wirklichen Kunst im Anschluß an eine mögliche Welt sprechen. Tatsächlich begegnen wir ja in sämtlichen Kunstarchiven den gleichen Namen mit den gleichen Zuschreibungen.⁴⁹⁰ In der heutigen Auseinandersetzung mit dem Fiktiven fällt so weitgehend der regulative Charakter des Fiktiven zugunsten eines konstitutiven Charakters weg. Die theoretische Beschränkung, die Kant bei der Einführung der Als-Ob-Begrifflichkeit bezweckte und die einzig legitime Anwendung des Fiktiven in eben diesem regulativen Charakter sah, ist so aufgehoben. Außerhalb der Hochkultur gibt es keine Bedeutungs- und Begründungszwänge. Die Wahrscheinlichkeit, daß sich gerade die niedrigen Kulturformen und die unkünstlerischen Bilder von Fernsehen bis zu Stunt-Shows als die eigentlichen Kontingenzmaschinen (Enzensberger) herausstellen, ist hoch.

2. Werk und „Wirk“.

Die avantgardistische Grundnorm, die in der Einleitung paradoxal als „*Du sollst die Regel brechen!*“ formuliert wurde, muß nicht unbedingt als Paradoxon formuliert werden. Man kann sie auch als Verbotsnorm so formulieren: „*Simuliere nicht!*“ Da die künstlerische Formulierung vom Vortag die ästhetische Sekunde des Verwirklichungstaktes durchlaufen ist und in den Präformationsbestand einer Kultur eingegangen ist, entspricht das Simulationsverbot dem Zwang zur Neuheit. Der fiktive Gehalt der Kunst wandelt sich insoweit, daß er nicht mehr ein „*signum sine fundamento in re*“ sondern ein

⁴⁸⁸ Michael Wetzel, *Ästhetik der Wiedergabe*. Heideggers Ursprungstheorie des Kunstwerkes und ihre Dekonstruktion, in: Jürgen Stöhr (Hrsg.), *Ästhetische Erfahrung heute*, Köln 1996, S. 95.

⁴⁸⁹ Odo Marquard, a.a.O., S. 41.

⁴⁹⁰ Über den Widerspruch der Kunsttheorie zu den Verflechtungen des Kunstbetriebes: Boris Groys, *Über das Neue*. Versuch einer Kulturökonomie, München 1992, S. 94.

„*signum sine fundamento in signis*“ ist. Das Simulationsverbot der Moderne schlägt aber in seiner Doppeldeutigkeit zugleich um in einen radikalisierten Wirksamkeitsanspruch der Künstler. Auch aus künstlerischer Sicht wird deutlich, daß der Konstruktivismus die Wahrheitsfrage zur Wirksamkeitsfrage verschärft. Durch das konstruktivistische Verständnis, die Wirklichkeit sei grundlegend fingiert, ist der ästhetischen Theorie das Argument genommen, das in der Geschichte des Bilderstreits insoweit immer wieder als Zählung der Wirksamkeitsansprüche angeführt wurde. Dieses Argument basiert darauf, daß die Formulierungen der Künstler als Fingiertes gegenüber der Wirklichkeit keine Wirkkollision darstellen, weil sie eben "bloß ausgedacht" sind. So verteidigte man in den frühen Bilderstreiten das Bild damit, daß es im Gegensatz zur offenbarten religiösen Welt fingiert, von Menschenhand gemacht sei. So stand das Werk in keiner Anspruchskonkurrenz zur religiösen Wirklichkeit.⁴⁹¹ Dem Wahrheitsanspruch des Sakralen, Metaphysischen und Offenbarten gegenüber wird das fingierte Werk zwar abgewertet, damit jedoch im kirchlichen Rahmen erst legitimierbar. Innerhalb des Rahmens religiöser Transzendenz ist dabei die eigene Negation in Form des verkörperten Bildes schon angelegt. Werk und Inhalt geraten jedoch gerade durch die Form dieser Unterscheidung nicht in die Gefahr der Anspruchskollision. Damit taucht vermutlich das erste Mal das Argument der Suspensivfiktion auf. Die Verwendung dieses Arguments läßt sich in allen Bilderkriegen weiter verfolgen, über Rousseaus Brief an d'Alembert bis hin zu den einleitenden Worten zu Hard-Core-Pornofilmen. Die Anspruchskonkurrenz zwischen der Macht der Wirklichkeit und der Macht künstlerischer Formulierungen lebt neu auf, wenn auch die Wirklichkeit nur eine Fiktion neben der Kunst ist. So ist zu beobachten, daß mit dem Wegfall der dichotomischen Abschirmung unter der Unterscheidung Wirklichkeit ./ Fiktion die Geltungsansprüche der Künstler verstärkt wurden. Die künstlerische Tätigkeit wird in den künstlerischen Selbstzeugnissen der Moderne nicht mehr als Nachahmung verstanden, sondern man scheint im Kunstwerk eine „Vorahnung“ von dem zu haben, was da kommen wird. Die Legitimationspraxis der Moderne unterscheidet sich von der vormodernen Paragoneliteratur dadurch, daß nicht nur eine Abgrenzung gegenüber dem mechanischen, regelreproduktiven Handwerk, sondern auch gegenüber reproduktiver Wahrnehmung erfolgt. Diesen Wechsel künstlerischer Legitimation können wir in frühen Formen bereits bei Caspar David Friedrich beobachten. Anhand des *Kultraumes Atelier*⁴⁹² lassen sich die

⁴⁹¹ Vgl. dazu die Wirklichkeitshierarchie bei Dionysus Areopagita und die Bedeutung dieser Hierarchie für den Bilderstreit: Friedrich Gerke, *Das Problem des Vollendeten und die Unmöglichkeit des Unvollendeten in der byzantinischen Kunst*, in: Schmoll gen. Eisenwerth (Hrsg.), *Das Unvollendete als künstlerische Form*, Bern 1959, S. 13 ff.

⁴⁹² Oskar Bätschmann, *Ausstellungskünstler. Kult und Karriere im modernen Kunstsystem*, Köln 1997, S. 94.

gewandelten Rechtfertigungsstrategien der Künstler außerhalb akademischer Regelästhetiken nachweisen. Friedrichs ästhetische Strategie, das Atelier von allen visuellen Eindrücken freizuhalten und als Realie allenfalls einen Stuhl und die Staffelei zuzulassen, deuten auf den konstruktivistischen Richtungswechsel zwischen Nachahmung und Vorahmung hin. Sein Bemühen, alle Störungen des inneren Bildes zu unterbinden, kündigen an, daß die konstruktivistische Theorie zur leitenden Legitimationsgrundlage künstlerischen Schaffens wird. In den Selbstzeugnissen der Künstler des 20. Jahrhunderts wird die wirklichkeitskonstitutive Kraft der Kunst zum leitenden Motiv ihrer Kompetenzbestimmung. So nehmen die Künstler eine herausragende Rolle im Erkenntnisprozeß der Menschheit ein, da ihr Schaffen uns die Kristallisationsformen und Strukturen vorgibt, mit deren Erinnerung wir die Welt konstituieren können. Kunsttheoretiker wie Kahnweiler, Panofsky, Fiedler bis hin zu den postmodernen Medientheoretikern haben den Gedanken aufgegriffen, daß die Illusionen und Fiktionen, die Künstler etwa durch die Entwicklung der Zentralperspektive vorgeben, *Ingredienzen des Realen* sind.⁴⁹³ Der Erfolg dieser Schöpfungen erwies sich darin, daß den stereotypischen Bildern monokularer Perspektive Prädikate des Realen zugeschrieben werden und die Zentralperspektive als *conditio sine qua non* der Entdeckung des mathematischen Raums verstanden wird. Dieser kognitionswissenschaftlich enge Bereich ist von den Künstlern auf den gesamten Bereich kultureller Kompetenz übertragen worden. Zentral in diesen Zusammenhang gehört das zum Klassiker avancierte Zitat über die Fiktionsmacht Picassos: Ihm wurde vorgeworfen, das Portrait von Gertrude Stein habe keinerlei Ähnlichkeit mit Gertrude Stein, und er antwortete: *„Macht nichts, es wird.“*⁴⁹⁴ Auch Klees zum Klassiker der Künstlersprüche avancierte Stellungnahme: *„Die Kunst bildet nicht Sichtbares ab sondern macht sichtbar.“*⁴⁹⁵ ist Ausdruck des gewandelten Verständnisses, daß die künstlerische Formulierung durch ein Angebot von Kristallisationsformen der Wahrnehmung unsere Welt erst erzeugen soll. Kunst soll danach eine *„Weise der Welterzeugung sein“* (Goodman). Wie darf ich aber als Betrachter dieses Angebot von Wahrnehmungsformen verstehen? *„...Denn da ist keine Stelle, die dich nicht sieht, Du sollst Dein Leben ändern.“* heißt es - Gott sei Dank- in dem Gedicht über den Torso vom Belvedere von Rilke und nicht in dem Gesetzesentwurf einer der politischen

⁴⁹³ Sibylle Crämer, *Zentralperspektive, Kalkül, Virtuelle Realität*, in: Vattimo, Welsch (Hrsg.), *Medien-Welten Wirklichkeiten*, München 1998, S. 31. Abwertend spricht dagegen Lacan von „*Grimassen des Realen*“; vgl.: FAZ v. 30.11.99, S. 21.

⁴⁹⁴ Zitiert nach: *Nelson Goodman, Sprachen der Kunst*, Frankfurt 1995, S. 42.

⁴⁹⁵ Zitiert nach: *Michael Wetzel, Ästhetik der Wiedergabe, Heideggers Ursprungstheorie des Kunstwerkes und ihre Dekonstruktion*, in: Stöhr (Hrsg.), *Ästhetische Erfahrung heute*, Köln 1996, S. 87; *Diefried Gerhardus* nennt dieses Motiv das Leitmotiv der Kunst des 20. Jahrhunderts, in: *Gerhardus, Diefried, Aber ist es auch in derselben Weise traurig, in der es grau ist?* in: *DtschZPhilos* 43 (1995), S. 736.

Parteien. Gleichwohl können beide kulturellen Artefakte, Kunstwerk und Rechtssatz bezüglich ihres Geltungsanspruches und der dahinterstehenden sozialen Begründungspraxis nicht zusammenhangslos betrachtet werden. Den meisten Kunsttheorien ist vorzuwerfen, daß sie nur auf der einen, poetisch - ästhetischen Seite des Geltungsanspruches von Artefakten aufbauen und Kunstgegenstände einseitig als ausgezeichnete Verdinglichung unseres Bewußtseins darstellen.⁴⁹⁶ In den Räumen eines Museums, das in diesem Sinne nicht nur als kulturelles Gedächtnis, sondern auch als kodifizierter Katalog für zukünftige Wahrnehmung fungiert, mag man von den materiellen Implikationen eines solchen Anspruches vielleicht noch absehen. Es scheint jedoch, daß mit einem gesteigerten kulturellen „Nazismus“ zugleich brüskiert jeder Verdacht von sich gewiesen wird, Hitlers Wirken sei eine *Realisation* wagnerianischer Form- und Sinngabe.⁴⁹⁷ Ebenso lassen sich die kristallinen Runen der SS als Kontrafakturen und Verwirklichung des expressionistischen Malduktus verstehen. Wenn man von einem allgemeinen Geltungsanspruch der Artefakte ausgehen möchte, dann muß man bedenken, daß sich künstlerische Formulierungen modulieren lassen. Das heißt, sie lassen sich in andere Bedeutungsbereiche übertragen. Man kann mit Bildern auch juristisch, politisch oder moralisch argumentieren. Künstlerische Geltungsansprüche haben daher eine mögliche Rückseite außerhalb des Kunstbetriebes, die sich nicht einfach mit dem Hinweis auf den Charakter einer Suspensivfiktion zähmen läßt. Aus der Erweiterung der Geltungsansprüche der Kunst läßt sich nur vorläufig der Schluß ziehen, daß man sich noch einmal auf die Negationsuche künstlerischer Geltung begeben muß. Sicherlich kann man dies nicht machen, indem man die zahlreichen Negationsversuche im Werk Duchamps, Picassos, Polkes und der anderen als ästhetische Strategie wiederholt. Vielmehr muß die Rückseite der Kunst außerhalb der Kunst selbst gesucht werden. Dafür gibt es zwei Möglichkeiten. Man kann noch einmal auf das vormoderne Element der Ästhetik, die Regel, zurückgreifen⁴⁹⁸ und dadurch die Grenzen der Kunst aufweisen. Und man kann schließlich diese Grenzen kreuzen.⁴⁹⁹

⁴⁹⁶ Vgl.: Udo Kultermann, *Kunst und Wirklichkeit*. Von Fiedler bis Derrida - Zehn Annäherungen, München 1991.

⁴⁹⁷ Paul Cezanne führt in seinen werkbegleitenden Schriften den Begriff der „*realisation*“ der Malerei ein. Siehe dazu Michael Wetzel, a.a.O., S. 88.

⁴⁹⁸ Siehe unten II.

⁴⁹⁹ Siehe unten III

II. Die Fiktion der Lücke im Kunstbetrieb

1. Die Legitimation der Werke

(1) Daß es Kunst wirklich gibt, mißt sich an der Konsequenz, daß es Museen und Galerien⁵⁰⁰, Akademien, Sammler und publizierte Kritik⁵⁰¹ gibt. Damit ist nicht gesagt, daß es sich bei diesen Bedingungen um die primären Tatbestände der Kunst handelt, sondern nur, daß die kleinste Einheit der Kunst ebenso eine zweistellige Relation ist, wie bei anderen Argumentationssystemen. Ginge man nun davon aus, daß die faktische Durchsetzung eines Werkes das eigentliche Merkmal der Kunstwirklichkeit sei, dann geriete man nur in den Zirkel der Unterscheidung von Normativität und Faktizität, der nichts über den negativen Rest aussagt. Innerhalb der Kunstgeschichte lassen sich diese Zirkelschlüsse beobachten, als im 17. Jahrhundert der Geschmack als ein Urteilsinstrument eingeführt wurde, das die alten kodifizierten Rezeptbücher und Regelwerke ablösen sollte. Bald darauf stellte sich die Frage nach gutem und schlechtem Geschmack, weil mit der Einführung eines neuen Urteilsinstrumentes noch lange nicht die Frage geklärt ist, ob es sich auch um eine Urteilsinstanz handelt.⁵⁰² Die gleichen argumentativen Zwänge, die diesen Streit kennzeichnen, bringen im 20. Jahrhundert Bestimmungsversuche zugunsten des Deklarationsaktes des Künstlers („*Kunst ist das, was große Künstler machen*“), der Betriebsamkeit des Galeristen, der Ausstellungen⁵⁰³ oder der bloßen Kommentierung hervor. Die Vergeblichkeit des Versuches, die primären Tatbestände ästhetischer Argumentation zu bestimmen, wird sofort erkennbar, wenn man bedenkt, daß es nicht nur schlechte Kunstwerke, sondern auch leere Galerien, unbeachtete Ausstellungen, dunkle Ecken in Museumsdepots und gescheiterte Kommentierungs- und Durchsetzungsversuche gibt. Es hat sich zu einem Schlagwort der Kunstpraxis entwickelt, daß sich ästhetische Urteile nicht triftig begründen

⁵⁰⁰ Zur Institutionalisierung der Ausstellung und über den Nachweis der Verbindung von Institutionalisierung und Legitimationszwang: Oskar Bätschmann, *Ausstellungskünstler*, Kult und Karriere im modernen Kunstsystem, S. 12 ff./58-64; Wolfgang Kemp, *Verstehen von Kunst im Zeitalter ihrer Institutionalisierung*, in: *Bild der Ausstellung*, Berlin 1993, S. 54-60.

⁵⁰¹ Vgl. zur publizierten Kritik: Francis Haskell, *Die schwere Geburt des Kunstbuches*, Berlin 1993. Haskell beschreibt in diesem Vortrag die Bedeutung der Entwicklung der Kunstreproduktion und des Kunstbuches in Rom und Paris des 17. Jahrhunderts. Als Entwicklung des Kunstkommentars der publizierten Kritik ist dies eine der Voraussetzung der Konstitution von Kunstwirklichkeit.

⁵⁰² Vgl.: Werner Strube, *Zur Geschichte des Sprichwortes „Über den Geschmack läßt sich nicht streiten“*, in: *Zeitschrift für Ästhetik und Kunstwissenschaft* 1985, S. 158 ff.

⁵⁰³ Vgl.: Walter Grasskamp, *Modell documenta* oder: Wie wird Kunstgeschichte gemacht, in: *Kunstforum international* 49/1982, S. 15-22.

ließen, da sich Kunst ansonsten planmäßig erstellen ließe.⁵⁰⁴ Wie das vorherige Kapitel gezeigt hat, ist die planmäßige Entscheidungsfindung allerdings unabhängig davon, ob sie triftig begründet wird, oder nicht. In der Kunstpraxis und ihrem Ideal der „*Nichtnormativität*“ begegnen wir daher nur der Spiegelung des juristischen Subsumtionsideals, wenn damit die Vorstellung verbunden wird, „*Nichtnormativität*“ weise auf einen freien Bereich der Kunst. Auch allen bloß beschreibenden Stellungnahmen kommt eine vorschriftmäßige Funktion zu. Wenn der künstlerische Leiter der *documenta GmbH* erklärt, er wisse nicht, was Kunst sei, so liegt gerade darin eine programmatische Stellungnahme für seine Form der Kunstwahrnehmung. Letztlich werden auch die deskriptiven Symboltheorien normativ verwendet und so argumentationstheoretisch relevant, d.h., sie finden ihren Niederschlag im Begründungsprozeß des Kunstbetriebes. Jede Beschreibung und Begründung dessen, was als Kunst gilt, nimmt die Unterscheidung auf, von wirklicher, wahrhafter, gelungener Kunst zu sprechen und von falscher, unbeachtlicher Kunst zu sprechen. Ungeachtet dessen, daß die Geschichte der modernen Kunst als eine permanente Entgrenzung des Ästhetischen beschrieben wurde, an deren Ende die einfache Feststellung „*anything goes*“ stehen sollte, wird auch heute Kunst von Mode, Design, Dekoration, Handwerk, Pornographie, Kommerz, Effekthascherei oder Sensation unterschieden. Und wo auf Wahrheit, Authentizität oder das Prädikat *Kunst* als Scheidungsmerkmal verzichtet wird, gibt es den Anspruch, die gute Lüge von der hohlen Anmaßung zu trennen. Die Unterscheidungen ist selbst das Kriterium der Durchsetzung von Kunst. Selbst bei der Leugnung jeglicher begrifflicher Unterscheidung gibt es Gegenstände, die noch in die Ausstellung passen, während andere Gegenstände nicht mehr in die Ausstellung passen. Ästhetische Argumentationen sind daher ebenso auf die dichotomischen Abschirmungen angewiesen, wie rechtliche Argumentationen.⁵⁰⁵ Begründungen und Begründungsverweigerungen haben eine andere Funktion, als die, richtige Entscheidungen zu finden. Beide haben die gemeinsame Funktion, Entscheidungen abzuschirmen. Ästhetische Urteile werden legitimiert. Ob sie legitim sind, darüber ist noch nichts gesagt. Das hieße etwas vorschnell, ästhetische *Prudentia* zur ästhetischen *Ratio* zu verklären. Jeder Gegenstand der Kunstwirklichkeit unterfällt einer Regel, da er als Kunstgegenstand erst die Schlußfolgerung aus einer Begründungspraxis ist, die mit ästhetischen Urteilen argumentiert. Da steht ein Galerist und erläutert bei der Eröffnung einer Ausstellung die Bedeutung seines aktuellen

⁵⁰⁴ Karl Heinz Lüdeking, *Lassen sich ästhetische Urteile triftig begründen?* in: Franz Koppe (Hrsg.), *Perspektiven der Kunstphilosophie*, S. 363 ff.

Künstlers, indem er ihn in eine Reihe mit dem frühen Sigmar Polke setzt oder indem er ihn gerade von diesem Künstler abgrenzt. In beiden Fällen erfolgt seine Argumentation unter Rückgriff auf ein Lex Polke, weil dessen Bilder sich in Tatbestände zum Sachverhalt des aktuellen Künstlers wandeln. Ob dies unter Rückgriff auf Analogie- oder Umkehrschlüsse erfolgt, ist dabei unerheblich. Es werden Presseerklärungen überreicht, in denen auf zahlreiche vergangene Ausstellungen des Künstlers an Orten wie der Galerie Leo Castelli, New York oder sogar auf eine zurückliegende Teilnahme an der *documenta* wie auf Präjudizien verwiesen wird. Schließlich werden wir durch einen Katalogtext und durch Auswahl und Hängung über eine Vielzahl von Tatbestandsbindungen an den eigentlichen ästhetischen Sachverhalt herangeführt. Es handelt sich bei dem, was als Kunst gilt, nicht um die Form einer Tatbestandsbildung, sondern um die Form einer mehr oder weniger begründeten Tatbestandsbindung. Wie der angesprochene Sigmar Polke schon in einem ähnlichen Fall vorgeführt hat, wird die Schlußfolgerung z.B. aus dem *maior* des Tatbestandes „*Moderne Kunst*“⁵⁰⁶ und dem *minus* des folgenden ästhetischen Sachverhaltes gezogen:



Holzrahmen, Leinwand, Pigment und Bindemittel können als ästhetischer Sachverhalt nicht nur eine *Madonna Hodegetria*, eine *Werbetafel für Penatencreme* oder ein Bild von Gerhard Richters Frau und Kind sein. Sie können auch ein Erbgegenstand, Diebesgut oder ein "*pornographisches Werk*" i.S.d. §§ 184 i.V.m. 11 Abs. 3 StGB sein. Die ersten drei Zuschreibungen können wir auf das Innenverhältnis ästhetischer Argumentationen beziehen. Die weiteren Zuschreibungen betreffen jedoch das Außenverhältnis ästhetischer Argumentationen. Die Unterscheidbarkeit zwischen Innen- und Außenverhältnis weist darauf hin, daß es immer eine Rückseite des ästhetischen Urteils gibt. Wir halten dann das Material zwar primär für einen Kunstgegenstand, würdigen es aber innerhalb eines Sinnbereiches, der dem Recht, der Ideologie oder dem Privatleben zugeordnet ist. Das Merkmal der

⁵⁰⁵ Vgl. dazu: *Thomas Wagner, Der Geist des Kunstrichters*. art forum berlin: Wie ein Ausschluß von der Messe dekretiert wird, FAZ v. 4.9.1999, S. 51.

⁵⁰⁶ Dieser Tatbestand muß nicht begrifflich, sondern kann auch -als Oberform- visuell sein. Vgl. Hermann Friedmann, *Die Welt der Formen*, Heidelberg 1925, S.39 ff.

Regelungstechnik der Fiktion war die widersprüchliche Zuschreibung eines Tatbestandes und die Kreuzung solcher Sinnbereiche. Welche Merkmale des Selbstwiderspruchs finden sich innerhalb künstlerischer Zuschreibung, noch vor der Kreuzung in andere Sinnbereiche? In einer Studie von Jörn Axel Meyer und Ralf Even über die Marketingaktivität bildender Künstler kam das paradoxe Ergebnis heraus, daß 94 % der Künstler angaben, nicht nachfrageorientiert und unabhängig von Kundenwünschen zu arbeiten, und daß eine ebenso hohe Zahl der befragten Galeristen, also der ausschlaggebenden Handelspartner, eben dies von den Künstlern erwarteten.⁵⁰⁷ Die Bestätigung der Erwartungshaltung über den Umweg der Enttäuschung erfordert eine besondere Dissimulationstechnik. Hier läßt sich die Frage stellen, ob sich diese erwartete Enttäuschung so vollzieht, indem die Betreffenden in einem ersten Subsumtionsversuch annehmen: „*Das entspricht Deiner Erwartung*“ und in einem zweiten Subsumtionsversuch annehmen: „*Das entspricht nicht meiner Erwartung*“. Das *tertium comparationis* dieses analogen Aufmerksamkeitswechsels wäre dann das Vermögen, durch die Disqualifikation eines vorgestellten Publikums („*Die Erwartung der Masse*“) zu verschleiern, daß die eigene Erwartung gerade nicht enttäuscht wird. Dieses unbekanntes Massepublikum, von dem sich der geliebte Künstler wohltuend abhebt, scheint ebenso eine Konstruktion zu sein, wie das „*Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden*“ im Recht, nur daß sie hier nicht die Inklusion, sondern die Exklusion des eigenen Urteils anstrebt. Da man sich selbst dieses Publikum vorstellt, macht man sich selbst zum *tertium comparationis*, das den Aufmerksamkeitswechsel zwischen diesen beiden Subsumtionsversuchen ermöglicht. Das gleicht ganz dem sog. *third-persons-effect*. Danach kann man sich vorstellen, daß das Paradox des Kreters in Wirklichkeit so funktioniert, daß der Kreter augenzwinkernd sagte, daß alle Kreter lügen, und ihm seine Zuhörer, die allesamt keine Kreter waren, anerkennend auf die Schulter klopfen und sagten: „*Wir wußten, daß du in Wirklichkeit einer von uns bist!*“ Der *third-person-effect* ist die Fähigkeit, ein vorgestelltes Publikum zu disqualifizieren, dessen eigener Teil man ist, und sich dadurch selbst als dritte Person gegenüberzutreten. Wir können uns selbst als dritte Person entgegentreten, in dem wir einen Teil unserer selbst als etwas fremdes ausblenden. Passend dazu, daß die Kunstkritik eigentlich eine Form der Selbstverteidigung ist, sind wir unsere eigenen Sparringpartner. Kunstkritik gleicht insoweit dem Schattenboxen. Den, den wir mit unseren Schlägen am härtesten treffen, das ist unser

⁵⁰⁷ Vgl.: Jörn Axel Meyer/ Ralf Even, *Marketing für bildende Künstler*, unveröffentlichte Studie an der TU Berlin. Den Hinweis auf diese Studie verdanke ich Susanne Henle.

eigener Schatten.⁵⁰⁸ Die Technik der Selbstausschaltung entspricht ganz dem Spiegelverhältnis zwischen der Tradition der Selbstdarstellung und dem Selbstportrait von Ernst Mach (Abb. 5). Wenn man im Zusammenhang mit der Kunstpraxis das Merkmal der Regelmäßigkeit anspricht, so sieht man sich mit dem kantianischen Topos konfrontiert, daß dem ästhetischen Urteil keine Regeln vorangestellt werden könnten. Da ich die Fiktion als Aufmerksamkeitswechsel beschrieben habe, und hier Fiktionen beschreiben will, liegt es nah, als selbst einen Aufmerksamkeitswechsel erzwingen, und eine Inversion dadurch zu erzeugen, daß man von der Prämisse ausgeht, daß sich sämtliche künstlerischen Entscheidungen aus Regeln ableiten. Diese Regeln können sprachlich, visuell, kinästhetisch oder akustisch formuliert sein, vor allem aber können sie, wie in der Systematik des case-law, selbst als „kommunizierbarer Einzelfall“ auftreten. Sie können auch dadurch kodifiziert sein, daß sie Eingang in die kulturellen Archive gefunden haben. Als oberste Grundregel des Kunstbetriebes nehme ich daher nun nicht das Avantgarde-Paradox „*Du sollst die Regel brechen*“, sondern sein Gegenteil „*Du sollst die Regel nicht brechen*“ an. Wenn sich der gesamte aktuelle Kunstbetrieb ebenso beschreiben läßt, wie er sich unter der Avantgardeprämisse beschreiben läßt, dann läßt sich daraus sowohl ein Schluß über die Funktion von regelhaften Begründungen (Nomos) als auch über die Funktion von Fiktionen (Antinomos) und den Charakter der argumentativen Abschirmung ableiten. Es läßt sich dann der Schluß ableiten, daß die ästhetische Grundnorm der Moderne die gleiche Schleierfunktion hat, wie das juristische Subsumtionsideal, in dem beide eine gemeinsame Erwartungshaltung verschleiern sollen. Anhand der Frage, welche Formen regelhaften Regelbruches feststellbar sind, soll somit gezeigt werden, daß ästhetische Argumentationen die Fiktion der Lücke innerhalb kultureller Argumentationen bilden.

2. Positive und negative Regeln

Das Modell des Syllogismus dient nur dazu, die Vielfalt verschiedener Stützungsformen aufzuzeigen. Als ein Modell der Stützung läßt sich der Syllogismus daher grundsätzlich auch auf die Frage übertragen, was die jeweils avancierte Kunstrichtung stützt. Sie wird jeweils dadurch gestützt, daß sie durch Zuschreibungen und Argumente an die kulturellen Tatbestände anknüpfen kann. Der Syllogismus läßt sich insoweit als ein Modell kultureller Dynamik verstehen. Da ich als kleinste

⁵⁰⁸ Dies bildet das Motiv solcher Filme wie z.B. „*Dr. Jekyll und Mr. Hyde*“ und vor allem des Films „*Fight Club*“ (1999)

Einheit der kulturellen Dynamik die Relation aus Sachverhalt und Tatbestand definiert habe, bleibt mir ohnehin nichts anderes übrig, als auch im Bereich ästhetischer Argumentationen auf die Syllogistik zurückzugreifen. Als erstes Modell eines solchen regelhaften Regelbruchs will ich hier die syllogistische Schlußform des *modus baroco* vorstellen. Dieser *modus baroco* stellt eine Abwandlung zum Grundmodell des Syllogismus, dem *modus barbara* dar:

1. modus barbara:

maior: Alle Menschen sind sterblich. (Universell-affirmativ)

minor: Sokrates ist ein Mensch (Universell affirmativ)

conclusio: Also ist Sokrates sterblich (Universell-affirmativ)

2. modus baroco:

maior: Alle Spatzen sind frech. (Universell affirmativ)

minor: Nicht alle Vögel sind frech. (Partikulär-negativ)

conclusio: Also sind einige Vögel keine Spatzen. (Partikulär-negativ)

Der Name der zweiten Schlußform ist nicht aus der Kunstgeschichte entlehnt, sondern ein mnemotechnisches Mittel aus der Scholastik. Man kann jedoch davon ausgehen, daß die Bezeichnung der Kunstepoche auf diese logische Schlußform zurückgeht. Denken wir zum Beispiel an die Darstellung eines antiken Flußgottes. Unsere vagen Vorstellungen sagen uns, daß es sich dabei um die Darstellung einer Liegefigur handelt, die sich mit den Armen stützt. Zu der Darstellung dieses antiken Flußgottes wollen wir den Gedanken Hegels paraphrasieren, die griechischen Götter hätten sich durch die harmonische Vereinigung des Körpers mit dem Geist dem Leib unterworfen.⁵⁰⁹ So soll die Prämisse des ersten Bildes lauten: *Der ganze Körper ist Geist*. Dabei handelt es sich um eine universell affirmative Aussage. Als zweites sollten wir uns den heiligen Laurentius von Bernini ins Gedächtnis rufen. Diesem Bild soll der minor „*Nicht der ganze Mensch ist Geist*“ zugeordnet werden. Ich folge auch hier der hegelianischen Deutung, nach der der christliche Held durch

⁵⁰⁹ Vgl.: Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Vorlesung über die Ästhetik*, Stuttgart 1971, S. 512. Vgl. dazu auch die Deutung bei Beat Wyss, *Trauer der Vollendung. Zur Geburt der Kulturkritik*, Köln 1997, S. 48.

Verkörperung und Erniedrigung eine partikuläre Negation des Absoluten darstellt⁵¹⁰. Aus beiden Abbildungen und den entsprechend zugeordneten Aussagen läßt sich nun folgender Schluß ziehen:

maior: *Der ganze Körper ist Geist.*

minor: *Nicht der ganze Mensch ist Geist.*

conclusio: *Also ist nicht der ganze Mensch Körper.*

Für den Betrachter läßt sich im Anblick des hl. Laurentius von Bernini der Schluß ziehen, daß die Vernichtung des Körpers Bedingung für die Auferstehung des Geistes ist. Abseits von den theologischen Fragestellungen läßt sich für die Problematik der Begründung ästhetischer Urteile folgendes festhalten: Auch revolutionäre Neuerungen, wie Berninis heiliger Laurentius, sind regelhafte Modulierungen tradierter Regeln. Berninis Skulptur ist Teil des Paragone-Streites um die Legitimation seiner Arbeit als eine der sieben freien Künste. Bernini hat in der Skulptur versucht, für Liegefiguren einen „entsprechenden“ Kanon des Polyklet zu finden. Die argumentative Stützung über antike Vorbilder erfolgte gleichwohl nicht universell affirmativ, sondern auf dem *modus baroco*, einem syllogistischem Schlußverfahren, das *per contradictionem* geführt wurde. In diesem Fall kann man nicht von Renaissance, sondern allenfalls von einer „*Contrenaissance*“ sprechen. Weil die Skulptur als ein Werk der sieben freien Künste gerechtfertigt werden sollte, basiert der argumentative Gang hier nicht auf positiven Regeln und auf bloßer Nachahmung, wie dies dem Handwerk zugeschrieben wird, sondern indirekt und auf negativen Regeln. Der logischen *Contradictio* entspricht die gestalterische Kontrafaktur. Berninis Skulptur ist eine Dissimulation des antiken Flußgottes. Nicht nur der gegenreformatorische Rückgriff auf vorchristliche Formen ist Beispiel dieses regelhaften Regelbruchs, sondern auch der indirekte Anschluß an Vorbilder. Die gestalterischen Umformungen des antiken Flußgottes und der Liegefiguren lassen sich bis hin zur Plastik am Ende des 20. Jahrhunderts weiterführen (Abb. 6). Auch die abgebildeten Plastiken Axel Liebers werden durch den heiligen Laurentius von Bernini und die Darstellung antiker Flußgötter gestützt, wenn die Werke nur in eine Argumentationskette gebracht werden und analogiefähig sind. Die negative Anpassung an die museal fixierte Tradition vollzieht sich nach den gleichen Regeln wie die positive Anpassung.⁵¹¹ Die Skulptur von Bernini bildet eine Oberform zu den Plastiken von Lieber. Dieser Bezug besteht einerseits durch die Übereinstimmung formaler Liege- und Stützungs- und Postamentsfragen.

⁵¹⁰ Vgl.: *Beat Wyss*, a.a.O., S. 59 ff.

⁵¹¹ Vgl.: *Boris Groys*, a.a.O., S. 87; mit weiteren Nachweisen über die negative Anpassung bei Marcel Duchamp und Kasimir Malewitsch.

Andererseits besteht ein Bezug dadurch, daß der Rost des heiligen Laurentius durch Bügelbretter ausgetauscht wird, und beide Werke metonymisch mit der Vorstellung von Hitze verbunden werden. Die Tatsache letztlich, daß ich hier Lieber und Bernini in einem Atemzug nenne, bereitet schon die Analogiefähigkeit vor. Diese Metonyme bilden nun wie im Falle des Syllogismus übertragbare Prädikate, die die Werke als Teil einer Argumentationskette erscheinen lassen. Obschon die Plastiken so durch kulturelle Tatbestände gestützt werden, lassen sie sich auch als schöpferischer Regelbruch verstehen, eben weil Analogiebildungen immer die Einheit von Adäquanz und Inadäquanz voraussetzen. Negation und Kontradiktion sind in der Moderne zu den Hauptanschlußformen ästhetischer Argumentation geworden.⁵¹² Wenn ein Galerist nun die Auswahl der Werke Axel Liebers mit folgenden Worten verteidigt: „Für Axel Lieber sind Plastiken nicht einfach Modelle mit Verweisungsfunktion, wie für die Bildhauer der 80`er Jahre“ (Hengesbach), dann gesellt sich zu Axel Liebers Umbildung des heiligen Laurentius das *argumentum e contrario* zu den Künstlern der 80`er Jahre. So kann Axel Lieber schöpferisch von den negativen Vorbildern, den Künstlern der 80`er Jahre, abgegrenzt und indirekt wieder auf Bernini bezogen werden. Durch die Einführung der negativen Vorbilder der 80`er Jahre wird zugleich ein Rahmen gebildet, innerhalb dessen Axel Lieber die avantgardistische Grundnorm „Du sollst die Regel brechen“ erfüllt. Über diese kontrafaktische Zuschreibung ist sein Werk als eigenschöpferischer Teil der Logik des Individuellen zu werten. Ästhetische Argumentationen sind aber gleichwohl stets durch Syllogismen, Konditionale und die klassischen Argumentationsformen darstellbar. Zu der Einsicht, daß sich sämtliche künstlerische Produktionen somit als regelhaft beschreiben lassen, muß zugleich noch einmal an die Kritik am Subsumtionsideal und die Frage, ob Regeln wirken, erinnert werden. Es muß noch einmal darauf hingewiesen werden, daß auch Regeln nur Stellvertreter für kontrafaktisch stabilisierte Erwartungshaltung sind. Fra Angelico, die Kubisten und David Hockney können zum Beispiel mit folgendem argumentativen Schema dargestellt werden:

Tatbestand: Fra Angelico/Kubisten

Sachverhalt: David Hockney

Aufgrund des Subsumtionszirkels können sie jedoch auch in folgendem Schema dargestellt werden:

Tatbestand: David Hockney

Sachverhalt: Fra Angelico/Kubisten

⁵¹² Vgl. den Nachweis bei: Boris Groys, a.a.O., S. 85-93.

Diese Austauschmöglichkeit läßt alle möglichen Konsequenzen zu. Von aktueller Warte aus kann man sich das erste Schema deduktiv vorstellen, das zweite Schema induktiv. Die Aufstellung dieser beiden Schemata kann sowohl als Argument für die Normativität künstlerischer Präjudizien, als auch für die Entgrenzung des Ästhetischen angeführt werden. Man kann begründen, daß David Hockney kein interessanter Künstler ist, weil er Positionen wiederholt, die andere vor ihm schon formuliert haben. Es ließe sich ebenso begründen, daß Hockney ein lohnenswerter Künstler ist, weil er uns die aktuelle Bedeutung von Fra Angelico zeigt. Über David Hockney wird entschieden, und diese Entscheidungen werden begründet. Sowohl das Subsumtionsideal, als auch das Ideal der Entgrenzung des Ästhetischen verschleiern, daß der Umstand, der Verbindlichkeit sichert, außerhalb der Unterscheidung von Normativität und Nichtnormativität liegt.

3. Holofernes der Täufer

Als ein weiteres Beispiel der modulierten Antinomie läßt sich ein Bild von Francesco Maffei aus dem 17. Jahrhundert anführen, das „eine hübsche junge Frau mit einem Schwert in ihrer Linken und einer Schale in der Rechten darstellt, auf der der Kopf eines Enthaupteten liegt.“⁵¹³ Dieses Bild führt zu einer widersprüchlichen Zuschreibung, da folgende ikonographische Regeln unterstellt werden:

1. Wenn eine Frau ein Schwert trägt und sich zugleich ein Enthaupteter auf dem Bild befindet, dann handelt es sich bei dem Bild um eine Judith-Darstellung.
2. Wenn eine Frau eine Silberschale trägt und sich zugleich ein Enthaupteter auf dem Bild befindet, dann handelt es sich bei dem Bild um eine Salome-Darstellung.⁵¹⁴

Die literarischen Vorbilder führen bei dem Versuch, diesen Widerspruch aufzulösen, nicht weiter. Dort ist einerseits festgehalten, daß Judith das Haupt des Holofernes in einen Sack steckte und nicht auf einer Silberschale präsentierte. Andererseits hat Salome Johannes nicht eigenhändig enthauptet und sie trug daher kein Schwert. Will man nicht dauernd zwischen der Bedeutungsannahme von Judith und Salome hin und her wandern, so bleibt einem nichts anderes übrig, als eine der beiden

⁵¹³ Erwin Panofsky, *Studien zur Ikonologie der Renaissance*, Köln 1997, S. 37 ff. Vgl. dazu ausführlich: Alice Kiehn, *Der Judith-Stoff in der Malerei des 16. und 17. Jahrhunderts*, Diss. Univ Cottbus 1999, S. 233 f.

⁵¹⁴ Das Beispiel ist gebildet nach Russels Auseinandersetzung mit kontrafaktischen Bedingungssätzen: 1. Wenn Bizet und Verdi Landsleute wären, dann wäre Bizet Italiener. 2. Wenn Bizet und Verdi Landsleute wären, dann wäre Verdi Franzose.

Bedeutungen in Form einer Hypothese zu unterstellen. Diese Situation besteht allerdings nur so lange, solange ein gewisser ikonographischer Bereich unbekannt ist: In Süddeutschland und Norditalien entwickelte sich im 17. Jahrhundert der Typus der „*Judith mit Schlüssel*“. Das Andachtsbild des enthaupteten Johannes wurde dort so populär, daß durch die häufige Verwendung eine Bedeutungs-inflation stattfand. Es wurde zur Regel, einen Enthaupteten mit einer Silberschale darzustellen, unabhängig davon, ob es sich um Johannes den Täufer oder Holofernes handelte. Mit diesem Wissen im Hintergrund löst sich die widersprüchliche Situation auf. Es wird nun die dritte Regel positiviert:

3. Wenn ein Bild aus Norditalien oder Deutschland und aus dem 17. Jahrhundert stammt und eine Frau mit Schwert in der Linken, und einem Enthaupteten in der Rechten auf einer Silberschale zeigt, dann handelt es sich um den Typus einer Judith mit Schlüssel.

Die widersprüchliche Situation markiert nur die ästhetische Sekunde der Bedeutungsverschiebung und des Aufmerksamkeitswechsel, in der das Haupt auf der Silberschale *nicht mehr* Johannes den Täufer und *noch nicht* Holofernes bezeichnet. Im Unterschied zur Hypothese markiert die Fiktion diese widersprüchliche ästhetische Sekunde. Sollte in einem solchen Augenblick das Bild zugunsten eines der beiden Bedeutungsinhalte positiviert werden, so wäre man genötigt, dies in der Form des Als-Ob zu tun. Man könnte also so tun, als ob das Bild Judith darstelle, und man würde damit allerdings zugleich die dritte Regel verschleiern. Wenn die Situation auf diese Weise nicht für eine der beiden Bedeutungen entscheidbar ist, dann muß man durch den „*willing suspension of disbelieve*“ den Aufmerksamkeitswechsel bezeichnen und sich gleichwohl für eine der beiden Bedeutungen entscheiden. Weder vorher, noch nachher wäre man genötigt, auf die Argumentationsform der Fiktion zurückzugreifen.

(2) Der Situation des Bildes von Francesco Maffei konnten wir uns als unbeteiligter Beobachter, die nicht Zeitgenossen sind, nähern. Uns gegenüber ist über die Bedeutung bereits entschieden. Bei aktuellen Kunstformen können wir das Phänomen der Unentschiedenheit bei der ästhetischen Strategie des *fake* beobachten. Das *fake* spielt, ebenso wie die Argumentationsform der Fiktion, mit der Inadäquanz und verdeckt dabei die Entsprechungen zum authentischen Kunstbetrieb. Solange noch nicht bekannt war, daß Richard Mutt eigentlich Marcel Duchamp war, sprach man nicht von einem *fake*. Die *Fontaine* war zu diesem Zeitpunkt einfach die Plastik einer Person, die den Namen eines namhaften Industriellen führte. Es war schlichtweg unerheblich, ob das Pseudonym des

Künstlers Duchamp oder Mutt war. In dem Moment, da bekannt wurde, daß Marcel Duchamp mit dem Namen Richard Mutt signierte, begann man von einem *fake* zu sprechen, obschon nun klar war, daß es sich um ein authentisches Werk von Marcel Duchamp handelt und daß diese Signatur Teil einer bewußten ästhetischen Strategie war. Das heißt aber, daß man im Begriff des *fake* asynchron den Zustand aufrechterhält, in dem *noch nicht* bekannt ist, daß Duchamp den fremden Namen als ästhetische Strategie benutzte. Das *fake* greift wie die Analogie oder die Fiktion ebenso auf die zeitliche Argumentationsstruktur des *Noch-Nicht* zurück und es versucht den Aufmerksamkeitswechsel und die Unentschiedenheit zwischen Authentizität und Fälschung zu konservieren.

4. Das ist keine Pfeife, sondern...

Kunsttheoretische Begriffe unterliegen dem gleichen Wandel, wie die Darstellung Johannes des Täufers. Wenn Umberto Eco in den 60`er Jahren seinen Begriff vom offenen Kunstwerk eingeführt hat, und das Kunstwerk über die „*Verletzung des herrschenden Codes*“ definierte, dann ereilte ihn früher oder später das gleiche Schicksal wie die Darstellung des Täufers. Irgendwann konnte es durch die Inflation des Begriffes zum herrschenden Code gehören, den herrschenden Code zu verletzen. Es stellt sich daher die Frage, inwiefern der negative Rest der selbstwidersprüchlichen Argumentationen, vor allem über das Kriterium der Referenzlosigkeit, auf eine offene und subversive Semantik verweist. Tatsächlich gilt als ein Kriterium der Kunst, daß sie das Denken von der „*Fixierung auf unzulängliche Zeichen*“ befreit.⁵¹⁵ Die Idee der Offenheit des Kunstwerkes verbindet sich immer wieder mit der Idee, daß sich die Freiheit und Autonomie der Kunst darin äußere, daß sie eine verbindliche Semantik sprengt. Die Fiktion, in ihrer ursprünglichen Definition als referenzloses Zeichen gilt als subversives Ideal der Kunst. Wenn wir dies nun im Hinblick auf die Kelsen`sche Idee der Fiktion der Lücke denken oder an die neutralen Symbole des Rechtsstaates denken, dann kommen wir allerdings zu dem umgekehrten Ergebnis, daß ästhetische Argumentationen gerade durch die Behauptung offener Semantik verbindliche Begründungen festlegen. Kelsen hatte argumentiert, daß die Fiktion der Lücke, wie sie etwa im Art.1 des Schweizer Zivilrechtes auftaucht, Freiheiten symbolisiert, um den Richter über einen Umkehrschluß besser an das Gesetz binden zu können. Die Vergleichbarkeit dieses juristischen Problems mit kunsttheoretischen Fragen läßt sich zum Beispiel

⁵¹⁵ Lüdeking, a.a.O., S. 67.

anhand der kunsthistorischen Behandlung des Werkes von René Magritte nachweisen. Zu seinem Werk merkt Karl Heinz Lüdeking an: *“Magritte träumte davon, den Abstand, den wir durch unsere semantischen Mittel zwischen uns und der Realität erzeugt haben, in einem spontanen Akt des inspirierten und unmittelbaren Denkens zu überfliegen.“* Am Beispiel des Bildes *„La trahison de images“* von 1927 läßt sich die Fiktion der Lücke verdeutlichen, die mit dieser Idee semantischer Grenzauflösung verbunden ist. Das angesprochene Bild zeigt die Darstellung einer Pfeife, unter der geschrieben steht, daß es sich nicht um eine Pfeife handele. Zu diesem Bild gibt es noch weitere Versionen, u.a. eine, auf der ein Apfel dargestellt ist, unter dem sich der Kommentar findet, daß es sich nicht um einen Apfel handele. Beide Bilder sollen nun nach der kunsthistorischen und kunsttheoretischen Literatur darauf hinweisen, daß Bezeichnungen niemals von den Dingen determiniert seien, sondern alleine auf Gewöhnung beruhen, also auf der normativen Kraft des Faktischen.⁵¹⁶ Die Werke sollen ein Denken in Analogien enthüllen. Entscheidend für den idealistischen Hintergrund des Fiktionalismus ist nun die Tatsache, daß diese Bilder mit dem Argument verbunden werden, daß sie die Möglichkeit vermittelten, *„die kategoriale Brille abzunehmen.“*⁵¹⁷ Auf dieser Grundlage gilt Magritte als *„der Künstler der Subversion des Zeichens.“*⁵¹⁸ Magritte demonstrierte das Kontingenzpotential und die Fiktionsmacht der Kunst und die freie Verschiebbarkeit der Zeichen, in dem er klarstellte, daß jedes beliebige Wort und jedes beliebige Bild jedes beliebige Ding repräsentieren könne.⁵¹⁹ Magrittes eigener Schluß lautete, daß die Kunst die Ausnahme sei, in der das Sein nicht durch Seiendes verdeckt sei. Die Haltlosigkeit der Zeichen sei ein Mysterium, daß über die Strategien des Künstlers ein inspiriertes Denken jenseits der verdeckenden Zeichen offenbare. So könne die Kunst aus dem Zugriff aller Denkweisen befreien. Das programmatische trugbildzersetzende Endziel der Fiktion laute: *„Jede Referenz ist verschwunden. Nirgendwo ist da eine Pfeife.“*⁵²⁰ Beinahe sämtliche Texte über Magritte verweisen darauf, daß die zugrundeliegende Argumentation einem späteren Text von Michel Foucault entspricht. Die

⁵¹⁶ *„Welche Bilder wir für die Dinge verwenden, das ergibt sich alleine aus unseren jeweiligen Sichtweisen und unseren Gewohnheiten, die Dinge darzustellen.(...) Seitdem hielt er unbeirrbar an der Überzeugung fest, daß die Art und Weise, wie wir die Dinge mit unseren verbalen und visuellen Zeichen darstellen, niemals von den Dingen selbst determiniert sein kann.“* Karlheinz Lüdeking, *Die Wörter und die Bilder und die Dinge*, in: René Magritte Ausstellungskatalog, Die Kunst der Konversation, München/ New York 1996, S. 58; ebenso: A.M. Hammacher, *René Magritte* Köln 1975, S. 26; Pia Müller Tamm, *Marcel Broodthaers*, Das Ensemble der Plastikschilder, in: René Magritte. Die Kunst der Konversation, a.a.O., S. 208.

⁵¹⁷ Lüdeking, a.a.O., S. 58.

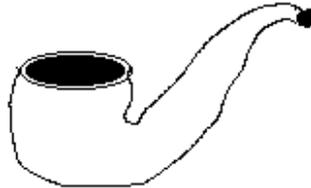
⁵¹⁸ Lüdeking, a.a.O., S. 59.

⁵¹⁹ Lüdeking, a.a.O., S. 60.

⁵²⁰ Lüdeking, a.a.O., S. 60.

magritt'sche Argumentation läßt sich in drei Zeitschritte gliedern, die jeweils durch Rahmenbildungen und Aufmerksamkeitswechsel getrennt sind, die Wahrnehmung der gemalten Pfeife (Takt 1), die Wahrnehmung des ersten Kommentars (Takt 2) und die Erklärung durch eine sprachkritische Theorie (Takt 3):

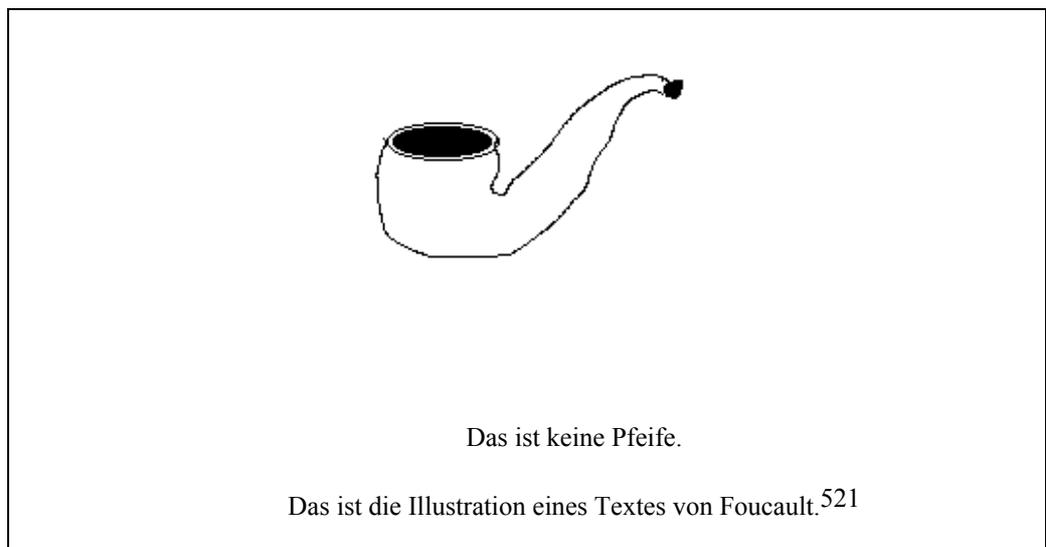
Takt Nr. 1



Takt Nr. 2



Takt Nr. 3



Zu welchem Zeitpunkt und auf welche Weise ist das Bild von Magritte nun eine Metapher des Kontrafaktischen, und wann ist es das Beispiel einer Als-Ob-Figur? Zum Takt 1 mag man ohne weiteres davon ausgehen, daß hier eine Pfeife dargestellt ist. Zum Zeitpunkt Takt 2 liegt hier eine Als-Ob-Figur vor, wie wir ihr auch im Falle des § 90 a BGB⁵²² begegnet waren. Die Subsumtion des gemalten Zeichens unter die Vorstellung der Pfeife gelingt zunächst (Takt Nr. 1.) Ein zweiter Subsumtionsversuch scheitert durch die sprachkritische Kommentierung (Takt 2). Gleichwohl kann die Contradiction hier nicht als ein Vorstoß in die Negation, das Unbestimmte, Vage oder Offene oder als ein Akt semantischer Freiheit gesehen werden. Auch wenn Zeichen und Bezeichnetes hier auseinanderfallen, schließen sich beide nach einem Verwirklichungstakt (Takt 3) wieder zusammen. In Takt 3 wird die kontradiktorische Zusammenstellung von Bild und Kommentar durch einen Hinweis auf die zeichenkritischen Schriften Foucaults erläutert. Takt 3 bildet deshalb eine Kontrafaktur, weil zu diesem Zeitpunkt dem Bild einerseits die subversive Semantik von Takt 2 zugeordnet wird, und andererseits durch die sprachkritischen Theorien eine verbindliche Erklärung erfolgt, die als unsichtbare Unterschrift mit der Unterschrift aus Takt 2 austauschbar ist. Durch den Hinweis auf die Sprachkritik des 20. Jahrhunderts wird klargestellt, daß es aus kritischen Gründen notwendig war, das Bild der Pfeife mit einem negativen Kommentar zu versehen. Es ist zwar nur eine Spekulation, allerdings hätte Magritte seine eigene Strategie wohl unverbindlich erscheinen lassen, wenn er noch einmal eine Pfeife gemalt hätte und darunter geschrieben hätte, daß es eine Pfeife sei und wenn er noch einen Apfel gemalt hätte und darunter geschrieben hätte, daß es sich um einen Apfel handele, und wenn er noch eine Pfeife gemalt hätte und darunter geschrieben hätte, daß es sich dabei nicht um einen Apfel handele, und wenn er noch einen Apfel gemalt hätte und darunter geschrieben hätte, daß dies keine Pfeife sei. Wer heute im Kunstbetrieb die Meinung äußert, das ganze Bild habe nichts mit Foucault und zeitgenössischer Sprachkritik zu tun, der wird sich nur schwer rechtfertigen können. Dies wird ihm allenfalls dadurch gelingen, daß er eine weitere Als-Ob-Figur einführt und fordert, das Bild solle so betrachtet werden, als ob es keine Illustration von Foucaults Text sei. Solange das nicht geschieht, bleiben wir bei der Kontrafaktur von Takt 3 stehen. Es handelt sich bei der Fiktion eben um eine Argumentationsform, die ebenso stringent eingesetzt werden muß, wie ein Dogma und daher schließt die Suche nach der Notwendigkeit von Formulierungen jede offene

⁵²¹ Vgl. zuletzt: *Michel Foucault, Ceci n'est pas une pipe*, München 1993.

⁵²² „Tiere sind keine Sachen. Auf sie sind die für Sachen geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist.“

und subversive Zeichenverschiebung aus. Der Einwand, der Text Foucaults befaße sich gerade mit diesem Problem und daher bestätige er Magrittes Strategie semantischer Subversion, geht fehl. Innerhalb der kunsttheoretischen Argumentation wandelt sich die Übereinstimmungen mit dem Text Foucaults zur Zuschreibbarkeit eines kulturellen Tatbestandsmerkmals und zu einem Geltungsmerkmal. Der Foucault'sche Text verdichtet sich zu einer Zuschreibungsform und damit zu einer Bedeutungseinheit. Diese Bedeutungseinheit spielt innerhalb ästhetischer Argumentationen die gleiche Rolle, wie sie im Alltagsverständnis eine Pfeife oder ein Apfel spielen. Wie man nach wie vor durstig über Landstraßen fährt und bei der Abbildung eines Apfels am Straßenrand anhält, um Äpfel zu kaufen, so geistert man durch den Kunstbetrieb, um bei der Erklärung eines Werkes durch eine Theorie von Foucault anzuhalten und darüber zu entscheiden, ob man das Werk bedeutsam findet, ob man das Museum unterstützen soll oder ob man nächstes mal lieber ins Kino geht. Daß den Bildern der Text von Foucault zuschreibbar ist, kann den Grund dafür liefern, sie in Ausstellungen zu zeigen, sie zu sammeln und ihnen eine Bedeutung als Kunstwerk zuzuweisen.⁵²³ Die Bedeutung des Bildes entsteht gerade dadurch, daß ihm diese Theorie stringent zuschreibbar ist. Weder die Fiktion, noch das Kontrafaktische meinen daher einen Fall von semantischer Freiheit. Der Vorstoß ins Mögliche ist jeweils durch den Beurteilungsspielraum der Anwendungssituation begrenzt. Offenheit und Entgrenzung ist ein Fall, der soweit reicht, wie die reale Selbstaussblendung reicht. Freiheit im Innenverhältnis ist nur möglich über Verbindlichkeit im Außenverhältnis. Diese Selbstaussblendung, die dadurch erzeugt wird, daß man unterstellt, daß wir *noch nicht* Takt 3 erreicht haben, ist das Faktische des Kontrafaktischen.

III. Zeichenkreuzungen

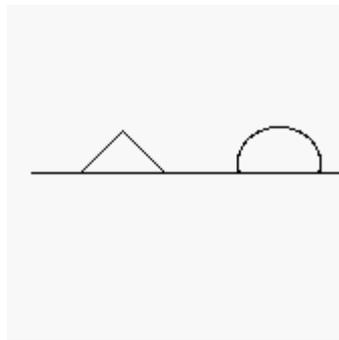
1. Latenter und manifester Gehalt

(1) Was ist der Inhalt von Takt 3, d.h. der semantischen Leerstelle, wenn wir die Fiktion der Lücke von spezifisch künstlerischen Argumentationen auf eine Kultur übertragen, innerhalb derer die Kunst nur eine Teilmenge möglicher Beschreibungsformen darstellt? Wenn die Fiktion der Lücke im

⁵²³ So z.B. in der Ausstellung „Rosebud“, München 1995.

Kunstbetrieb und das Ideal subversiver Semantik so plausibel aufrechterhalten bleiben kann, was ist dann noch nicht formuliert? Auf der Suche nach der Negation der Kunst muß man sich heute an Kreuzungen begeben, an denen ästhetische, juristische oder moralische Argumentationen zusammenlaufen und die Grundnorm der Kunst mit denen anderer Bedeutungsbereiche kollidiert. Nur so wird die Rückseite ästhetischer Urteile deutlich. Man muß die Kunst anhand außerkünstlerischer Kriterien messen, um zu zeigen, was eigentlich *noch nicht* formuliert ist und was die Erwartungshaltung an die Kunst bestimmt. So läßt sich der Beurteilungsspielraum der Kunst innerhalb einer Kultur abmessen, indem er überschritten wird.

(2) Als Beispiel der Kollision verschiedener Bedeutungsbereiche sei hier noch auf die Frage nach der Identität des Gegenstands zurückgegriffen, zu der Annibale Carracci ungefähr folgende Zeichnung angefertigt hat:



Für diese Zeichnung lassen sich, in Art einer nach oben und unten offenen Abstraktions- bzw. Einfühlungsskala, folgende Bezeichnungen finden:

1. *Ein Haufen von Molekülen.*
2. *Das sind Spuren schwarzen Pigments auf säurefrei gebleichtem Zellstoff.*
3. *Das ist ein Produkt, das in einem bestimmten Maße zur Umweltbelastung beiträgt.*
4. *Das ist ein unversichertes und brennbares Bündel Papier, das von meinen Händen festgehalten wird.*
5. *Das ist ein mehr oder weniger treffendes Beispiel im Rahmen einer wissenschaftlichen Arbeit.*
6. *Das ist eine geometrische Komposition, bestehend aus einem Dreieck, dem Teil eines Kreises und einer Linie.*
7. *Das ist der Sonnenuntergang in Gizeh.*

8. *Das ist ein behelmter Polizist neben einem Vorfahrtschild im Hochwasser.*

Annibale Carracis Antwort lautete:

9. *Das ist ein glatzköpfiger Maurer mit einer Kelle hinter einer Mauer.* ⁵²⁴

Und daher läßt sich die Aufzählung vorläufig abschließen mit der Zuschreibung:

10. *Das ist die Kopie einer Zeichnung (Original: Zeichnung von Annibale Carracci, nach: Malvasia, Carlo Cesare, Felsina Pittrice, Bologna 1678)*⁵²⁵

Der Symboltheoretiker Nelson Goodman unterscheidet bei Sprachen Exemplifikationen und Denotationen.⁵²⁶ Exemplifikationen sind Zuschreibungen, die eine manifeste Eigenschaft des Gegenstandes bezeichnen. Ein Stück Baumwolle exemplifiziert eine bestimmte Weiche oder Härte eines Stoffes. Denotationen sind symbolische Beziehungen. Das gleiche Stück Stoff kann zum Beispiel als Teil einer Uniform verschiedene Dienstgrade denotieren. Die Unterscheidung ist daher hier interessant, weil sie auf die Unterscheidung von Realität und Fiktion übertragbar scheint. Denotationen stehen dem Bereich der Fiktionen offen, während Exemplifikationen das nicht können. Ein weiches Stück Stoff kann kein Muster für ein hartes Stück Stoff sein, auch nicht über eine Als-Ob-Figur. Es kann aber auf die unterschiedlichen Dienstgrade oder auf verschiedene Staaten bezogen werden. Auf einen zweiten Blick ist der Bezug zwischen Denotation, Exemplifikationen, und Fiktionen jedoch nicht so einfach. Bei der oben abgebildeten Zeichnung wird nun deutlich, daß es schwierig ist, welche Zuschreibungen sich auf manifeste Eigenschaften, welche auf Dispositionsprädikate und welche auf Fiktionen beziehen. Man kann die Grenze der manifesten Eigenschaften irgendwo zwischen den ersten drei Antworten ziehen. Antworten 7-9 verweisen unzweifelhaft auf Denotationen. Ob sie auf Fiktionen oder auf Realitäten hinweisen, hängt von der Einübung ab. Es ist durchaus denkbar, daß ein solches Symbol als Verkehrsschild auf Hochwassergefahren hinweist. Im vorliegenden Fall verweisen Antworten 7-9 alleine deshalb auf Fiktionen, weil ihnen andere Zuschreibungen vorausgeschickt wurden, und wir Bedeutungsbereiche

⁵²⁴ So: Abbildung und Zuschreibung bei Rudolf Wittkower, *Die Interpretation visueller Symbole in der bildenden Kunst*, in: Kaemmerling (Hrsg.), *Bildende Kunst als Zeichensystem* Bd. 1, Ikonographie und Ikonologie, Köln 1994, S.235.

⁵²⁵ Vgl.: Wittkower, a.a.O., S. 235.

⁵²⁶ Vgl.: Goodman, *Sprachen der Kunst*, S.15 ff. Heiner Mühlmann behandelt diese Unterscheidung, bezogen auf Sprache, unter dem Begriff der doppelten Artikulation.

gekreuzt haben. Weiter fällt auf, daß ein Teil der Bezeichnungen sich gegenseitig ausschließt, während andere Zuschreibungen durchaus kompatibel sind. Die Antwort 1 bis 7 sind kompatibel, während die Antworten 7-9 nicht kompatibel sind, weil der Sonnenuntergang in Gizeh zwar von einem Stück Zellstoff und Druckerschwärze symbolisiert werden kann und zugleich im Rahmen einer wissenschaftlichen Arbeit als Beispiel dienen kann. Der Sonnenuntergang kann aber nicht durch einen Polizisten in den Wasserfluten symbolisiert werden, hier liegt eine Bedeutungskollision vor. Auf welcher Stufe der Zuschreibungen ich mich nun bewege und welchen Umfang meine persönliche Tiefenschärfe umfaßt, bildet immer einen größeren oder kleineren Rahmen. Wenn dies für mehrere Betrachter gilt, bilden sich Deutungsgemeinschaften. Je weiter die Tiefenschärfe, desto geringer die Gefahr der Bedeutungskollisionen. Bedeutungskollisionen weisen darauf hin, daß eine Seite ausgeblendet werden muß. Obschon einzelne Antworten kompatibel sind, werden jedoch immer nur einzelne Zuschreibungen aktualisiert. Man sieht in solchen Symbolen entweder Antwort 2 oder Antwort 7. Ich kann zwar umschalten, dazwischen liegt jedoch die ästhetische Sekunde des Aufmerksamkeitswechsels. Entscheidender als die Unterscheidung von manifesten Eigenschaften und notierten Eigenschaften ist daher, daß ich von allen Bezeichnungen zugunsten anderer Bezeichnungen absehen kann. Insofern ist es sinnvoller, auf der Grundlage der Unterscheidung normativer und deskriptiver Zuschreibungen zu argumentieren und so zu fragen, welche Zuschreibungen innerhalb einer Gemeinschaft zur Disposition stehen, und welche nicht. Ich kann zugunsten der Bezeichnung 5 sagen, daß die Bezeichnung 1 unsinnig ist. Ich kann auch gar nicht auf die Antworten 1, 2 oder 3 kommen. Ich kann sie, z.B. aus einer unterwürfigen Liebe zu Carracci heraus, schlichtweg übersehen. Sie bilden dann gleichwohl die unsichtbare Rückseite dessen, was ich in dem Bild sehe. Bei der Aktualität von Zuschreibungen ist nicht entscheidend, was fiktiv ist oder was nicht, sondern was thematisiert wird, und was ausgeblendet wird. Gegenüber einer aktuellen Zuschreibung ist es irrelevant, ob diese sich auf Exemplifikationen oder auf Denotationen bezieht, weil auch manifeste Eigenschaften zur Disposition stehen können. Bezieht man Zuschreibungen auf Argumentationen, stellt sich nur die Frage, wie man durch eine Zuschreibung die anderen ausschließen kann oder ob man weitere Bedeutungen ohne weiteres billigend in Kauf nimmt. Carraccis Antwort scheint einfach deshalb besonders plausibel und begründet, da er der Urheber der Zeichnung war. Der Begriff der Urheberschaft kann hier zur Grundlage behaupteter Notwendigkeiten gemacht werden und so alle weiteren Zuschreibungen ausschließen. Mit dem Maß der Überzeugung steigt das Maß des Übersehens kontrafaktischer Alternativen. Anhand des Selbstportraits von Ernst Mach und anhand des

Kreterparadoxons im Zusammenhang mit den erwarteten Enttäuschungen ließ sich zeigen, daß die Kunst, verstanden als gelungene Selbstdarstellung einer Kultur, auf Inversionen beruht. In der gelungenen Selbstdarstellung treten wir uns selbst in der Dritten Person gegenüber, und verhüllen so einen Teil unserer selbst, in dem wir ihn als die Erwartung der anderen, des „*bloßen Massepublikums*“ disqualifizieren. Bei dieser Verhüllung schließen wir auch eine Anzahl der möglichen Zuschreibungen und alternativen Deutungsmöglichkeiten aus. Das Gegenteil der Kunst ist eigentlich nicht die Antikunst oder die Gegenkunst, sondern diese Rückseite. Die Rückseite bildet die möglichen Zuschreibungen, die wir im Fall von Bedeutungskollisionen ausblenden, um uns prägnant selbst darzustellen. Die unangenehme Nebenwirkung, die dies hat, ist die, daß uns unsere eigene Kunst selbst plötzlich sehr fremd werden kann. Früher oder später wird uns nämlich die Dynamik des Aufmerksamkeitswechsel wieder auf diese Rückseite zwingen. Wenn nun jemand eine Entwicklungslinie von Otto Mühl und Hermann Nitsch zu Charles Manson und den Snuff-Videos zieht⁵²⁷, dann können wir uns nur dann auf unsere Empörung und Überraschung berufen, wenn wir diese Rückseite des Werkes vorher erfolgreich ausgeblendet haben. Für diesen Umstand möchte ich ein Beispiel geben: So fand im Herbst 1990 ein Prozeß in Ohio statt, in dem der Direktor des Museums für Gegenwartskunst wegen Pornographie durch eine Retrospektive für den Photographen Robert Mapplethorpe angeklagt wurde. Als Beweismittel wurde eine Photographie angeführt, auf der ein männlicher After abgebildet war, in den eine Faust eindringt. Eine der sachverständigen Kuratorinnen lobte dann im Verlauf des Prozesses, dieses Bild als die „*hohe Kunst einer extremen Zentralperspektive*“⁵²⁸ und kam auf dieser Grundlage zu dem Schluß, daß es sich nicht um Pornographie, sondern um Kunst handelt. Hier scheint die Kuratorin im Hinblick auf ihre Überzeugung von der Bedeutung der Kunst tatsächlich ein gewisses entscheidendes Detail übersehen zu haben, zumindest wurde es von ihr nicht weiter thematisiert. Begünstigt wird diese Übersehenfähigkeit natürlich durch die in dem Prozeß gestellte Frage, ob es sich um *entweder* Kunst *oder* Pornographie handele. Der Ausschließungseffekt ist auf der Ebene des *entweder/oder* besonders hoch, weil diese Frage den Bereich der möglichen Bedeutungskollisionen erweitert. Es scheint fast, als sei der Kunstbegriff insoweit von der Vorstellung beseelt: „*Stell Dir vor, es ist keine Kunst, und keiner guckt hin*“ und das er gerade so Bedeutungskollisionen hervorruft. Sobald eine solche Frage

⁵²⁷ So z.B.: Michel Houellebecq, *Elementarteilchen*, Köln 1999, S. 238 f.

⁵²⁸ Zitiert nach: Andreas Platthaus, *Etwas gibt's was jederzeit, alle Kritiker entzweit*, FAZ v. 16.10. 1996.

gestellt wird, ist eine Kultur gezwungen, sich, wie es der Kreter tat, selbst zu verleugnen und Subkulturen zu bilden. Der Streit um Bilder kommt jedoch ohne solche Grenzbegriffe, die eine Entscheidung verlangen, obschon gerade sie einen verbindlichen Begründungsabschluß garantieren sollen, nicht aus. Bei ästhetischen Argumentationen gilt hier nichts anderes als bei juristischen Argumentationen. Die Verteidigung dieser Grenzbegriffe führt früher oder später in den Bereich des *entweder/oder*.

2. Der Zwang zur Freundschaft⁵²⁹

(1) Im Rahmen der Legitimation und Durchsetzung ästhetischer Urteile gelangt man an die Kreuzungen verschiedener Sinnbereiche. Solche Kreuzungen finden wir z.B. zwischen ästhetischen und juristischen Argumentationen bei den Auswahlentscheidungen für Institutionen, Ausstellungen oder Messen. Wenn sich ein junger Künstler bei einer Akademie bewirbt, dann kann er zunächst allein ästhetisch durch die Vorlage seiner Mappe argumentieren. Mit ihr kann er den „*Nachweis künstlerischer Eignung führen*“. Dieser Nachweis künstlerischer Eignung ist nun allerdings sowohl ein ästhetischer Begriff, als auch ein juristischer Begriff, der das Tatbestandsmerkmal des § 36 Abs. 1 Satz 2 des Gesetzes über die Kunsthochschulen im Lande Nordrhein-Westfalen bildet. Unterstellen wir nun, daß die zuständige Kommission an der Akademie Düsseldorf den Bewerber ablehnt. Dann hat der junge Künstler nicht die Möglichkeit, weiter an seinen Bildern zu feilen, sondern er muß einen verwaltungsrechtlichen Widerspruch einlegen. Hier kreuzen sich dann plötzlich ästhetische und juristische Argumentationen. Soweit er ästhetisch argumentiert, kann die zuständige Kommission im Abhilfeverfahren sagen, sie lasse sich von dieser Argumentation überzeugen oder nicht. Wenn die Kommission ihrer Entscheidung nicht abhilft, kann der Bewerber nur noch die Kompetenz der Kommission selber angreifen. Er wechselt dann schließlich endgültig in den Bereich juristischer Argumentation. Das Verwaltungsrecht hat die *Lehre vom Beurteilungsspielraum* entwickelt, wonach die Entscheidungen der Kommission nur dahingehend überprüfbar sind, ob der Beurteilungsspielraum überschritten bzw. unterschritten oder fehlerhaft ausgeübt wurde oder nicht. Wenn das nicht der Fall ist, dann ist die Entscheidung der Kommission nicht judiziabel und impermeabel. Der Beurteilungsspielraum wird z. B. dann unterschritten, wenn die Kommission seine Mappe gar nicht betrachtet hat. Der Widerspruch des jungen Künstlers wird in der Regel letztlich aus juristischen, nicht

ästhetischen Gründen scheitern, weil die Gerichte ihre Beurteilung nicht an die Stelle der Beurteilung der Kommission stellen dürfen. Das entspricht dem Gedanken der Autonomie und Freiheit künstlerischer Entscheidungen. Ob sich die juristischen Gründe im Urteil auf die Sachverhaltsschilderung oder die Rechtsgründe beziehen, ist unerheblich. Hier wird nun deutlich, inwieweit Fiktionen eine begrenzte Autonomie sichern. Die juristische Absicherung künstlerischer Entscheidungen an den Akademien muß soweit ausgeblendet werden, soweit das Ideal der Autonomie aufrechterhalten werden soll. Der Einwand wird nun lauten, daß gerade die *Lehre vom Beurteilungsspielraum* die künstlerische Autonomie der Hochschulen sichere. Das tut sie aber nur solange man sich selbst innerhalb dieses Beurteilungsspielraumes bewegt. Sobald man diesen Spielraum verläßt, bewahren Staatsorgane, wie z.B. die Verwaltungsgerichte, den Kunstbetrieb, vor Revisionen. Abhängig davon, ob man sich innerhalb oder außerhalb des Beurteilungsspielraums bewegt, lassen sich die Argumentationen um die Autonomie der Kunst auch ohne weiteres umkehren. Inzwischen ist die Rechtsfrage aufgeworfen, ob Künstler einen Rechtsanspruch auf die Entfernung ihrer Bilder aus einer Ausstellung haben.⁵³⁰ Es ist dabei nur scheinbar eigenartig, daß dabei selbst Personen, die ansonsten für die Autonomie der Kunst plädieren, befürwortet haben, daß Gerichte in die Konzeptionen von Ausstellungen eingreifen: „*Der begrüßenswerte Weimarer Musterprozeß macht den Ostkünstlern ihre Rechtsmöglichkeiten bewußt und zwingt die Westveranstalter künftig zu mehr Respekt und Sensibilität, vor allem aber zur besseren Erforschung dieses durchaus einzigartigen, ja dem Westen gleichwertigen Kunstphänomens. Künftig wir man besonders vorsichtig mit politischen, ideologischen und moralischen Kunstterrains umgehen müssen.*“⁵³¹ Grundlage dieses Rechtsanspruches könnte nach den in der Literatur und der Rechtsprechung vertretenen Meinungen das Urheberrecht der Künstler i.V.m. mit der garantierten Kunstfreiheit sein. Selbstverständlich gehen die Befürworter solcher gerichtlicher Kontrollen von Ausstellungen davon aus, daß sich dies nur auf den unfreien Kunstbetrieb von „*Freibeutern*“ (Beaucamp) beziehen darf: „*Zur Blockierung des freien Ausstellungswesens darf das Urteil nicht führen.*“⁵³² Unter Umständen müssen daher manche Ausstellungen aufgrund der Autonomie der Kunst durch die Gerichte

⁵²⁹ Bazon Brock spricht in diesem Zusammenhang vom Loyalitätsnotstand

⁵³⁰ Vgl.: *Mut zur Lücke*, Eklat bei der Weimarer Kunstschau, FAZ v. 31.05.1999, S. 49; *Hanno Rautenberg, Kesselreiben in Weimar*. Aus Bilderstreit wir ein Bilderkampf: Wie eine Ausstellung den Ost-West Konflikt schürt, Die Zeit v. 27.5.1999, S. 49; *Ulrich Gerster, Schwierige Felder*. Die Moderne, die NS- und die DDR-Kunst in Weimar, NZZ v. 29./30. 5., S. 33.

⁵³¹ *Eduard Beaucamp, Der Prozeß*. Weimarer Kunstjustiz, FAZ v. 19 Juli 1999, S. 41. Vgl. dazu auch: *Eduard Beaucamp, Vogelfreie Maler*. Was darf ein Kurator?, FAZ v. 26.5.1999, S. 49.

⁵³² *Eduard Beaucamp, Der Prozeß*, a.a.O., S. 41.

geschlossen werden. In einer beinahe Orwell'schen Begriffsumkehrung kann die Zensur derjenigen, die die Bilder zeigen, zensiert werden, indem die Bilder nicht mehr gezeigt werden. Das ist nur für diejenigen möglich, die –wie Beaucamp- stillschweigend davon ausgehen, daß es immer die anderen sind, die durch Politik und Ideologie die Freiheit der Kunst einschränken. Die Autonomie der Kunst bildet einen Rahmen, innerhalb dessen die Grenzen des eigenen Beurteilungsspielraums nicht erkennbar sind. Bei den Kompetenzfragen des Kunstbetriebs lassen sich die Inversionen zwischen offensichtlicher Freiheit und undurchsichtigem Beurteilungsspielraum aufzeigen. Die Immunität des Autonomiegedankens liegt darin, daß es immer die anderen sind, die zensieren. Permeabilität und Impermeabilität ästhetischer Entscheidungen stehen in einem Inversionsverhältnis, in dem das eine jeweils sein Gegenteil verdeckt. Bilder sind solange angreifbar, solange sie nicht angreifbar sind und sie sind solange nicht angreifbar, solange sie angreifbar sind, je nach dem, ob wir juristisch argumentieren, oder ästhetisch. Die ästhetische *Impermeabilitätstheorie* argumentiert dazu mit dem entscheidenden Unterschied zwischen Privatheit und Öffentlichkeit des ästhetischen Urteils. So handelt es sich z.B. bei der *documenta* um eine öffentliche Kunstaustellung. Der überwiegende Teil der Ausstellung wird mit öffentlichen Mitteln finanziert. Die Rechtstheorie geht davon aus, die *documenta GmbH* sei, indiziert durch die Schirmherrschaft des Bundespräsidenten und die Herkunft des Stammkapitals, ein mit hoheitlichen Aufgaben beliehenes Unternehmen.⁵³³ Dazu zielt die *documenta* auch auf Seiten der kunstkritischen Rechtfertigungsrhetorik darauf ab, daß die Entscheidungen des künstlerischen Leiters nicht nur Privatcharakter haben, sondern daß die Ausstellung einen öffentlichen Geltungsanspruch hat.⁵³⁴ In der Entscheidungspraxis ist die *documenta* hingegen gerade darauf angewiesen, in der Rechtsform einer privaten GmbH aufzutreten, damit keine Einklagemöglichkeiten der Künstler oder Kontrollmöglichkeiten durch die Verwaltung bestehen. Aus den privatrechtlichen Verträgen der *documenta GmbH* mit ihren Künstlern sind eben nur die Vertragsparteien berechtigt und verpflichtet. Die *documenta GmbH* trifft im juristischen Sinne rein private Entscheidungen, die auf der Ebene der ästhetischen Argumentation gerade das Gegenteil von Privatismen ausdrücken sollen.⁵³⁵ Man kann diesen Fall nicht einfach als zufällige Übereinstimmung der Begriffe Öffentlichkeit und Privatheit im ästhetischen und juristischen Sinne abtun. Wenn man nun andererseits der *documenta GmbH* vorwirft, sie habe eine Monopolstellung und

⁵³³ Reinhardt Hörstel: *Fragen zur Kunstsubvention*. Dargestellt am Beispiel der *documenta GmbH*, Heidelberg/ Berlin 1961, zitiert nach: Harald Kimpel, *documenta. Mythos und Wirklichkeit*, Köln 1997, S. 180.

⁵³⁴ Vgl. dazu: Harald Kimpel, *documenta. Mythos und Wirklichkeit*, Köln 1997, S. 147 ff.

müsse sich an kartellrechtlichen Bestimmungen messen, so lautet das juristische Gegenargument, daß ein öffentliches Interesse kartellrechtliche Ausnahmen in der privatrechtlichen Praxis rechtfertige. Der Unterschied von Privatheit und Öffentlichkeit entspricht dem von Impermeabilität und Permeabilität, je nach dem, ob man den Sachverhalt von der juristischen oder von der kunstkritischen Warte aus betrachtet. Es ist daher recht typisch, daß die Auseinandersetzung um die Kompetenzfragen der *documenta* mit dem Hinweis auf eine unausgesprochene kontrafaktische Alternative beendet wird und das die folgende Frage gestellt wird, damit sie nicht beantwortet wird: „*Wohin kämen wir, wenn jede von der öffentlichen Hand oder mit ihrer Unterstützung betriebene Förderung geistigen und künstlerischen Schaffens vor den Kadi gezerrt werden könnte?*“⁵³⁶ Wenn diese kontrafaktische Alternative auch unausgesprochen ist, so ist sie doch nicht unbestimmt. Ihre Bestimmtheit wird dann erkennbar, wenn man den Streit um die Bilder weiter verschärft. In diesem Sinne will ich hier auf ein Argument aus dem Bilderstreit der 50`er Jahre zurückgreifen und die Auswahl der *documenta* mit folgendem Vorwurf angreifen: „*Die moderne Kunst ist kommunistisch, weil sie verzerrt und häßlich ist, weil sie unser schönes Land, unsere humorvollen und freundlichen Menschen und unseren materiellen Fortschritt nicht verherrlicht.(...) Sie ist deshalb gegen unsere Regierung gerichtet und diejenigen, die eine solche Kunst schaffen oder fördern, sind unsere Feinde.*“⁵³⁷ Die Stellungnahme ist eine recht typische Kontrafaktur zu kommunistischen Stellungnahmen zur gleichen Zeit, die die abstrakte Malerei als „*kosmopolitisch*“ verunglimpfte. Gerade weil die Abstraktion als Weltsprache intendiert war, entwickelte der Kampf um sie ein besonderes Inversionspotential. Wenn man nun die Abstraktion als Formsprache verteidigen will und beteuert, daß die Abstrakten nicht unsere Feinde waren, so wird man gleichwohl nicht umhin können, zu sagen, daß der hier zitierte Dondera kein Freund freier abstrakter Malerei war. Man gerät bei der Auflösung der Inversionen daher früher oder später in die Fallstricke der Unterscheidung von *Freund* und *Feind* und in einen Zwang zur Freundschaft. Diese Freundschaft ist der andere Begriff für den Beurteilungsspielraum, innerhalb dessen Formulierungen noch zur Disposition stehen und der durch die Vorderseite der Bedeutungsträger abgebildet wird. Die *Philosophie des Als-Ob und der Rückgriff auf die Rückseiten der Träger* funktioniert daher solange und soweit sich die Frage nach der Freundschaft noch nicht

⁵³⁵ „Du sollst dir keinen privaten Bilder machen“

⁵³⁶ Hans Mangold, *Leserbrief*, in: Von Atelier zu Atelier 1962, S. 32 ff; Das gleiche Argument taucht auf bei Jürgen Beckelmann, *Fragen zu Kunstsubvention*, . Ein Jurist über die Ausstellungs-Politik der Documenta GmbH, in: Fränkische Nachrichten v. 20.11.1961, beides zitiert nach: Harald Kimpel, a.a.O., S. 180.

⁵³⁷ George A. Dondero, zitiert nach Dario Gamboni, *Zerstörte Kunst. Bildersturm und Vandalismus im 20. Jahrhundert*, Köln 1998, S. 150.

stellt. Sie stellt sich allerdings nur dann nicht, solange die Feinde klar zu erkennen sind. Bezogen auf Kulturkämpfe ist dies die Nähe der *Philosophie des Als-Ob* zur *Philosophie des Noch-Nicht*. Innerhalb kultureller Selbstdarstellungen funktioniert die *Philosophie des Als-Ob*, solange noch nicht Freundschaften auf die Probe gestellt werden. Das Zitat Donderos stammt zwar aus den 50'ger Jahren und insoweit mag man an der Rückführung konstruktivistischer Motive auf die Unterscheidung von Freund und Feind, die hier allerdings nicht im Sinne Schmittscher Überhöhung gebraucht wird, Zweifel äußern, und sich damit zufrieden geben, daß eine solche Argumentation heute *nicht mehr* gültig wäre. Man kann diesem Zwang zur Freundschaft allerdings auch bei aktuellen Entscheidungen begegnen. Insoweit will ich hier auf ein weiteres modellhaftes Beispiel zurückgreifen: Im Jahre 1998 verlieh der Verlag Lindlinger und Schmidt, der die *Kunstzeitung* herausgibt, einen Preis an den österreichischen Künstler Hermann Nitsch.⁵³⁸ Folgende Gründe führte die *Kunstzeitung* an: Zum einen verwies die Zeitung auf eine Aktion des Künstlers im Sommer des Jahres 1998. Dazu bildet sie eine Photographie ab, auf der der Künstler in die Kamera blickt, während auf der linken Bildseite im Hintergrund eine Gruppe von weiß gekleideten Personen damit beschäftigt ist, einen bekleideten Mann und eine nackte Frau zu kreuzigen. Über der Frau waren die beiden Hinterläufe eines Tieres angebracht und teilweise waren die weißen Kleidungen der Personen mit dunkler Flüssigkeit, vermutlich Blut, getränkt. Die *Kunstzeitung* schilderte nicht direkt, auf welcher Entscheidungsgrundlage Nitsch den Preis bekam. Als weitere Erläuterung präsentierte die *Kunstzeitung* statt dessen unter dem Titel „*Wo der Spaß aufhört*“ auf einer weiteren Seite eine Verteidigung Nitschs. In dieser Verteidigung listete sie zunächst als *"harmlos, nicht überraschend, abgleitend"* Kritiken auf, die die Orgien Nitschs als pervers oder als Werk eines Geisteskranken qualifizierten. Dazu bildete die Zeitung Leserbriefausschnitte ab, in denen die Begriffe *"Pervers, widerliche Praktiken, begeistert"*, wie mit Filzstift umrandet, herausgehoben waren. Die Kritiken wurden abgedruckt, um ein unzuständiges Publikum zu disqualifizieren. Der Kommentator schrieb schließlich, diese Kritiken könnten ihn nicht beunruhigen, aber er reagiere „*hellwach*“, wenn Kritiker schrieben, es sei angebracht, *"die Freiheit der Kunst endlich zu beschränken."* Der Autor dieses Kommentars stellte weiter die rhetorische Frage: *"Die Freiheit der Kunst beschränken - wurde mit solchen Methoden nicht ein Stück deutscher Geschichte eingeleitet, die wir noch lange nicht bewältigt haben?"* Bei dieser Begründung fällt auf, daß inhaltlich zu dem Werk Nitschs keine Stellung bezogen

⁵³⁸ Karl Heinz Schmidt, Pipilotti und Hermann, *Kunstzeitung* Nr. 27, November 1998, S. 1; ders., *Wo der Spaß aufhört*, ebd., S. 3.

wird, sondern daß gegenüber seinen Kritikern nach einer längeren Schilderung derer Einwände mit einer rhetorischen Frage nur der Vorwurf des Faschismus gemacht wird. Tatsächlich wird auch dem Künstler Nitsch der Vorwurf des „*Kryptofaschismus*“ gemacht. Bei dem Austausch der Argumente handelt es sich abermals insgesamt um den Fall einer Kontrafaktur, weil jede Seite die Gegenseite braucht, um ihr eigenes Verhalten zu begründen. Die Verleihung des Preises durch die *Kunstzeitung* kann sowohl mit dem Begriff Antifaschismus als auch mit dem Begriff Kryptofaschismus betitelt werden. Daß keine weiteren inhaltlichen Gründe angeführt werden, mag daran liegen, daß die Verleihung des Preises nur im Innenverhältnis des Kunstrahmens adressiert ist, und daß es den Adressaten der Zeitschrift evident erscheint, daß der Künstler Nitsch einen Preis erhält. Letztlich ist es aber das Außenverhältnis gegenüber einem disqualifizierten Publikum, das als Begründung im Innenverhältnis dient. Der Rückgriff auf die Katastrophe, in der die eigene Kultur geboren wurde, und auf die eigene Bedeutungstaupe wird auch hier genutzt, um Freundschaft zu erzwingen, und die Austauschmöglichkeit der Argumente begrenzend zu stabilisieren. Durch die Rückführung des ästhetischen Minus des Kunstbegriffes auf die Katastrophe des Faschismus gibt es nur noch folgende Entscheidungsmöglichkeit: „*Wenn Du nicht für uns bist, dann bist Du gegen uns.*“ Das Dilemma des Faschismusvorwurfs liegt darin, daß der Begriff schon lange nicht mehr zur Beschreibung der eigenen Kultur verwendet wird, sondern zur Beschreibung fremder Kulturen. Wird er in den Zusammenhang mit dem Kunstbegriff gerückt, so bilden sich eben solche Grenzbegriffe, wie im Fall der *nominatio dei* des Grundgesetzes. In diesem Bereich laufen letztlich die möglichen juristischen und ästhetischen Begründungsabschlüsse zusammen. Die Souveränität des Kunstbegriffes erweist sich vor allem dann, wenn ästhetische Argumentationen auf den Ausnahmezustand der Bedeutungstaupe einer Kultur zurückgeführt werden können. Wir können allerdings dann den Kunstbegriff nicht mehr als bloßen Platzhalter unbestimmter und freier Vorstellungen über die Kunst verstehen. Der Kunstbegriff ist in diesem Sinne kein unbestimmter Kontaktbegriff, wie die Formel von Treu und Glauben. Bei dem Begriff handelt es sich um eine Kontrafaktur, um ein polares Symbol, das durch den Zwang zur Freundschaft den eigenen Beurteilungsspielraum eröffnet und begrenzt.⁵³⁹

(2) Die Untersuchung über zwei Argumentationsformen begann mit der Bemerkung, daß Kulturen Begründungsgemeinschaften sind. Sie visierte allerdings nur die Revision ihres eigenen Ausgangspunktes an. Insofern soll noch einmal die Frage gestellt werden, ob Kulturen tatsächlich

⁵³⁹ Vgl. insoweit zur analogen Horizont-Metapher: Hans Blumenberg, *Matthäus-Passion*, Frankfurt a.M. 1991, S. 7 ff.

Begründungsgemeinschaften sind. Der Begriff erweckt den Eindruck, daß die Verbindlichkeit der Kultur darin liegt, Entscheidungen auf bestimmte Tatbestandsmerkmale zurückführen zu können und so zu steuern. Sowohl die Unverbindlichkeit juristischer Argumentationen als auch die Verbindlichkeit ästhetischer Kontingenz lassen den Schluß zu, daß der Erfolg von Begründungen nicht darin liegt, Verbindlichkeiten zu sichern, idem sie Entscheidungen steuern. Erst die Korrelation von Regel und Fiktion bindet Ungewißheiten. Kulturen haben einen semantisch vagen und emotional eindeutigen Bezug zu ihren Namen und sie benötigen diese Differenz, um Vertrauen mit Regeln und der Ungewißheit ihrer Anwendung zu erzeugen. Gerade der Rückgriff auf Begründungsabschlüsse verlangt eine Entscheidung, die durch die Bedeutungsträger nicht vorgegeben ist. Der Erfolg von Begründungen liegt gerade darin, zu verschleiern, daß Kulturen keine Begründungsgemeinschaften, sondern Freundschaften sind. Die Argumentationsform der Fiktion bildet semantische Dispositionsbefugnisse im Innenverhältnis einer Kultur, um die Verbindlichkeit im Außenverhältnis zu verschleiern. Das können wir daran erkennen, daß begründungsabschließende Fiktionen früher oder später in Kontrafakturen umschlagen. So entsteht aus der Enttäuschung der Fiktion eine neue Täuschung, wenn sich die semantischen Grenzen wieder schließen. Wir stehen daher unter dem Zwang, unsere Selbstbeobachtung immer wieder dadurch zu aktualisieren, daß wir unsere Erwartung im Hinblick auf ihre mögliche Enttäuschung orientieren. Als Orientierungshilfe mag dann nur noch das Bewußtsein dienen, daß sich die Form unserer Selbstdarstellung aus dem ergibt, was wir nicht zeigen.

Literaturverzeichnis

Die Jahresangaben beziehen sich auf die benutzte Auflage, nicht auf das Jahr der Ersterscheinung.

- *Achterberg*; Evidenz als Rechtsbegriff, DÖV 1963. 331 ff.
- *Adorno, T. W.*; Ästhetische Theorie, Frankfurt a.M. 1993.
- *Albrecht, E.*; Rezension über Mauerbrechers Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts, Nachdruck Darmstadt 1962.
- *Apollinaire, Guillaume*; Die Maler des Kubismus, Frankfurt a.M. 1989.
- *Arnim, H.v.*; Die Verfassung hinter der Verfassung, in: Zeitschrift für Rechtspolitik 1999, S. 326 ff.
- *Asmus, S.*; Ästhetische Systeme. Ein adaptives Hypermedia-Interface zum Crossover von nicht normativer Ästhetik nach Bazon Brock und neuerer Systemtheorie nach Niklas Luhmann, <http://www.brock.uni-wuppertal.de/vademecum/> v. 30.11.1999.
- *Assheuer, Thomas*; Das Zarathustra-Projekt, www.archiv.zeit.de/daten/pages

- *Baer, U.*; Viehwagen mit Zuschauer, FAZ v. 11.5.1999, S. 62.
- *Barolsky, P.*; Warum lächelt Mona Lisa? Vasaris Erfindungen, Berlin 1996.
- *Barron, S.*; (Hrsg.), Entartete Kunst, Das Schicksal der Avantgarde im Nazi-Deutschland, München 1992
- *Bateson, G.*; Ökologie des Geistes, Anthropologische, psychologische, biologische und epistemologische Perspektiven, Frankfurt a.M. 1990.
- *Bätschmann, O.*; Ausstellungskünstler. Kult und Karriere im modernen Kunstsystem, Köln 1997.
- *Beaucamp, E.*; Der Prozeß, FAZ v. 19.6.1999, S. 41.
- *Beaucamp, E.*; Vogelfreie Maler, FAZ v. 26.5.1999, S.49.
- *Beckelmann, Jürgen*; Fragen zu Kunstsubvention. Ein Jurist über die Ausstellungs-Politik der Documenta GmbH, in: Fränkische Nachrichten v. 20.11.1961.
- *Belting, H.*; Das unsichtbare Meisterwerk. Die modernen Mythen der Kunst, München 1998.
- *Bentham, J.*; Works, Vol. I, London 1843.
- *Berger/Luckmann (Hrsg.)*, Die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit, Frankfurt a.M. 1969.
- Bibel, übersetzt von Konstantin Rösch, Paderborn 1947.
- *Blumenberg, H.*; Matthäuspassion, Frankfurt a.M. 1991.
- *Bock, M.*; Die Eigendynamik der Verrechtlichung in der modernen Gesellschaft, in: Ernst-Joachim Lampe (Hrsg.), Zur Entwicklung von Rechtsbewußtsein, Frankfurt a.M. 1997.
- *Bollenbeck, G.*; Tradition-Avantgarde-Reaktion. Deutsche Kontroversen um die kulturelle Moderne, Frankfurt a.M. 1999
- *Brändel, F.*; Einleitung, in: J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und Einführungsgesetze, Bd. I: Allgemeiner Teil, 10. Auflage, München/Berlin/Leipzig 1936.
- *Brock, B.*; Ästhetik als Vermittlung, Köln 1977.
- *Brock, B.*; Ästhetik gegen erzwungene Unmittelbarkeit, Köln 1986.
- *Broekman, J.*; Darstellung als Theorie, Rechtstheorie Beiheft 5 (1984), S. 15 ff.

- *Brüderlin, M.*; Or-namen-t, Die Namen des Ortes, in: Ausstellungskatalog Walter Obholzer, Salzburg 1990.
- *Bruhn, W.*; Das Cartesianische im Als-Ob, in: August Seidel, Die Philosophie des Als-Ob und das Leben, FS für Hans Vaihinger, Neudruck Berlin 1986.
- *Brunner, H.*; Land und Herrschaft, Darmstadt 1984.
- *Burg, P.*; Die Funktion kontrafaktischer Urteile am Beispiel der Bauernkriegsforschung, in: Geschichte in Wissenschaft und Unterricht 34 (1983).

- *Canaris, C.W.*; Konsens und Verfahren als Grundelemente der Rechtsordnung-Gedanken vor dem Hintergrund der Eumeniden des Aischylos, JuS 1996.
- *Canaris, C.W.*; AcP 184, S. 201 ff.
- *Cassirer, E.*; Erkenntnistheorie nebst Grundfragen der Logik (1913), in: Erkenntnis, Begriff und Kultur, Hamburg 1993.
- *Coing, H.*; Einleitung zum BGB, in: J.v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und Einführungsgesetze, Berlin 1995.
- *Coing, H.*; Über einen Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 41(1954/55).
- *Crämer, S.*; Zentralperspektive, Kalkül, Virtuelle Realität, in: Vattimo/Welsch (Hrsg.), Medien-Welten Wirklichkeiten, München 1998, S. 31 ff.

- *Dahlheimer, M.*; Carl Schmitt und der deutsche Katholizismus 1888-1936, Paderborn 1998.
- *Degenhardt, C.*; Staatsrecht, Bd. I, Staatszielbestimmungen, Staatsorgane, Staatsfunktionen, Heidelberg 1993.
- *Derrida, J.*; Limited Inc., Paris 1990.
- *Diesselhorst, M.*; Die Natur der Sache als außergesetzliche Rechtsquelle verfolgt an der Rechtsprechung zur Saldotheorie, Tübingen 1970.
- *Dörner, D.*; Die Logik des Mißlingens, Strategisches Denken in komplexen Situationen, Reinbeck 1989.
- *Dreier, R.*; Recht- Moral- Ideologie. Studien zur Rechtstheorie, Frankfurt a.M. 1981.

- *Ellscheid, G.*; Naturrecht und Gesetzespositivismus, in: A.Kaufmann/W. Hassemer (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, Heidelberg 1994, S. 179 ff.
- *Emge, C. A.*; Normatives Rechtsdenken und Lebenswirklichkeit, Wiesbaden 1956.
- *Engisch, K.*; Logische Studien zur Gesetzesanwendung, Heidelberg 1960.
- *Ennuschat, J.*; Gott und Grundgesetz, NJW 1998, S. 953 ff.
- *Esser, J.*; Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen, Berlin 1969.

- *Falke, G.*; Er ist so froh und aufgedreht, in: FAZ v. 7.10.1990.
- *FAZ* v.14. 7. 1998, S. 2.
- *FAZ*, v. 8. 4. 1998, S. 41.
- *FAZ*, v. 20.10.1999; Fotos der Wehrmachtsausstellung falsch zugeordnet; S. 1 f.

- *FAZ*, v.21.10.1999; *Kampf um die Wehrmacht, Gespräch mit Brigadegeneral Winfried Vogel*; S. 51.
- *Fehr M.*; (Hrsg.) Imitationen. Das Museum als Ort des Als-Ob, Köln 1990.
- *Fischer, K.*; Die kommunale Verpackungssteuer und die Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung, JuS 1998, S. 1096 ff.
- *Flasch, K.*; Die Suche nach Gewißheit, in: FAZ, v. 17.5.1997, S. 31.

- *Foerster, H.v.* Wir sehen nicht, daß wir nicht sehen, <http://ftp.heise.de/tp/deutsch/special/robo/6240/1.html> v. 21.03.1999.
- *Forst, R.*; Das grundlegende Recht auf Rechtfertigung. Zu einer konstruktivistischen Konzeption von Menschenrechten, in: Brunhorst u.a.(Hrsg.), *Recht auf Menschenrechte*, Frankfurt a.M. 1999.
- *Fuhrmann, M.*; Die Fiktion im römischen Recht, in: Henrich/Iser (Hrsg.); *Funktionen des Fiktiven*, München 1983.

- *Gagnér, S.*; *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, Uppsala 1960.
- *Galtung, J.*; *Expectation an Interaction Processes*, *Inquiry* 2 (1959).
- *Gamboni, D.*; *Zerstörte Kunst. Bildersturm und Vandalismus im 20. Jahrhundert*, Köln 1998.
- *Ganslandt, R.*; „...ärger, als daß ein Schaf Löwen gebären sollte“-Regel und Regelüberwindung bei Herder, in: Mann/Gerlach (Hrsg.), *Regel und Ausnahme*, Aachen-Leipzig-Paris 1995.
- *Gast, W.*; *Juristische Rhetorik*, Heidelberg 1988.
- *Geier, M.*; *Das Sprachspiel der Philosophen. Von Parmenides bis Wittgenstein*, Reinbeck 1989.
- *Geißlinger, H.*; *Imagination der Wirklichkeit. Experimente zum radikalen Konstruktivismus*, Frankfurt a.M. 1992.
- *Geyer, D.*; Der Verlegene. Dem Rechtsphilosophen Norberto Bobbio zum Neunzigsten, in: *FAZ*, v.18.10.1999; S. 51.
- *Gerhardus, D.*; Aber ist es auch in derselben Weise traurig, in der es grau ist? in: *DtschZPhilos* 43 (1995), S. 736 ff.
- *Glaserfeldt, E.v.*; Die Wurzeln des Radikalen am Konstruktivismus, in: Fischer (Hrsg.), *Die Wirklichkeit des Konstruktivismus. Zur Auseinandersetzung um ein neues Paradigma*, Heidelberg 1995.
- *Gmelin, H.*; Das Prinzip der Imitatio in den romanischen Literaturen der Renaissance, in: *Romanische Forschung* 46 (1932).
- *Goerlich, H.*; Neutralität und Distanz im Lehrberuf - zum Kopftuch und anderen religiösen Symbolen, *NJW* 1999, S. 2929 ff.
- *Goffman, E.*; *Rahmen-Analyse. Ein Versuch über die Organisation von Alltagserfahrung*, Frankfurt a.M. 1993.
- *Gombrich, E.H.*; *Aby Warburg. Eine intellektuelle Biographie*, Hamburg 1992.
- *Goodman, N./Catherin Z. Elgin*; *Revisionen. Philosophie und andere Künste und Wissenschaften*, Frankfurt a.M. 1993.
- *Goodman, N.*; *Sprachen der Kunst*, Frankfurt a.M. 1995.
- *Goodman, N.*; *Weisen der Welterzeugung*, Frankfurt a.M. 1995.
- *Goodmann, N.*; *Tatsache, Fiktion und Voraussage*, Frankfurt a.M. 1995.
- *Greenberg, C.*; *Avantgarde und Kitsch*, in: Lüdeking(Hrsg.): *Die Essenz der Moderne. Ausgewählte Essays und Kritiken von Clement Greenberg*, Amsterdam und Dresden 1997, S. 30 ff.
- *Grimmer, K.*; *Die Rechtsfigur einer "Normativität des Faktischen". Eine Untersuchung zum Verhältnis von Norm und Faktum und zur Funktion der Rechtsgestaltungsorgane*, Berlin 1971.
- *Grotius, H.*; *Vom Recht des Krieges und des Friedens (De jure belli ac paci)*, Tübingen 1950.
- *Groys, B.*; *Über das Neue. Versuch einer Kulturökonomie*, München 1992.
- *Gumbrecht, H.-U.*; *Wie fiktional war der höfische Roman?* in: Henrich/Iser, *Funktionen des Fiktiven*, München 1983, S. 433 ff.

- *Habermas, J.*; Vorbereitende Bemerkung zu einer Theorie der kommunikativen Kompetenz; in: Habermas/ Luhmann (Hrsg.), Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie, Frankfurt a.M. 1971.
- *Habermas, J.*; Bestialität und Humanität, Die Zeit Nr. 18 v. 29. April 1999.
- *Habermas, J.*; Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates, Frankfurt a.M. 1997.
- *Hammacher, A.M.*; Rene Magritte Köln 1975.
- *Hare, R.M.*; The Language of Morals, Oxford 1952.
- *Hart, H.*; Der Begriff des Rechts, Frankfurt a.M. 1973.
- *Haskell, F.*; Die schwere Geburt des Kunstbuches, Berlin 1993.
- *Hassemer, W.*; Juristische Hermeneutik, in: ARSP 72 (1986).
- *Hassemer, W.*; Tatbestand und Typus, Köln 1968.
- *Haverkate, G.*; Gewißheitsverluste im juristischen Denken. Zur politischen Funktion der juristischen Methode, Berlin 1977.
- *Hebeisen, M.*; Souveränität in Frage gestellt. Die Souveränitätslehren von Hans Kelsen, Carl Schmitt und Hermann Heller im Vergleich, Baden-Baden 1995.
- *Hegel, G.W.F.*; Grundlinien der Philosophie des Rechts, Hamburg 1995.
- *Hegel, G.W.F.*; Vorlesung über die Ästhetik, Stuttgart 1971.
- *Heimann-Störmer, U.*; Kontrafaktische Urteile in der Geschichtsschreibung. Eine Fallstudie zur Historiographie des Bismarck-Reiches, Frankfurt a.M. 1991.
- *Henrich, D.*; Kunst und Natur in der idealistischen Ästhetik, in: Hans Robert Jauß (Hrsg.), Nachahmung und Illusion, München 1979, S. 128.
- *Henrich, D.*; Theorieformen moderner Kunsttheorien, in: Henrich/Iser (Hrsg.), Theorien der Kunst, Frankfurt a. M. 1982.
- *Hofmann, H.*; Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts, Neuwied-Berlin 1964.
- *Hofstaedter, D.*; Metamagicum. Fragen nach der Essenz von Geist und Struktur, Stuttgart 1992.
- *Hofstaedter, D.*; Gödel, Escher Bach. Ein endlos geflochtenes Band, Stuttgart 1986.
- *Hörstel, R.*; Fragen zur Kunstsubvention. Dargestellt am Beispiel der documenta GmbH, Heidelberg/Berlin 1961.
- *Hossenfelder, M.*; Realität als Utopie. Zum pragmatischen Wirklichkeitsbegriff, in: Pochat/Wagner (Hrsg.), Utopie. Gesellschaftsformen, Künstlerträume, Graz 1996.
- *Hruschka*; Die Konkurrenz von Goldener Regel und Prinzip der Verallgemeinerung in der juristischen Disziplin des 17./18. Jahrhunderts als geschichtliche Wurzel von Kants kategorischem Imperativ, JZ 1987, S. 941 ff.
- *Hubig, C.*; Kunst als Anwalt heuristischer Vernunft. Über die Möglichkeit der Kunst und die Kunst des Möglichen. in: Koppe (Hrsg.), Perspektiven der Kunstphilosophie, Frankfurt a.M. 1993, S. 133-146.

- *Iser, W.*; Akte des Fingierens, Was ist das Fiktive im fiktionalen Text? in: Henrich/Iser (Hrsg.), Funktionen des Fiktiven, München 1983.
- *Iser, W.*; Die Doppelungsstruktur des literarisch Fiktiven; in: Henrich/Iser (Hrsg.), Funktionen des Fiktiven, München 1983.
- *Israeli, I. d.*; Of a history of events which have not happened, in: Curiosities of Literatur, Paris 1835.

- *Jachmann, M.*; Die Fiktion im öffentlichen Recht, Berlin 1998.
- *Jaeger, F.*; Le problème de la souveraineté dans la doctrine de Kelsen, Freiburg 1932.
- *James, P.*; Introduction to English law, London 1962.

- *James, W.*; Die Wahrnehmung der Wirklichkeit (1869), in: Principles of Psychology, New York 1959.
- *James, W.*; The Varieties of Religious Experience, London 1902, Nachdruck Cambridge 1985.
- *Jarass/Pieroth*; Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, München 1995.
- *Jauß, H.-R.*; Das Vollkommene als Faszinosum des Imaginären; in: Henrich/Iser (Hrsg.), Funktionen des Fiktiven, München 1983.
- *Jauß, H.-R.*; Zur historischen Genese der Scheidung von Fiktion und Realität, in: Henrich/ Iser(Hrsg.), Funktionen des Fiktiven, München 1983.
- *Jellinek, G.*; Allgemeine Staatslehre, Reprint der 3. Auflage, Bad Homburg 1960.
- *Jellinek, G.*; Verfassungsänderung und Verfassungswandel, Nachdruck der 1. Auflage, Goldbach 1996.
- *Jellinek, G.*; Zur Politik des Absolutismus und die des Radikalismus(Hobbes und Rousseau), in: Ausgewählte Reden und Schriften Bd. II; Neudruck der Ausgabe Berlin 1911.
- *Joerden*; ArSP 74 (1988), S. 312.
- *Jorgensen, S.*; Grundnorm und Paradox, in: Krawietz/Schelsky (Hrsg.), Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen, Rechtstheorie Beiheft 5 (1984).

- *Kant, I.*; Werkausgabe in 12. Bänden, Bd. III: Die Kritik der reinen Vernunft, Hrsg. v. Wilhelm Weischedel, Frankfurt a.M. 1995.
- *Kaufmann, A.*; Analogie und Natur der Sache. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus, Heidelberg 1982.
- *Kaulbach, F.*; Anschauung, in: Joachim Ritter (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, Darmstadt 1972.
- *Kelsen, H.*; Allgemeine Theorie der Normen, Wien 1979.
- *Kelsen, H.*; Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, Aalen 1960.
- *Kelsen, H.*; Die Funktion der Verfassung, WRS II (1968).
- *Kelsen, H.*; Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Charlottenburg 1928.
- *Kelsen, H.*; Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz, Aalen 1960.
- *Kelsen, H.*; Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung, AÖR 32 (1914).
- *Kelsen, H.*; Reine Rechtslehre, Nachdruck der 1. Auflage 1934, Aalen 1985.
- *Kelsen, H.*; Reine Rechtslehre, Nachdruck der 2. Auflage von 1960, Wien 1967
- *Kelsen, H.*; Zur Theorie der juristischen Fiktionen. In: Annalen der Philosophie, Bd. I (1919), S. 630.
- *Kemmerling, A.*; Regel und Geltung im Lichte der Analyse Wittgensteins, in: Rechtstheorie 6 (1975).
- *Kemp, W.*; Verstehen von Kunst im Zeitalter ihrer Institutionalisierung, in: Bild der Ausstellung, Berlin 1993, S. 54-60.
- *Kerckhove, D. de*, Brauchen wir in einer Wirklichkeit wie der unseren noch die Fiktion? : in: Vattimo/Welsch (Hrsg.), Medien-Welten, Wirklichkeiten, München 1998, S. 187-200.
- *Kern, F.*; Recht und Verfassung im Mittelalter, Darmstadt 1952.
- *Kiehn, A.*, Der Judith-Stoff in der Malerei des 16. und 17. Jahrhunderts, Diss. Univ. Cottbus 1999.

- *Kiesow, R. M.*; Das Naturgesetz des Rechts, Frankfurt a.M. 1997.
- *Kimpel, H.*; documenta. Mythos und Wirklichkeit, Köln 1997.
- *Klauer K./Migulla*, Spontanes kontrafaktisches Denken, in: Zeitschrift für Sozialpsychologie 26 (1995).
- *Knoll, A.*; Katholische Kirche und scholastisches Naturrecht, Neuwied-Berlin 1968.
- *Koch, H.-J.*; (Hrsg.), Die juristische Methode im Staatsrecht, Frankfurt a.M. 1977.
- *Koch, H.-J.*; Die juristische Methode im Staatsrecht. Über Grenzen von Verfassungs- und Gesetzesbindung, Frankfurt a.M. 1977.
- *Kohlberg L./ R. Gilligan*; The Adolescent as Philosopher, in: Daedalus 100 (1971).
- *König, H.*; Konstruktion; in: Ritter (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, Darmstadt 1972.
- *Koppe, F.*; Nachgedanken, in: Perspektiven der Kunstphilosophie, Frankfurt a.M. 1993.
- *Kriele, M.*; Theorie der Rechtsgewinnung. Entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, Berlin 1967.
- *Kripke, S.*; Name und Notwendigkeit, Frankfurt a.M. 1993.
- *Krugmann, M.* Gleichheit, Willkür und Evidenz, JuS 1998, S. 7 ff.
- *Kühne, D.*; Die Grundnorm als inhaltlicher Geltungsgrund der Rechtsordnung, in Krawietz/Schelsky (Hrsg.), Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen, Rechtstheorie Beiheft 5 (1984).
- *Kultermann, U.*; Kunst und Wirklichkeit. Von Fiedler bis Derrida-Zehn Annäherungen, München 1991.
- *Küpper, G.*; Begriff und Grund der Rechtsgeltung in der aktuellen Diskussion, in: Rechtstheorie 22 (1991).
- *Kutschera, F.v.*; Antinomie, in: Ritter, Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. I, Darmstadt 1972.

- *Larenz, K.*; Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, München/Berlin 1951.
- *Larenz, K.*; Methodenlehre, Berlin 1992.
- *Laubach, B.*; Angriffskrieg oder humanitäre Intervention? in: Zeitschrift für Rechtspolitik 1999, S. 276 ff.
- *Lec, S.*; Sämtliche unfrisierte Gedanken, München u.a. 1996.
- *Lickona, T.*; Moral Development and Behavior, New York 1976.
- *Lima*, Die Kontrolle des Imaginären. Vernunft und Imagination in der Moderne, Frankfurt 1990.
- *Lipe M.G.*; Counterfactual reasoning as a framework for attribution theory, Psychological Bulletin 1991.
- *Lipphardt, W.*; Zur geistlichen Kontrafaktur: Ein unbekanntes hs. Gesangbuch Adam Reißners aus dem Jahre 1554 als wichtige Quelle dt. Volksliedweisen, Kassel 1967.
- *Llompert, J.*; Dichotomisierung in der Theorie und Philosophie des Rechts, Berlin 1993.
- *Lüdeking, K.*; Die Wörter und die Bilder und die Dinge, in: Rene Magritte, Die Kunst der Konversation, Katalog der Ausstellung in der Kunstsammlung NRW, München/New York 1996.
- *Lüdeking, K.*; Lassen sich ästhetische Urteile triftig begründen? in: Franz Koppe (Hrsg.), Perspektiven der Kunstphilosophie, S. 363 ff.
- *Lüderssen, K.*; Genesis und Geltung in der Jurisprudenz, Frankfurt a.M. 1996.
- *Luhmann, N.*, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1995
- *Luhmann, N.*; Gesellschaftsstruktur und Semantik Bd. IV, Frankfurt a.M. 1995
- *Luhmann, N.*; Rechtssoziologie 1, Reinbeck bei Hamburg 1972

- *Mangold, H.*; Leserbrief, in: Von Atelier zu Atelier 1962, S. 32 ff.
- *Marquard, O.*; Kunst als Antifiktion, in: Henrich/Iser (Hrsg.), Die Funktion des Fiktiven, München 1983.
- *Marquard, O.*; Glück im Unglück, München 1995.
- *Maturana, H.*; Kognition, in: Schmidt (Hrsg.), Der Diskurs des Radikalen Konstruktivismus, Frankfurt a.M. 1994.
- *Maurer*; Allgemeines Verwaltungsrecht, München 1997.
- *Mc Carthy, T.*; Ideale und Illusionen. Dekonstruktion und Rekonstruktion in der kritischen Theorie, Frankfurt a.M. 1993.
- *Medicus, D.*; Bürgerliches Recht, Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung, Köln u.a. 1993.
- *Meurer, D.*; Die Fiktion als Gegenstand der Gesetzgebungslehre, in: Rüdiger, Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung, Berlin u.a. 1976.
- *Meurer, D.*; Fiktion und Strafurteil, Berlin 1973.
- *Meyer; J/Even R.*; Marketing für bildende Künstler, unveröffentlichte Studie.
- *Mitteis, H.*; Deutsche Rechtsgeschichte, München 1978.
- *Möller/Strauß*, Bedingungen kontrafaktischen und attributionalen Denkens, in: Sprache und Kognition, 16, 1997, Heft 2.
- *Mohr, Reinhard*; Züchter des Übermenschen, in: Spiegel v. 6.9.1999
- *Mühlmann, H.*; Die Natur der Kulturen. Entwurf einer kulturgeenetischen Theorie, New York/Heidelberg 1997.
- *Mühlmann, H.*; Kunst und Krieg. Das säuische Behagen in der Kultur, Köln 1998.
- *Müller, F.*; Normstruktur und Normativität, Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation, Berlin 1966.
- *Müller-Tamm, P.*; Marcel Broodthaers, Das Ensemble der Plastikschilder, in: Ausstellungskatalog Rene Magritte. Die Kunst der Konversation, München/New York 1996.
- *Münch, I. v.*(Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. II 1983.
- *Mundkur, B.*; The Cult of the Serpent, An Interdisciplinary Survey of its Manifestations and Origins, Albany 1983.
- *Musielak, H.*; Grundkurs BGB, München 1989.
- *Musial, B.*; in: Bilder einer Ausstellung, in: Vierteljahresheft für Zeitgeschichte 3/99.

- *Neusiß, W.*; Vernunft und Natur der Sache, Studien zur juristischen Argumentation im 18 Jahrhundert, Berlin 1970.
- *Nierwetberg, R.*; Rechtswissenschaftlicher Begriff und soziale Wirklichkeit. Eine Studien zu der Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen., Berlin 1983.
- *Nörr, D.*; Savignys philosophische Lehrjahre, Frankfurt a.M. 1994.
- *Nüse, R.*; Über die Erfindungen des radikalen Konstruktivismus. Kritische Gegenargumente aus psychologischer Sicht, Frankfurt a.M. 1992.

- *Panofsky, E.*; Studien zur Ikonologie der Renaissance, Köln 1997.
- *Petrarca*; Die Besteigung des Mont Ventoux, Übersetzt und herausgegeben von Kurt Steinmann, Stuttgart 1995.
- *Piaget, J.*; Das moralische Urteil beim Kinde, Frankfurt a.M. 1973.
- *Pietzner/Ronellenfitch*; Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht, Düsseldorf 1996.

- *Platthaus, Andreas*; Etwas gibt's was jederzeit jede Kritiker entzweit, FAZ 16.10.1996.
- *Podro, M.*; Fiction and Reality in painting; in: Henrich/Iser (Hrsg.), Funktionen des Fiktiven, München 1983
- *Posch, G.*; Zur Semantik der kontrafaktischen Konditionale, Tübingen 1980.
- *Post, A. H.*; Der Ursprung des Rechts. Prolegomena zu einer allgemeinen vergleichenden Rechtswissenschaft, Oldenburg 1876.
- *Preiß, C.*; Das Erhabene: Zwischen Grenzerfahrung und Größenwahn, Winsheim 1989.
- *Putnam, H.*; The Meaning Of >Meaning<, in: Philosophical Papers, Bd. 2: Mind Language, and Reality, Cambridge 1975.

- Quintilianus, Institutiones oratoriae libri XII, Darmstadt 1975.

- *Radbruch, G.*; Einführung in die Rechtswissenschaft, 2. Auflage Leipzig 1913.
- *Radbruch, G.*; Rechtsphilosophie, 1973.
- *Raulff, U.*; Nachwort; in: Aby Warburg, Schlangenritual, Berlin 1995.
- Richtlinie der Bundesärztekammer zur Sterbehilfe, abgedruckt in: NJW 1998, 3406.
- *Reußner, N.*; Contrafacturbuch. Ware und Lebendige Bildnissen etlicher weitberühten unnd hochgelehrten Männer in Teutschland, so beide die Religion auch gute Künste uns sprachen mit Lehren und Schreiben fortgepflanzt haben, Straßburg 1587
- *Rodiek, C.*; Erfundene Vergangenheit, Kontrafaktische Geschichtsdarstellung (Uchronie) in der Literatur; Frankfurt a.M. 1997.
- *Rödig, J.*; Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz, Berlin 1969.
- *Roellecke, G.*; Im Naturprozeß gibt es keine Berufung, in: FAZ vom 22.4.1998.
- *Roese N.J/ Olsen, J.M.*; What might have been. The social psychology of counterfactual thinking, Hillsdale 1995.
- *Rosenthal, F.*; Gedicht für Hans Vaihinger, in: August Seidel (Hrsg.), Die Philosophie des Als-Ob und das Leben, Festschrift für Hans Vaihinger zum 80. Geburtstag, Neudruck Berlin 1986.
- *Ross, A.*; On Law and justice, London 1958.
- *Ross, A.*; Recht und Wirklichkeit, in: Juristische Blätter, Wien 1930.
- *Roth, G.*; Das Gehirn und seine Wirklichkeit. Kognitive Neurobiologie und ihre philosophischen Konsequenzen, Frankfurt a.M. 1998.
- *Roth, G.*; Die Konstruktivität des Gehirns: Der Kenntnisstand der Hirnforschung, in: Fischer (Hrsg.), a.a.O., S.52 ff.
- *Rozek, J.*; Vorsprung durch Rechtsbruch?- Zur Erosion des Ladenschlußrechts durch Fremdenverkehrsregelungen, in: NJW 1999, S. 2921 ff.
- *Rüßmann, H.*; Grenzen der Rechtsfortbildung; <http://rw20hr.jura.uni-sb.de/rw20/wiwieinf/wviii2f.htm>.
- *Rüßmann, H.*; Möglichkeiten und Grenzen der Gesetzesbindung, in: : Okko Behrends/ Malte Dießelhorst/ Ralf Dreier (Hrsg.), Rechtsdogmatik und praktische Vernunft, Symposium zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker, 1990.
- *Rüßmann, H.*; Normative Begründungsmöglichkeiten jenseits der Gesetzesbindung; in: Koch/ Köhler/ Seelmann (Hrsg.), Theorien der Gerechtigkeit, ARSP Beiheft 56, 1994.

- *Savigny, F.C.v.*; Vorlesungen über juristische Methodologie 1802-1842; Frankfurt a.M. 1993.
- *Schild, W.*, Bilder von Recht und Gerechtigkeit, Köln 1995.

- *Schleiermacher, F.D.E.*, Hermeneutik, Heidelberg 1959.
- *Schmerz nach Gemütslage*, FAZ, 21. Oktober 1998, S. N1.
- *Schmidt, J.F.K.*; Verrechtlichung von Intimbeziehungen. Ansätze eines Verhältnisses von Rechtsnorm und sozialer Norm, In: Ernst- Joachim Lampe (Hrsg.), Zur Entwicklung von Rechtsbewußtsein, Frankfurt a.M. 1997.
- *Schmidt, K.-H.*, Pipilotti und Hermann, Kunstzeitung Nr. 27, November 1998 S. 1.
- *Schmidt, K.-H.*; Wo der Spaß aufhört, Kunstzeitung Nr. 27, 11/98, S. 3.
- *Schmidt, S.*; Der radikale Konstruktivismus: Ein neues Paradigma im interdisziplinären Diskurs. in: ders.(Hrsg.): Der Diskurs des Radikalen Konstruktivismus, Frankfurt a.M. 1987.
- *Schmitt, C.*; Politische Theologie: 4 Kapitel zur Lehre von der Souveränität, Berlin 1985.
- *Schmitt, C.*; Über drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, Hamburg 1934.
- *Schmitt, F.H.*; Verhaltensforschung und Recht, Berlin 1982.
- *Schneider, N.*; Erkenntnistheorie im 20. Jahrhundert, Stuttgart 1998.
- *Schönke/Schröder/Cramer*, Kommentar zum Strafgesetzbuch, Heidelberg 1993
- *Schreiber, R.*; Die Geltung von Rechtsnormen, Heidelberg 1966.
- *Schroth, U.*; Philosophische und juristische Hermeneutik, in: Kaufmann, Hassemer (Hrsg.), Einführung in die Rechtstheorie.
- *Schünemann, B.*; Zum Verhältnis von Norm und Sachverhalt bei der Rechtsanwendung, von Ober- und Untersatz im Justizsyllogismus und von Rechts- und Tatfrage im Prozeßrecht, in: Festschrift für Arthur Kaufmann, Heidelberg 1993.
- *Schuschke, Winfried*; Bericht, Gutachten und Urteil: Eine Einführung in die Rechtspraxis, München 1994.
- *Schütz, A./Luckmann*, Die Aufschichtung der Lebenswelt, in: Strukturen der Lebenswelt, Neuwied/Darmstadt 1975.
- *Schütz, A.*; On multiple Realities, in: Collected Papers, Den Haag 1962.
- *Schwintowski, H.P.*; Ökonomische Theorie des Rechts, JZ1998.
- *Searle, J.*; The Logical status of Ficional Discours, New Literary History 14 (1975).
- *Sedlmayer, H.*; Kunst und Wahrheit, Mittenwald 1978.
- *Sendler, H.*; Grundrecht auf Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung?- Eine Reise nach Absurdistan?, NJW 1998, S. 2875.
- *Shapiro, M.*; Towards a Theory of Stare Decicis, Journal of legal studies I (1972).
- *Simon, H.A.*; Theory of bounded rationality, in: McGuire/ Radner(Hrsg.): Decision and Organisation, 1972.
- *Sloterdijk, Peter*; Die Kritische Theorie ist tot,
[http://www.archiv.zeit.de\(daten/pages/199937.html](http://www.archiv.zeit.de(daten/pages/199937.html)
- *Sloterdijk, Peter*; Sphären II (Globen), Frankfurt a.M. 1991
- *Snyder*, When believe Creates Reality, in: Berkowitz (Hrsg.), Advances in Experimental Social Psychology (Vol 18), New York 1984.
- *Sobota, K.*; Argumente und stilistische Überzeugungsmittel in Entscheidungen des Bunderverfassungsgerichtes; in: Jahrbuch Rhetorik 15.
- *Sommer, M.*; Evidenz im Augenblick, Eine Phänomenologie der reinen Empfindung, Frankfurt a.M. 1996.
- *Spencer-Brown, G.*; Gesetze der Form, Lübeck 1997.
- *Starcke, C.N.*; Bemerkungen zum Souveränitätsgedanken, in: Hans Kurz, Volkssouveränität und Staatssouveränität, Wege der Forschung, Bd. 28, Darmstadt 1970.
- *Stegmüller, W.*; Hauptströmungen der Gegenwartsphilosophie, Bd.II, Stuttgart 1987.

- *Stegmüller, W.*; Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und Analytischen Philosophie, Bd. I, Wissenschaftliche Erklärungen und Begründungen, Voraussetzungen, Retrodiktionen, Diskrete Zustandssysteme, Das ontologische Problem der Erklärung, Naturgesetze und irrealen Konditionalsätze, Berlin 1969.
- *Störig, H.-J.*; Kleine Weltgeschichte der Philosophie, Frankfurt a.M. 1992.
- *Ströker, S.*; Zur Frage der Fiktionalität theoretischer Begriffe, in: Henrich/Iser (Hrsg.), Funktionen des Fiktiven, München 1983.
- *Strube, W.*; Zur Geschichte des Sprichwortes „Über den Geschmack läßt sich nicht streiten“ in: Zeitschrift für Ästhetik und Kunstwissenschaft 1985, S. 158 ff.
- *Struck, G.*; Topische Jurisprudenz, Frankfurt a.M. 1971.

- *Tenbruch, F.*; Zur Kritik der planenden Vernunft, Freiburg 1972.
- *Teubner, G.*; Recht als autopoietisches System, Frankfurt a.M. 1989,
- *Tipton, I.*; *Berkeley. The Philosophy of Immaterialism*, London 1974.
- *Titus Livius*; Römische Geschichte, Buch VIII, Darmstadt 1994.
- *Toulmin, S.*; Der Gebrauch von Argumenten, Kronberg Ts. 1975.
- *Tröndle,*; Strafgesetzbuch und Nebengesetze, München 1997.

- *Vaihinger, H.*; Die Philosophie des Als Ob. System der theoretischen, praktischen, und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus, mit einem Anhang über Kant und Nietzsche, 4. Auflage; Leipzig 1924.
- *Vaihinger, H.*; Ist die Philosophie des Als-Ob Skeptizismus? <http://www.weltkreis.com/mauthner/hist/vaih2.html>. Mittwoch, 25. März 1998, auch in: Annalen der Philosophie, hrsg. von Hans Vaihinger und Raymund Schmidt, Bd. 2, Heft 4 1920.
- *Vasari, G.*; Leben der ausgezeichnetsten Maler, Bildhauer und Baumeister von Cimabue bis zum Jahre 1567, Bd.III Seite 134, Worms 1988.
- *Vattimo, G.*; Die Grenzen der Wirklichkeitsauflösung, in: Vattimo/Welsch, a.a.O. S. 15-26.
- *Verweyen, T./Wittig*, Die Kontrafaktur. Vorlage und Verarbeitung in Literatur, bildender Kunst, Werbung und politischem Plakat; Konstanz 1987.
- *Vico, G.B.*; *De Nostri Temporis Studium Ratione*, München 1974.
- *Viehweg, Theodor*; Topik und Jurisprudenz, 1. Auflage München 1953.
- *Volkmann, U.*; Einführung in die Diskurstheorie des Rechts, JuS 1997.

- *Wahl, R.*; Kann es die Gesundheit und das Leben Kosten, in einem Rechtsstaat sein Recht zu wollen? Überlegungen zu Martin Walsers "Finks Krieg", NJW 1999.
- *Wank, R.*; Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, Berlin 1978.
- *Warburg, A.*; Schlangenritual. Ein Reisebericht, Berlin 1995.
- *Weibel, P.*; Ich begrüße die Simulation; in: Kunstforum international., S. 137 f.
- *Weinberger, O.*; Moral und Vernunft. Beiträge zur Ethik, Gerechtigkeitstheorie und Normenlogik, Wien, Köln, Weimar 1992.
- *Wasserman, R.*; Wer zu spät kommt, den bestraft das Leben. Zur Erosion von Gesetzen, in: NJW 1999, S. 3172 f.
- *Weinberger, O.*; Realismus und Systemtheorie in der Jurisprudenz, in: Rechtstheorie 1994.
- *Welzel, H.*; Naturrecht und Rechtspositivismus, FS Hans Niedermayer, Göttingen 1953.
- *Wesel, U.*; Frühformen des Rechts in vorstaatlichen Gesellschaften, Frankfurt a.M. 1985.
- *Westdeutsche Zeitung* v.03.07.1998.

- *Wetzel, M.*; Ästhetik der Wiedergabe, Heideggers Ursprungstheorie des Kunstwerkes und ihre Dekonstruktion, in: Stöhr (Hrsg.), Ästhetische Erfahrung heute, Köln 1996.
- *Wieacker, F.*; Zur Topikdiskussion in der zeitgenössischen deutschen Rechtswissenschaft, in: Xenion, FS für P.J. Zepos, Freiburg 1973.
- *Wilms, H.* Der Kosovo-Einsatz und das Völkerrecht, in: Zeitschrift für Rechtspolitik 1999.
- *Wilms, U.*, Gleichnisse einer unbegreiflichen Wirklichkeit. Zur Malerei von Gerhard Richter, Frankfurt a.M. 1989.
- *Winkler, G.*; Rechtstheorie und Erkenntnislehre. Kritische Anmerkungen zum Dilemma von Sein und Sollen in der Reinen Rechtslehre aus geistesgeschichtlicher und erkenntnistheoretischer Sicht, Wien/New York 1990.
- *Wittgenstein, L.*; Bemerkungen über die Grundlagen der Mathematik, Oxford 1965.
- *Wittgenstein, L.*; Philosophische Untersuchungen, in: Werkausgabe Band 1, Frankfurt a.M. 1997.
- *Wittgenstein, L.*; tractatus logico-philosophicus, Frankfurt a. Main 1997.
- *Wittkower, R.*; Die Interpretation visueller Symbole in der bildenden Kunst, Seite 235; in: Kaemmerling (Hrsg.) Bildende Kunst als Zeichensystem Bd. 1, Ikonographie und Ikonologie, Köln 1994.
- *Wolf, E.*; Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Köln/Bonn/Berlin 1976.
- *Wundt, W.*; Logik III, Stuttgart 1908.
- *Wyduckel, D.*; Normativität und Positivität des Rechts, in: Aarnio (Hrsg.), Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit, FS. für Krawietz, Berlin 1993.
- *Wyss, B.*; Trauer der Vollendung. Zur Geburt der Kulturkritik, Köln 1997.

- *Zitterbarth, W.*; Erkenntnistheorie und Repräsentation, in: Fischer (Hrsg.), Die Wirklichkeit des Konstruktivismus. Zur Auseinandersetzung um ein neues Paradigma, Heidelberg 1995.
- *Zuck, R.*; Der Krieg gegen Jugoslawien, in: Zeitschrift für Rechtspolitik 1999, S. 225 ff.
- *Zuck, R.*; Doping, in: NJW 1999, S. 831ff.
- *Zuck, R.*; Nur ein Kopftuch? Die Schavan-Ludi-Debatte, NJW 1999, S. 2948 ff.



Abb. 1 Uniform der Nationalen Volksarmee, DDR 1956-90
Fotografie: I. Thiele

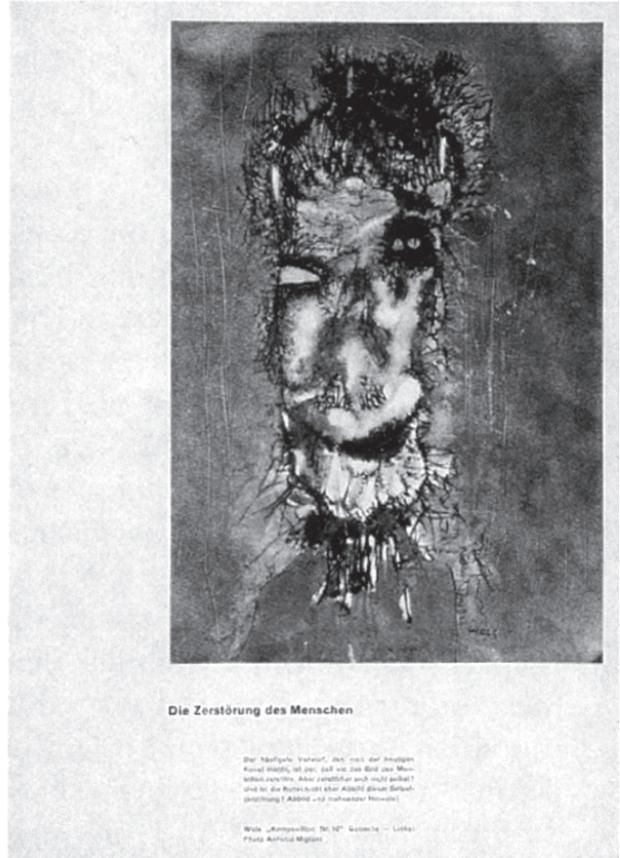


Abb. 2 „Documenta der Kunst - Documenta des Lebens“
in: Magnum Juni 1959

über Kin-
 neuen
 ien.
 chtzei-
 en oder
 en die
 reif für
 abtiere
 Tricks
 lernen.
 in ge-
 en die
 en Lö-
 e ihre
 Opfer
 ieltem
 antilope
 en.
 schon
 zahne,
 stgrif-
 kann es
 arzen-
 en Tat-
 kunde
 Da für
 um Riß
 erdings
 gilt das
 ar sind
 ne am
 e Bosse

ienen:
 er-
 29.

machen
 ma ver-
 Rudel,
 Jagd-
 e Mah-
 m und
 en, ihr
 sechs
 für den
 zuneh-
 Löwen-
 en sie
 zu wer-

U:
 stun

**Wollen Sie eine TV-Zeitschrift,
 die anmacht? Oder eine, die
 Sinn macht?**

HORZU
 Neu
 Jede Woche die
 die ultimative
 von 100 & mehr

IHR WÖCHENTLICHES
 QUALITÄTS-PROGRAMM.

HORZU. Schalten Sie um auf Qualität.

Abb. 3 Werbung für eine Fernsehzeitschrift, Deutschland 1999



Abb. 4 Flüchtlingstreck Europa 20. Jahrhundert, in: Chronik des 20. Jahrhunderts, Braunschweig 1982

Fig. 1

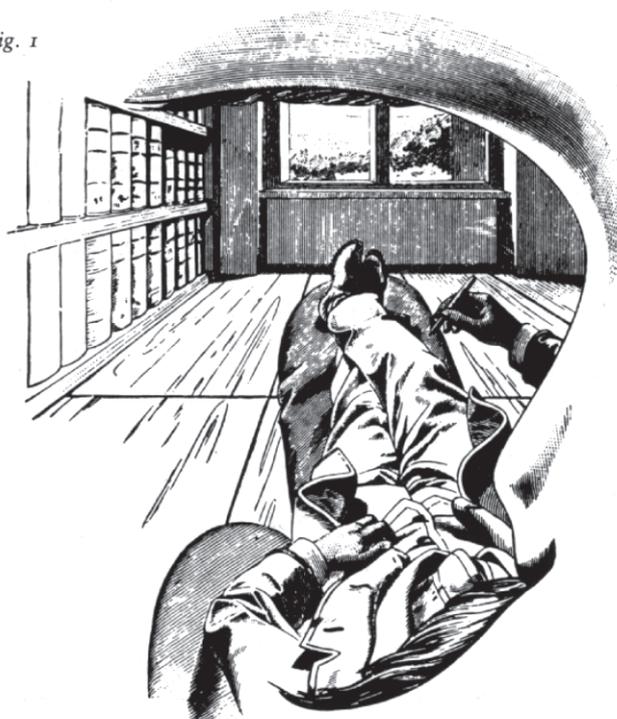


Abb. 5 Ernst Mach, Selbstportrait, in: Manfred Sommer, Evidenz im Augenblick, Frankfurt a.M. 1996



Abb. 6 Axel Lieber, 6 Plastiken aus der Ausstellung „Single“, Räume für neue Kunst 1998, Fotografie: Rolf Hengesbach