

# Analogie und Beispiel III: Fallvergleich und Distinguishing

Posted on 30. August 2022 by Klaus F. Röhl

Jedermann steht ständig vor der Notwendigkeit, Handlungsschlüsse zu fassen. Da kann jede Handlung, die er beobachtet, zum Vorbild oder Beispiel werden. Beispiele können als bloße Anleitung (Rezept) oder als Normvorschlag dienen. Einem Beispiel zu folgen heißt, die aus dem Beispiel ersichtliche Regel zu verwirklichen. Auch Beispiele, die nur eine Gebrauchsanleitung für einen Sacherfolg liefern, enthalten insofern eine Regel. Handlungen, die nicht als Vorbild gedacht sind, können doch als solches wirken. (Im Alltag ist das anscheinend bei schlechten Beispielen häufiger der Fall als bei guten.) Damit stoßen wir auf ein Henne-Ei-Problem, die Frage nämlich, was geht voraus, der Fall oder die Regel? Anders gefragt, dienen Präjudizien als Vorbild für Fälle oder als Quelle für Regeln?

Jede Bezugnahme auf ein Präjudiz fordert einen Fallvergleich. Der Fallvergleich ist eine wie selbstverständlich geübte juristische Praxis, die allerdings methodisch wenig reflektiert wird. Für *Fritjof Haft* ist der Fallvergleich »die zentrale juristische Operation«<sup>[1]</sup>. *Haft* wendet sich gegen die »Grundvorstellung, daß es dem Rechtsanwender vorgegebene Rechtsideen gebe, und daß diese in abstrakten Begriffen festgehalten werden könnten. ... [Denn] Die Gerechtigkeit ist eine Sache des Einzelfalles. Der Einzelfall wird nicht an vorgegebenen Ideen gemessen. Er trägt die richtige Lösung allein in sich.«<sup>[2]</sup> Über eine »bewußt gestaltete Vergleichsfalltechnik« erfährt man von *Haft* freilich nicht viel mehr, als dass es sich um »rhetorisches Problem« handelt.<sup>[3]</sup> Auch *Arthur Kaufmann* sieht im Fallvergleich den zentralen Akt der Rechtsgewinnung, nämlich »die *Gleichsetzung* des zu entscheidenden Falles mit solchen Fällen, die der einschlägigen Norm sicher unterfallen, also eine *Analogie*«<sup>[4]</sup>. Der Fallvergleich erfolge im Lichte einer durch Abduktion gewonnenen Normhypothese. *Kaufmann* wendet sich damit ausdrücklich gegen die Auffassung von *Haft*, dass ein Fallvergleich ohne Norm oder Regel möglich sei, die als *tertium comparationis* dient. Indessen verdient weder die Position *Hafts* noch diejenige *Kaufmanns* Zustimmung. *Hafts* Regelnihilismus ist nicht akzeptabel. Ohne Abstraktionen könnten wir uns nicht durch die Welt bewegen. Es geht immer nur um den Grad der Verallgemeinerung. Gegen *Kaufmann* ist zu sagen: Auch ohne eine Rechtsnorm als Vergleichsmaßstab kann

man feststellen, dass zwei Objekte gleich oder ähnlich sind. Wäre es anders, gäbe es keine Kategorisierung und damit keine Begriffsbildung.

Die Differenz zwischen *Haft* und *Kaufmann* verschwindet, wenn man zwischen gelingender und zweifelhafter Kategorisierung unterscheidet. Auch ohne Vergleichsmaßstab kann man feststellen, dass zwei Objekte gleich sind. Wenn sie verschieden sind, kann man immer noch Ähnlichkeit konstatieren, wenn einzelne Merkmale übereinstimmen. Die Kategorie ist noch kein Vergleichsmaßstab. Dieser tritt für den Vergleich zur Kategorie hinzu. Primärer Maßstab für die Ähnlichkeit bleibt die Kategorie, der versuchsweise zugeordnet wurde. Erst wenn es darum geht, Ähnliches trotz Verschiedenheit gleichzusetzen, braucht man eine Regel als Vergleichsmaßstab. Dann geht es nicht mehr um Ähnlichkeit an sich (ontische oder phänomenale Ähnlichkeit), sondern um relevante Ähnlichkeit.

Die juristischen Kategorien für die Gesetzesanalogie liefern die Tatbestandmerkmale einer Norm. Wenn die Kategorisierung = Subsumtion misslingt, weil nicht alle, sondern nur einige Tatbestandsmerkmale erfüllt sind, geht es nicht länger um Gleichheit, sondern um Gleichsetzung aufgrund von Ähnlichkeit.<sup>[5]</sup> Die Ungleichsetzung entspricht dem *distinguishing* im Common Law. Black's Law Dictionary<sup>[6]</sup> definiert: »To point out an essential difference.« Für Scott Brewer handelt es sich dabei um eine umgekehrte Analogie (*disanalogy*).<sup>[7]</sup> Das Problem steckt im *essential*. Offen bleibt, ob die Fälle als solche verglichen werden oder ob ein fallexterner Vergleichsmaßstab anzulegen ist.

Soll nicht auf eine Norm, sondern auf ein Präjudiz abgestellt werden, kann man nicht selten Gleichheit der Fälle konstatieren. Wurde dem Käufer eines Audi mit Dieselmotor des Baujahrs 2008 Schadensersatz zugeschlagen, weil der Motor des Typs EA189 mit einer so genannten Schummel-Software ausgerüstet war, so liegt der Fall des Käufers eines anderen Audi mit diesem Motor, der nunmehr seinerseits Ersatz fordert, gleich. Für das Gleichheitsurteil bedarf es keiner Regel. Aber so klar ist das Gleichheitsurteil nicht immer. Die Kategorisierung von Fällen als gleich fällt »analog« zur Kategorisierung qua Subsumtion oft zweifelhaft aus. Dann allerdings muss ein Vergleichsmaßstab her. Als solche dient die Regel, die dem Präjudiz entnommen wird.

Ganz interessant ist in diesem Zusammenhang, wie die Sprachphilosophen mit einer »analogen« Problematik kämpfen und sich dazu an der Jurisprudenz orientieren. So überlegt Jasper Liptow, ob »sich unsere Praxis sprachlicher Verständigung aus philosophischer Perspektive in gewinnbringender Weise nach

dem Modell einer (stark idealisierten) Praxis der Rechtsprechung verstehen lässt, nämlich des Fallrechts (case law)« [\[8\]](#). Hintergrund ist die Kontroverse, ob zur Erklärung sprachlicher Verständigung von Idiolekten, also der Privatsprache einzelner Sprecher, oder besser von Soziolekten, also vom regelhaften Sprachverhalten menschlicher Gemeinschaften auszugehen ist. *Liptow* selbst optiert für den Idiolekt als Ausgangspunkt, weil sich die Individualität sprachlichen Verhalten nur damit vertrage. Aus dieser Sicht wären Sprachnormen nicht konstitutiv für die sprachliche Verständigung, sondern nur sekundäres Hilfsmittel.

»Sprachliche Verständigung dient primär dazu, andere zu verstehen. Insofern sie als das Verstehen einer gemeinsamen Sprache konzipiert wird, verfehlt sie diesen Zweck immer dann, wenn andere in ihren Sprachgewohnheiten – ihren Idiolekten – von dem abstrakten Ideal abweichen.... Einem solchen Begriff von Verständigung zufolge teilen wir zwar keine Sprache, aber eine unüberschaubare Vielzahl von Situationen gelungener Verständigung mit mindestens einer weiteren Person.« (Liptow S. 5, 11)

*Liptow* geht von einem »Fallrechts-Modell sozialer Praxis« aus, das von *Robert Brandom* »in einem ganz anderen Kontext« entwickelt wurde, nämlich zur der von ihm semantisch pragmatistisch genannten These, »daß der Gebrauch von Begriffen ihren Gehalt bestimmt, d. h. daß Begriffe keinen Gehalt außer dem haben können, der ihnen durch ihre Verwendung verliehen wird« [\[9\]](#). *Brandom* charakterisiert dieses Modell damit,

»daß es ausschließlich auf Fällen beruht. Es ist keine Auslegung von expliziten Grundrechten, Regeln oder Prinzipien. Es gibt hier nur eine Abfolge von Anwendungen von Begriffen auf aktuelle Gruppen von Tatsachen. ... Der Gehalt der Begriffe, die der Richter anwenden muß, ist vollständig konstituiert durch die Geschichte ihrer früheren tatsächlichen Anwendungen ... Es ist diese Tradition, gegenüber welcher der Richter verantwortlich ist. Der Gehalt dieser Begriffe wurde vollständig durch ihre faktische Anwendung konstituiert.« [\[10\]](#)

Für die an dieser Stelle erörterte Frage, ob Gleichheit und Ähnlichkeit von Fällen auch ohne Rücksicht auf eine Regel oder Norm beurteilt werden kann, helfen die Überlegungen *Brandoms* aber nicht weiter. Was in seinem von *Hegel* bestimmten Kontext die »Begriffe« sind, sind im juristischen Kontext eben die Regeln. *Brandom* geht es darum, wie aus einer Kette von Fällen Regeln entstehen, wiewohl doch der Richter den Vor-Fall als Präjudiz verwerfen könnte. Seine Erklärung mit der »reziproke[n] Autorität« vergangener, aktueller und künftiger

»Begriffsverwendungen« könnte im Abschnitt über »Casus und Regula« hilfreich werden. Für den aktuellen Zusammenhang entnehme ich Liptows Aufsatz aber nur, dass die Sprachphilosophie mit dem Gegensatz von Idiolekt und Soziolekt vor einem »analogen« Problem steht wie die Jurisprudenz mit der Frage, ob Fall oder Regel den Ausgangspunkt bilden. Wählt man analog zum Idiolekt den Fall als Ausgangspunkt und zieht man die Analogie mit Liptows Hilfe aus, so verhält es sich entsprechend der »radikalen Übersetzung« im Sinne von Quine und Davidson. Die Analogie funktioniert auf der Basis von Tatsachen, die ohne Regel zugänglich sind, nämlich auf einem Fall.

An Davidson knüpft auch Ralf Poscher in einem neuen Text über [The Hermeneutics of Legal Precedent](#). Er stellt auf die intentionalistische Konzeption Davidson zu Meinung und Bedeutung ab, den er wie folgt zitiert:

»So in the end, the sole source of linguistic meaning is the intentional production of tokens of sentences«.

Davidson habe jedoch hinzugefügt, dass Bedeutung und Interpretation nicht auf konventionelle Sprache angewiesen seien. Wenn es um Präjudizien gehe, die selbst kein *holding* oder keine Regel formulierten, so müsse dennoch »hermeneutisch« nach der Intention der Entscheider gefragt werden.

Meine These lautet hier, dass ein Fallvergleich mindestens vorläufig ohne Hilfe einer Regel möglich ist. Es lässt sich schwerlich bestreiten, dass wir Personen, Gegenstände oder Örtlichkeiten, die wir einmal wahrgenommen haben, auch ohne Anlass wiedererkennen. In der Informatik spricht man vom [One-Shot-Learning](#), das etwa dazu verhilft, ein bestimmtes Gesicht oder eine Stimme zu identifizieren. Praktisch wird dabei eine existente Kategorisierung nur durch zusätzliche Merkmale verfeinert. Nicht immer lässt sich auf diese Weise unterscheiden, ob ein identisches oder nur ein gleiches Objekt erkannt wird.

Schwieriger als der Vergleich von kompakten Objekten ist der Vergleich von komplexeren Situationen, wie ihn der Fallvergleich, der die Heranziehung eines Präjudizes rechtfertigen soll, in der Regel fordert. Auch »Situationen« können nur mit Hilfe von Begriffen = Kategorien beschrieben werden. Situationen lassen sich verhältnismäßig einfach kategorisieren, wenn man nur auf einzelne perzeptiv prominente Merkmale abstellt, z. B. auf die Beteiligten (Mann, Frau, zwei, viele), auf den Streitgegenstand (Geld, Beziehung, Politik) oder den dem Orts- und Zeitbezug. Solche Kategorisierung dient im Vorfeld des Gerichtsprozesses die

Zuständigkeitsverteilung. Sie ist nicht von vornherein teleologisch, sondern – wenn man so will – ontologisch. Sie könnte auch für statistische Zwecke genutzt werden oder für die Zusammenstellung einer Stichprobe in der Sozialforschung[11]. Aber singuläre Merkmale machen noch keinen »Fall«. Wenn es um den Tatbestand eines Präjudizes geht, wird es insofern schwierig, als der Fall keine schlechthin objektive Einheit bildet. Was als Fall definiert wird, ist ein interessengeleiteter Ausschnitt aus der Welt. In juristischem Zusammenhang erhält der Fall seine Konturen aus vorhandenen oder gewünschten Regeln, aus Urteilstatbeständen und Klagevorbringen. Doch auch insoweit scheint mir ein vorjuristische, sozusagen ontologischer Fallvergleich nicht ausgeschlossen zu sein.

Wie würde künstliche Intelligenz (KI) den Fallvergleich übernehmen? KI hat keinen direkten Zugriff auf die Semantik und damit auf den intensionalen Gehalt eines Begriffs. KI arbeitet vielmehr extensional, das heißt, es werden Merkmale bestimmt, anhand derer sich die Fälle erkennen und unterscheiden lassen. Je mehr Merkmale benutzt werden, je spezifischer sie definiert werden, um so genauer wird eine Situation = Fall erkannt. Die Schärfe der Fallerkennung scheint also von der Spezifizierung der Merkmale abzuhängen, z. B. ob als Merkmal Tier oder Säugetier gewählt wird. Werden die Merkmale jedoch (zu) eng und scharf gewählt, so fallen (zu) viele Kandidaten aus dem Raster. Daher muss auch KI verfahren wie der Mensch im Alltag. Der bildet mit einer begrenzten Anzahl von Merkmalen ein »Konzept«. Dazu abstrahiert er von konkreten Gegenständen und Personen, Ereignissen und Handlungen. So entstehen »Typen«. *Kelle/Kluge* beziehen sich (S. 84) dazu (ungenau) auf *Alfred Schütz*. Diesen Bezug nehme ich als Wegweiser in die (Mundan)-Phänomenologie. Das bedeutet in meinem Zusammenhang, auch neue Aufgaben werden zunächst mit dem Vorrat an symbolischen Konstruktionen = Konzepten in Angriff genommen, die man in seiner Lebenswelt gewonnen hat.

Wenn also eine neue Aufgabe in Gestalt eines Fallvergleichs zu lösen ist, dann probiert man die Lösung zunächst mit unabhängig von dieser Aufgabe schon vorhandenen Konzepten. Zwar sind die Konzepte in Juristenköpfen immer schon mit Normvorstellungen angereichert. Dennoch besteht wohl grundsätzlich die Möglichkeit eines ontologischen oder besser phänomenologischen Fallvergleichs. Erst wenn es um die Gleichsetzung von bloß ähnlichen Fällen geht, kommt eine Regel oder deren Zweck ins Spiel.

[1] *Fritjof Haft*, Falldenken statt Normdenken, Deutsche Akademie für Sprache und Dichtung (Hg.), Der deutsche Sprachgebrauch, Bd. II, 1981, 153-161, S. 153.

[2] *Haft* S. 156f.

[3] *Haft* S. 160.

[4] *Arthur Kaufmann*, Das Verfahren der Rechtsgewinnung – eine rationale Analyse, Deduktion, Induktion, Abduktion, Analogie, Erkenntnis, Dezision, Macht, 1999, S. VI.

[5] Zutreffend sagt Kaufmann daher an anderer Stelle, dass ein striktes Analogieverbot auf ein Interpretationsverbot hinausläuft (Analogie und »Natur der Sache«, 1965, S. 4).

[6] 5. Aufl. 1979, S. 425.

[7] *Brewer* S. 936 + S. 983 +S. 1006.

[8] *Jasper Liptow*, Das Fallrecht als Modell sprachlicher Praxis, in: *Friedrich Müller* (Hg.), Politik, (Neue) Medien und die Sprache des Rechts, 2007, 55-69, S. 1. Ich zitiere nach einem im Internet verfügbaren Manuskript; daher die abweichenden Seitenangaben.

[9] *Robert Brandom*, Pragmatistische Themen in Hegels Idealismus, Unterhandlung und Verwaltung der Struktur und des Gehalts in Hegels Erklärung begrifflicher Normen, Deutsche Zeitschrift für Philosophie 47, 1999, 355-381.

[10] A. a. . S. 377f.

[11] *Udo Kelle/Susann Kluge*, Vom Einzelfall zum Typus. Fallvergleich und Fallkontrastierung in der qualitativen Sozialforschung, 2. Aufl., 2010.

## Ähnliche Themen

- [Der Vergleich des Vergleichs als Weg zur Interdisziplinarität](#)
- [Ist die Analogie als juristische Methode überflüssig?](#)
- [Relevante Ähnlichkeit](#)
- [Analogie als Prozess](#)
- [Analogie und »Matter in Question«](#)
- [Analogie und Beispiel II: Defeasability](#)
- [Analogie und Beispiel I: Beispiele als Kontrastmittel](#)
- [Abduktion als Induktion oder Analogie](#)
- [Analogie – induktiv, deduktiv oder originär?](#)
- [Analogie, Logik und Argumentationstheorie](#)