Die Analogie als Entdeckungsverfahren und Gleichmacher

Posted on 13. April 2022 by Klaus F. Röhl

Vorbemerkung: Ein Emeritus ist (fast) aller Pflichten ledig. Er will nicht Karriere machen und muss keine Rücksichten nehmen. Er kann die Themen aufgreifen, wie sie sich ihm gerade aufdrängen. Nichts hält ihn an, eine Sache zu Ende zu führen, es sei denn er selbst. So habe ich mit dem Eintrag vom 27. 4. 2021 eine Reihe zum dem von mir so genannten *natural turn* begonnen (Die Natur der Sache als Schlüssel zur Interdisziplinarität). Ich kämpfe mit dem Thema, habe es aber nicht aufgegeben. Doch jetzt wollte ich für die Allgemeine Rechtslehre einen kleinen Abschnitt über die Analogie schreiben und musste feststellen, dass ich dazu bisher zu wenig gelesen und mir zu wenig Gedanken gemacht hatte. So habe ich mich zunächst in dieses Thema vertieft. Einen Teil meiner Lesefrüchte will ich hier ausbreiten. Heute zur Einleitung:

I. Analogien überall:

Die Analogie gehört zum Methodenkanon der Jurisprudenz. Robert J. Sternberg, ein Pionier der psychologischen Analyse analogen Denkens, betont die große Bedeutung der Analogiebildung auch für das Recht, und er zitiert dazu Edward H. Levi, einen Klassiker der amerikanischen Jurisprudenz[1]:

> »The basic pattern of legal reasoning is reasoning by example. It is reasoning from case to case. It is a three-step process described by the doctrine of precedent in which a proposition descriptive of the first case is made into a rule of law and then applied to a next similar situation. The steps are these: similarity is seen between cases; next the rule of law inherent in the first case is announced; then the rule of law is made applicable to the second case. This is a method of reasoning necessary for the law, but it has characteristics which under other circumstances might be considered imperfections.«

Für das Fallrecht des Common Law scheint die Analogiebildung noch wichtiger zu sein als für Rechtsordnungen, die auf die Analogie (explizit) nur zur

Lückenschließung zugreifen. Aber »Skeptiker«[2] wie Richard Posner sind der Meinung, dass die Analogie als spezifische juristische Denkform und Methode überflüssig sei:

> »There is no such thing as an ›analogical argument‹ in any but a rhetorical sense; you need reasons to determine whether one case should be thought relevantly similar to another. Analogies are not reasons; reasons are what is necessary to determine whether a similarity shall be treated as a ground for action, an analogy guiding decision.«[3]

Als Gründe akzeptiert Posner nur Regeln und *policy considerations*, also offene Zweck-Mittel-Erwägungen. Posner ist der Ansicht, dass für relevant gehaltene Ähnlichkeiten dem Entscheider erst sekundär in den Sinn kommen, und so das Framing im Sinne der gewünschten Entscheidung bestimmen. Die Analogie werde lediglich vorgeschoben, um eine Rechtsfortbildung zu verdecken. Mit dieser Skepsis steht Posner nicht allein.[4] Andere Skeptiker stellen vor allem darauf ab, Analogien bildeten kein Argument eigener Art, sondern dienten nur als Heuristiken zur Auffindung von relevanten Rechtsregeln oder Prinzipien.[5] In diesem Sinne sagt Neil MacCormick:

> » … no clear line can be drawn between arguments from principle and from analogy … Analogies only make sense if there are reasons of principle underlying them.«[6]

Solche Skepsis ruft angesichts der großen Wertschätzung, welche die Analogie genießt, nach Überprüfung.

In der Tat, allgemein ist man der Meinung, das Denken in Analogien sei ein universelles Entdeckungs- und Problemlösungsverfahren.

> » … theorists and practitioners in all intellectual disciplines, scientific and nonscientific alike, routinely rely on analogical reasoning ….«[7]

Analogiebildung kann auf der Basis vorhandenen Wissens neues Wissen generieren. Analogiebildung leitet an zur Entdeckung bislang unbemerkter Zusammenhänge. In Biologie[8] und in Sprachwissenschaft[9] werden durch Analogieforschung strukturelle Ähnlichkeiten erfasst, die auf gleichartige Funktionen hinweisen. Die Bionik arbeitet mit einer Parallelbetrachtung biologischer und technischer Systeme. Analogiebildung hilft beim Lernen und Erkennen von Zusammenhängen. Daher

findet sie großes Interesse in der Lernforschung. Psychologen erklären Kognition als Analogiebildung und testen die Intelligenz ihrer Probanden, indem sie Analogiebildung verlangen. Den Geisteswissenschaften verhelfen Analogien zu (nicht-deduktiven) Argumenten. Designer versprechen sich von Analogien neue Ideen. Und die Entwickler künstlicher Intelligenz modellieren ihre Programme analog zu den Modellen der Kognitionswissenschaft. Die Denkfigur der Analogie wird umgekehrt mit der Computer-Mind-Analogie erklärt. In Konstanz wurde Ähnlichkeit gar zum kulturtheoretischen Paradigma ausgerufen.[10] Aber, so die Fortsetzung des Zitats am Beginn des Absatzes:

> »What is distinctive about reasoning by analogy is … that, despite its importance to all disciplines and its special prominence in legal reasoning … , it remains the least well understood and explicated form of reasoning.«

Die juristische und die Argumentationsliteratur sind seither weiter gewachsen, haben aber keine Fortschritte gemacht. Was es zu sagen gibt, hatte schon Ulrich Klug in der 3. Auflage seiner »Juristischen Logik« von 1996 zusammengetragen. Fortschritt ist seither nur noch von der Kognitiven Psychologie und von der Informatik zu erwarten. Auf diesen Weg hat sich, soweit ich sehe, unter den Juristen, bisher nur Lloyd L. Weinreb[11] begeben. Wenn ich dennoch in den folgenden Einträgen weit aushole, so beanspruche ich nicht, etwas grundlegend Neues zu sagen. Die Schreibarbeit dient, wie mehr oder weniger alles auf Rsozblog, in erster Linie der Selbstverständigung. Vorgesehen sind fünfzehn Fortsetzungen, die hier schon einmal vorläufig aufgelistet werden.

II. Dionysos und Ares – Becher und Schild
III. Analoges Enkodieren
IV. Objekterkennung, Kategorisierung und Ähnlichkeit
V. Erklärende, heuristische und praktische Analogien, Nachahmung als Analogie
VI. Vollständige (kognitive) und normative Analogien
VII. Analogie, Logik und Argumentationstheorie
VIII. Analogie – induktiv, deduktiv oder originär?
IX. Abduktion
X. Beispiele als Kontrastmittel
XI. Defeasability
XII. Fallvergleich und Distinguishing
XIII. Analogie und »Matter in Question«
XV. Analogie als Prozess

XV. Relevante Ähnlichkeit
XVI. Casus und Regula
XVII. Ist die Analogie als juristische Methode überflüssig?

[Fortsetzung hier.]

---

[1] Edward H. Levi, An Introduction to Legal Reasoning, University of Chicago Law Review 15, 1948, 501-574, Zitat von S. 501f.

[2] Diesen Ausdruck übernehme ich von Frederick Schauer, Thinking Like a Lawyer, 2009, 96ff.

[3] Richard A. Posner, Reasoning by Analogy, Cornell Law Review 91, 2006, 761-774, S.768. (Posner rezensiert hier die erste Auflage von *Lloyd L. Weinreb*, Legal Reason. The Use of Analogy in Legal Argument, von 2006).

[4] Zu den »Skeptikern« zählen u. a. Larry Alexander, Constrained by Precedent, Southern California Law Review 63, 1989, 1-64; Larry Alexander/Emily Sherwin, Demystifying Legal Reasoning, 2008; Ronald M. Dworkin, In Praise of Theory, Arizona State Law Journal 29, 1997, 353-376, S. 371: »An analogy is a way of stating a conclusion, not a way of reaching one, and theory must do the real work.«; Melvin Aron Eisenberg, The Nature of the Common Law, 1988, S. 83f: »Reasoning by analogy differs from reasoning from precedent and principle only in form. … Cases are not determined in the common law simply by comparing similarities and differences.«; Kent Greenawalt, Law and Objectivity, 1992, S. 200; Peter Westen, On »Confusing Ideas«: Reply, Yale Law Journal 91, 1982, 153-1165, S. 1163: »One can never declare A to be legally similar to B without first formulating the legal rule of treatment by which they are rendered relevantly identical.«; Frederick F. Schauer, Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning, 2009 (S. 85ff). Auch ich selbst habe in der »Allgemeinen Rechtslehre« eine gewisse Skepsis gegenüber der Analogie erkennen lassen (Klaus F. Röhl/Hans Christian Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 633ff).

[5] Bartosz Brożek, Is Analogy a Form of Legal Reasoning?, in: Martin Borowski u. a. (Hg.), Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie, 2017, 291-204.

[6] Neil MacCormick, Legal Reasoning and Legal Theory, 1978, S. 161, 186.

[7] Scott Brewer, Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy, Harvard Law Review 109, 1996, 923-1028, S. 926.

[8] Franz M. Wuketits, Die sieben Formen der biologischen Ahnlichkeit, Biologie in unserer Zeit 7, 1979, 106-111.

[9] Karl-Heinz Best, Probleme der Analogieforschung, 1973.

[10] Anil Bhatti ua. Ähnlichkeit. Ein kulturtheoretisches Paradigma, Internationales Archiv für Sozialgeschichte der deutschen Literatur (IASL) 36, 2011, 233-247 (Projektvorstellung); Anil Bhatti/Dorothee Kimmich (Hg.), Ähnlichkeit. Ein kulturtheoretisches Paradigma, 2015; Dorothee Kimmich, Ins Ungefähre. Ähnlichkeit und Moderne, Paderborn 2017 (Rezension von Björn Bertrams, Modernes Denken zwischen Differenz und Ähnlichkeit, KulturPoetik 18, 118-122).

[11] Lloyd L. Weinreb, Legal Reason. The Use of Analogy in Legal Argument, 2. Aufl. 2016. In einem Appendix A (S. 149-154) gibt er einen Überblick über einschlägige Arbeiten aus der kognitiven Psychologie, der mir, hätte ich das Buch früher gelesen, viel Recherchearbeit erspart hätte.

Ähnliche Themen

- Der Vergleich des Vergleichs als Weg zur Interdisziplinarität
- Ist die Analogie als juristische Methode überflüssig?
- Analogie, Casus und Regula
- Relevante Ähnlichkeit
- Analogie als Prozess
- Analogie und »Matter in Question«
- Analogie und Beispiel III: Fallvergleich und Distinguishing
- Analogie und Beispiel II: Defeasability
- Analogie und Beispiel I: Beispiele als Kontrastmittel
- Abduktion als Induktion oder Analogie