

Hamburger Rechtsstudien

Heft 82

Das Prinzip der Analogie als juristische Methode

Ein Beitrag zur Geschichte
der methodologischen Grundlagenforschung
vom ausgehenden 18. bis zum 20. Jahrhundert

Von

A. W. Heinrich Langbein



Duncker & Humblot · Berlin

A. W. HEINRICH LANGHEIN

Das Prinzip der Analogie als juristische Methode

Hamburger Rechtsstudien
herausgegeben von den Mitgliedern des
Fachbereichs Rechtswissenschaft I der Universität Hamburg
Heft 82

Das Prinzip der Analogie als juristische Methode

**Ein Beitrag zur Geschichte
der methodologischen Grundlagenforschung
vom ausgehenden 18. bis zum 20. Jahrhundert**

Von

A. W. Heinrich Langhein



Duncker & Humblot · Berlin

Gedruckt mit Unterstützung der Universität Hamburg

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Langhein, A. W. Heinrich:

Das Prinzip der Analogie als juristische Methode : ein Beitrag
zur Geschichte der methodologischen Grundlagenforschung
vom ausgehenden 18. bis zum 20. Jahrhundert / von A. W.

Heinrich Langhein. – Berlin : Duncker und Humblot, 1992

(Hamburger Rechtsstudien ; H. 82)

Zugl.: Hamburg, Univ., Diss., 1990

ISBN 3-428-07299-5

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1992 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Fremddatenübernahme: Hagedornssatz, Berlin 46

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61

Printed in Germany

ISSN 0072-9590

ISBN 3-428-07299-5

Vorwort

Das Herausarbeiten einer Methode für die Rechtswissenschaft führt gleichzeitig zur Eingrenzung des Bereiches, mit dem man sich im Rahmen der Rechtswissenschaft zu befassen hat. Deswegen ist es auch verständlich, daß bei der historischen Verfolgung einer Methode wie der Analogie, ständig eine Auseinandersetzung mit dem Bereich, in dem Rechtswissenschaft stattzufinden hat, hervortritt.

An der Zeitwende zum 19. Jahrhundert wird mit P. J. Anselm v. Feuerbach eine grobe Aufteilung der Rechtswissenschaft in die *Rechtsbegründungslehre* und die *Rechtsanwendungslehre* vorgenommen, wobei sich die *Rechtsanwendungslehre* mit den vom Gesetzgeber ausgebrachten Normen beschäftigt, die *Rechtsbegründungslehre* mit der Schaffung neuer Normen befaßt. In beiden Bereichen der Rechtswissenschaft können Methoden zur Anwendung gelangen, sofern eine einigermaßen bewußte Festlegung dessen erfolgt, was unter dem jeweiligen Bereich zu verstehen ist. Die Analogiemethode kommt in beiden Bereichen zur Anwendung und führt darüber hinaus auch aus dem Bereich der *Rechtsanwendungslehre* heraus. Die zuletzt aufgeführte Tatsache zeigt, daß mit der Analogiemethode in den Bereich der *Rechtsbegründungslehre* aus der *Rechtsanwendungslehre* vorgestoßen wird. Damit ist ein Grundproblem der Anwendung von Analogieschlüssen in der *Rechtsanwendungslehre* aufgezeigt, dem es sich zu stellen gilt, wenn man nicht ein Verbot der Analogiemethode befürwortet. Da die Analogiemethode im Rahmen der *Rechtsanwendungslehre* vorwiegend ein Instrument des Richters darstellt, ist eine Handhabung dieser Methode von der *Rechtsanwendungslehre* zu bieten, die möglichst wenig bzw. voraussehbar den Bereich der *Rechtsbegründungslehre* berührt. Denn letztere steht grundsätzlich dem gesetzgebenden Organ in einem gewaltenteilten Ordnungssystem zu.

Die vorgelegte Arbeit orientiert sich grundsätzlich an der Aufteilung in *Rechtsbegründungs-* und *Rechtsanwendungslehre* in der Rechtswissenschaft. Dabei ist diese Orientierung auch nur der bloße „Versuch“ einer Festlegung, um einen Ausgangspunkt zu haben.

Herrn Professor Dr. Götz Landwehr danke ich für die Anregung zu diesem Thema und für die Betreuung während der Bearbeitung. Meinen Eltern danke ich für die Unterstützung bei der Ausarbeitung dieses Themas. Für die Betreuung der Erstellung des Manuskripts und der Bearbeitung des Stichwortverzeichnisses danke ich meiner Mutter Frau Irene Langhein. Dem Hanseatischen Forschungskolleg, insbesondere Herrn Matthias Lobe, danke ich für die anregenden und kontroversen Diskussionen zum Thema der Arbeit. Bei Herrn Professor Dr. Hans Hermann Seiler bedanke ich mich für die Aufnahme in die „Hamburger Rechtsstudien“.

Hamburg, im September 1991

A. W. Heinrich Langhein

Inhaltsverzeichnis

Einführung	13
<i>Erster Teil</i>	
Grundlagen	15
I. Allgemeines	15
II. Grundzüge der klassischen Lehre zur Analogie	16
1. Die Lehre von der Induktion	16
a) Die unvollständige Induktion	19
b) Die vollständige Induktion	20
2. Die Lehre von der Analogie	22
3. Zusammenfassung	31
<i>Zweiter Teil</i>	
Die Juristischen Lehren zum Analogieverfahren	33
Erster Abschnitt	
Das ausgehende 18. Jahrhundert	33
I. Das induktive Schlußverfahren als juristische Ausprägung der Analogie	33
1. Die Absicht des Gesetzgebers als Grundlage der Analogie bei Schnaubert	33
2. Die Analogie als Mittel zur Findung allgemeiner Rechtsgrundsätze bei Tafinger	34
3. Die Analogie als induktives Schlußverfahren und als Umkehrschluß bei Glück	36
II. Analogie als dem Natur- und Völkerrecht innewohnender „reiner Ähnlichkeitsschluß“	38
1. Analogie als „Reiner Ähnlichkeitsschluß“ und als Umkehrschluß bei Geisler	38

2. Die Rechts- und Gesetzesanalogie als „reiner Ähnlichkeitsschluß“ aus dem Geist des Gesetzes bei Grolman	40
III. Die grammatisch unvollständige Induktion als Analogie bei Kleinschrod	42
Zweiter Abschnitt	
Das 19. Jahrhundert	46
I. Analogie als induktiv-deduktives Doppelverfahren im Rahmen der klassischen Lehre	46
1. Die moralische und physische Analogie bei Globig	46
2. Böcking	50
II. Analogie als reines induktives Schlußverfahren juristischer Ausprägung	51
1. Die vom Gesetzgeber gedachte Vorgabe des Rechts als Grundlage des Analogieverfahrens	51
a) Gönner	52
b) Der Wille des Gesetzgebers als Maßstab der Analogie – Jordan ..	52
c) Der Wahrscheinlichkeitscharakter im Analogieverfahren bei Brinz	54
d) Der Richter als Gedankenträger des Gesetzgebers – Thibaut ..	56
e) Vangerow in der Nachfolge von Thibaut	59
f) Die Übernahme der Methodenlehre Thibauts durch Windscheid	61
g) Analogie als Überschreitung des gesetzgeberischen Willens auf der Grundlage der Wesensgleichheit – Regelsberger	62
2. Das vorgegebene naturrechtlich-idealistiche Prinzip als Grundlage des Analogieverfahrens	64
a) Der analogisch reine „Ähnlichkeitsschluß“ als indirekte und induktive Anwendung einer positiven Norm – Ulrich	64
b) Die in der Rechtswissenschaft verkörperte Rechtswahrheit als axiomatische Grundlage des Rechts – Puchta	69
c) Die Anwendung eines „Prinzips“ als Analogie – Thöl	70
d) Goldschmidts eklektizistischer Methodenansatz im Recht	73
e) Merkel als ein Begründer der „modernen Lückentheorie“ und ihres Zusammenhangs mit der Analogie	76
f) Binding	78
III. Analogie als induktives Schlußverfahren und als reiner „Ähnlichkeitsschluß“	80
1. Das gesetzte Recht als Grundlage des Analogieverfahrens	80
a) Feuerbachs strenge Unterscheidung von der Ursache und der Existenz des positiven Rechts	81

b) Der historisch gewachsene Rechtsstoff als Kernpunkt des Analogieverfahrens bei Savigny	87
c) Der reine „Ähnlichkeitsschluß“ als Analogie in der von Kierulff ausgeprägten Art	95
d) Mühlenbruch	99
2. Das menschlich konkrete Lebensverhältnis als Grundlage der Analogie bei Jhering	100
3. Das gesetzte Recht und die Natur der Sache als Grundlage des Analogieverfahrens bei Wächter	104
a) Allgemeine Grundlagen	104
b) Das Analogieverfahren Wächters im Strafrecht	105
c) Das Analogieverfahren Wächters im Zivilrecht	109
IV. Die Bestimmung der Reichweite des Rechts durch Bergbohm	113

Dritter Abschnitt

Das 20. Jahrhundert	117
I. Die Lücke im Gesetz oder im Recht	117
1. Zitelmanns Lehre vom „allgemeinen negativen Satz“	117
2. Kelsens Auffassung über „Lücken“ im Recht	119
3. Würdigung	120
II. Die Überleitung der klassischen Analogielehre in den juristischen Bereich	123
1. Der Ansatz zu einer Überführung der klassischen Logik in den Bereich der Rechtslehre durch Rudolf Stammller	123
2. Die Einführung der formalen Logik für die juristische Methodenlehre durch Klug	129
III. Analogie als Findung des gesetzlichen Grundgedankens oder des Prinzips über die unvollständige Induktion	135
1. Der „Standpunkt“ des Gesetzgebers als generaler Rechtssatz einer unvollständigen Induktion – Herrfardt	135
2. Der „gemeinsame Grundgedanke“ als Anhaltspunkt des unvollständigen Induktionsverfahrens – Sauer	137
3. Die „Gleichheit des Grundes“ als Maßstab für analoge Rechtsanwendung – Nawiasky	139
4. Der induktiv ermittelte Gesetzeszweck als Grundlage zur Regelung ungeregelter Fälle – Bartolomeyczik	141
5. Die analoge Rechtsanwendung als Wirksamwerden von gesetzlichen Prinzipien – Enneccerus – Nipperdey	143
6. Der Grundgedanke des Gesetzes als Kernpunkt des Analogieverfahrens bei Heller	147

IV. Juristische Analogie als unvollständige Induktion zur Findung eines gesetzlichen Prinzips und als Ähnlichkeitsschluß	152
1. Die analoge Rechtsanwendung als Prinzip von Ursache und Wirkung – von Tuhr	152
2. Die Herausarbeitung der Analogie als „Ähnlichkeitsschluß“ und als unvollständige Induktion – Larenz	154
3. Die gleichzeitige Feststellung und Ausfüllung von Lücken mit Hilfe der Analogie – Canaris	161
V. Die juristische Analogie als Gleichheit der Interessenlage und als konsequente Verfolgung gesetzlicher Zweckrichtung	167
1. Die bezugslose „Gleichheit der Interessenlage“ im Analogieverständnis Hecks	167
2. Wüstendorfers Analogieverständnis als Annäherung an eine Induktion	172
3. Rümelin	175
VI. Der gesetzliche Subsumtionsvorgang verstanden als Analogiemethode	177
1. Die normierte „Zweckrichtung“ als Auslegungsmaßstab einer Norm anstelle des Analogieverfahrens – Sax	177
2. Analogie als Angleichung von Gesetzesnorm und Lebenssachverhalt über das Denken aus der „Natur der Sache“ und dem Typus – Kaufmann	186
VII. Die subjektive Vorbewertung eines Rechtsfalles als juristische Analogie – Esser	198

Dritter Teil

Historisch-kritische Einordnung der Analogieverfahren	203
I. Die Suche nach dem „Gedanken“, der „Absicht“ und dem Geist – „ratio legis“ – des Gesetzgebers als Maßstab zur Regelung unregelbarer Fälle	204
II. Die Erfassung eines generalen Satzes mittelst der unvollständigen Induktion aus „Tatbestand“, „Volksgeist“ und „konkretem Lebensverhältnis“	210
III. Sonderwege zur Handhabung der „juristischen Analogie“ im 20. Jahrhundert	211
1. Die „Interessenjurisprudenz“ als Wegbereiter der „Wertungsjurisprudenz“	211
2. Die Gesetzliche Subsumtion als Analogie	212
IV. Die versuchte Überführung der klassischen Analogielehre in den juristischen Bereich	213
V. Ergebnis	215
VI. Ausblick	216
Literaturverzeichnis	220
Stichwortverzeichnis	231

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	= anderer Ansicht
a. a. O.	= am angegeben Ort
ABGB	= Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich
Abschn.	= Abschnitt
AcP	= Archiv für civilistische Praxis
ALR	= Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
Art.	= Artikel
Aufl.	= Auflage
Bd.	= Band
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
ders.	= derselbe
d. h.	= das heißt
d.i.	= das ist
DStZ	= Deutsche Steuerzeitung
f.	= folgend (e) (Seite)
ff.	= folgende (Seiten)
FN	= Fußnote
FS	= Festschrift
HdR	= Handwörterbuch der Rechtswissenschaft
HGB	= Handelsgesetzbuch
Hrsg.	= Herausgeber
hrsg. v.	= herausgegeben von ...
insbes.	= insbesondere
i.S.d.	= im Sinne des
JuS	= Juristische Schulung
Kap.	= Kapitel
m.w.N.	= mit weiteren Nachweisen
N.F.	= Neue Folge
N.J.W.	= Neue Juristische Wochenschrift
o.a.	= oben angegeben
o.g.	= oben genannt
P.G.O.	= Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V.
Pkt.	= Punkt
Rdn.	= Randnummer
RStGB	= Reichsstrafgesetzbuch (1871)
S.	= Seite
scil.	= scilicet
sog.	= sogenannt
StGB	= Strafgesetzbuch
ThZ	= Theologische Zeitschrift
u.s.w.	= und so weiter
vgl.	= vergleiche

Zeitschr. f. Civilr. u. Pro.	= Zeitschrift für Civilrecht und Process
ZNR	= Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte
ZSR	= Zeitschrift für Schweizer Recht
ZStW	= Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
² 1853	= Hochgestellte und vorangestellte Zahlen geben die Auflage im Jahr des Erscheinens an.

Einführung

Gegenstand dieser Abhandlung ist alleinig die Darlegung des Inhalts und der Bedeutung des Analogieverfahrens in der Jurisprudenz vom ausgehenden 18. bis ins 20. Jahrhundert. Als Ausgangspunkt und Maßstab bei der Ausforschung des juristischen Umgangs mit dem Begriff der Analogie werden grundlegend die Ausführungen von Aristoteles zur Analogie — und darauf aufbauend die Erläuterungen des allgemeinen Verständnisses dazu im ausgehenden 18. und im gesamten 19. Jahrhundert — benutzt. Diese Vorgehensweise findet seine Rechtfertigung in dem gemeinhin inhaltlich belegten Analogiebegriff, der nur aus seinem historischen Ursprung verständlich wird. Das Verständnis zur Analogie ist demnach nur an den jeweils historisch-geistigen Rahmenbedingungen zu messen.¹ Deswegen werden Ausführungen von Kant und nachfolgenden philosophischen Autoren zum Begriff der Analogie der gesamten Abhandlung vorangestellt.² Im Rahmen einer historischen Grundlagenforschung würde auch ein Maßstab, der vom Ergebnis seiner eigenen Entwicklung her das beurteilt, was die eigene Grundlage ist, lediglich zur unkritischen Beobachtung von menschlichen Gedankengängen führen.³ Der tatsächliche Wert einer Gedankenleistung zu einer bestimmten Methode ist nämlich an dem jeweils geschichtlichen Umfeld festzumachen. Denn der Fortschritt einer Entwicklung lässt sich wohl nur auf der Grundlage des Vorhandenen feststellen. Dies gilt insbesondere dann, wenn ein Begriff inhaltlich schon eine Prägung gefunden hat und damit seine Bedeutung in der Geschichte ein allgemeines Verständnis hervorgerufen hat.

Die Abhandlung gliedert sich grundsätzlich in chronologischer Reihenfolge nach den Ausführungen juristischer Autoren, die zur Analogie und ihrer Bedeutung und Brauchbarkeit für die Jurisprudenz schreiben. Allerdings werden jeweils die Autoren zusammengefaßt, die vom gleichen Grundansatz in der Analogiemethode ausgehen. Im Anschluß an die dargelegten Ausführungen jedes einzelnen Autors zur Analogie, wird die zeitgenössische Kritik anderer Autoren daran aufgeführt. Dabei lassen sich manchmal Vorgriffe auf andere Autoren, die ein eigenes — und damit von einem anderen Grundansatz ausgehendes — Analogieverständnis haben, nicht vermeiden. Dieser Nachteil

¹ Insoweit wird dem grundlegenden Verständnis von Wieacker, in: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 14ff. zur Rechtsgeschichte Rechnung getragen.

² Vgl. dazu Erster Teil.

³ Steinwenter, in: *Prolegomena zu einer Geschichte der Analogie (I)*, FS für F. Schulz Bd. 2, 356 und Falk, in: *Die Analogie im Recht*, 41 beurteilen aber das juristische Analogieverfahren in seiner geschichtlichen Entwicklung anhand ihres jeweils gegenwärtig in der Literatur herrschenden Verständnisses zur juristischen Analogie.

ist in der Zusammenfassung derjenigen Autoren, die einen gleichen Grundansatz in der Analogiemethode haben, begründet. Der Überblick, bezogen auf gleiche Methodenansätze, rechtfertigt aber gerade diesen Aufbau der Arbeit und läßt auch den Ausgangspunkt und Maßstab, der in der klassischen Analogielehre liegt, deutlicher zur Geltung kommen. Im Anschluß an die Ausführungen zur zeitgenössischen Kritik an dem jeweiligen Autor wird dann eine eigene Bewertung angefügt, die sich von der klassischen Analogielehre leiten läßt.

An Literatur, die die Analogie beginnend mit den römischen Rechtsquellen bis in das 19. Jahrhundert verfolgt, sind vor allem die Arbeiten Steinwinters⁴ zu erwähnen, die jedoch in einleitenden Bemerkungen zur juristischen Analogieentwicklung verbleiben. Die Arbeit Falks⁵ zur geschichtlichen Entwicklung der Analogie behandelt den Analogiebegriff hauptsächlich im Hinblick auf seine juristische Herkunft, weniger seine Bedeutung. Die reichhaltige Aufführung von Quellenmaterial drängt insoweit die inhaltliche Auseinandersetzung mit der (juristischen) Analogie etwas zurück und wird auch nur bis in das 18. Jahrhundert verfolgt.⁶

An der Wende zum 19. Jahrhundert setzt die hier vorgelegte Abhandlung zur juristischen Analogie in Fortführung der genannten Vorarbeiten an und verfolgt die intensive Auseinandersetzung mit der Analogiemethode bis ins 20. Jahrhundert hinein. Insoweit handelt es sich hier um eine fortgesetzte Untersuchung, deren Gegenstand noch keine intensive Auseinandersetzung erfahren hat.⁷ In Bezug auf die Entwicklung der Analogie in der Jurisprudenz ist kaum eine Trennung zwischen zivil- und strafrechtlicher Anwendung dieser Methode möglich, so daß dort, wo Berührungspunkte auftauchen, beide Rechtsgebiete verfolgt werden.⁸ Inwieweit die juristischen Analogiemethodenansätze mit der tatsächlichen Bedeutung und Brauchbarkeit der Analogie zusammenhängen, ist Hauptgegenstand dieser Arbeit.

⁴ Steinwenter, in: *Prolegomena zu einer Geschichte der Analogie II: Das Recht der kaiserlichen Konstitutionen*, in: *Studi Vincenzo Arangio Ruiz* Bd. 2, 169-186; in: *Analoge Rechtsanwendung im römischen Recht*, in: *Studi Emilio Albertario* Bd. 2, 105-127.

⁵ Falk, a.a.O.

⁶ Vgl. dazu auch Steinwenter, in: *Prolegomena...*, a.a.O., (I), 356.

⁷ Steinwenter, in: *Prolegomena, ... a.a.O.*, (I), 360ff. deutet lediglich in Selbstbeschränkung hinsichtlich seiner Abhandlung („*Prolegomena*“) oberflächig eine Entwicklung an. Schott, in: *Rechtsgrundsätze und Gesetzeskorrektur* beschränkt sich insgesamt auf die Geschichte gesetzlicher Rechtsfindungsregeln.

⁸ v. Weber, in: *Zur Geschichte der Analogie im Strafrecht*, in: *ZStW* Bd. 65 (1937), 653-675 erfaßt das eigentliche Wesen des Analogiebegriffes und der daran hängenden Methode nicht. Vielmehr wird eine allgemeine Rechtsentwicklung zur Entscheidungsweite des Richters im Strafrecht geboten.

Erster Teil

Grundlagen

I. Allgemeines

Zur Standortbestimmung für den Gegenstand dieser Arbeit ist eine übergreifende Erfassung von Begriff, Inhalt und Bedeutung der Analogie erforderlich. Dabei mag für das Verständnis zur Analogie zunächst ganz allgemein eine Umschreibung des gegenwärtig anerkannten Begriffsinhaltes herausgestellt werden, bevor auf die klassische Lehre zur Analogie, die diesen Begriff ursprünglich festgelegt hat, im besonderen eingegangen wird.

Das vom griechischen „aná-logon“ kommende Wort „Analogie“ bedeutet „dem Logos entsprechend, verhältnismäßig (nach Verhältnis), übereinstimmend“.¹ Die entsprechende lateinische Übersetzung „comparatio“ und „proportio“ verdeutlicht diese Bedeutungen.²

In der Alltagssprache soll jede Erkenntnis durch Ähnlichkeit oder Vergleich eine „Analogie“ sein, wobei zwischen logischer und translogischer Bedeutungsebene nicht unterschieden wird.³ Darüber hinaus wird Analogie als eine besondere Art von Ähnlichkeit dargestellt. Allgemein bezeichnet dabei die Analogie den Schluß von dem Bekannten oder dem Bekannteren auf das Unbekannte oder Minderbekannte.⁴ Das Sein eines Seienden wird danach durch Vergleich mit einem anderen erschlossen oder verdeutlicht.⁵ Bei Höffding, der die Analogie neben der Totalität und der Relation zu den Kategorien zählt, wird die Analogie als Übergangsform zur Identität (der absoluten Gleichheit), als Qualitätsähnlichkeit, zusammengesetzte Ähnlichkeit und Dekkungsähnlichkeit bezeichnet, die sich nur auf einzelne Eigenschaften oder Teile zweier Dinge bezieht.⁶

¹ Krug, in: Allgemeines Handwörterbuch der philosophischen Wissenschaften Bd. 1, 129; Lotz, in: Philosophisches Wörterbuch, Hrsg. W. Brugger, 11; Meyers kleines Lexikon — Philosophie, 27; Streller, in: Philosophisches Wörterbuch, 17.

² Vgl. auch Krug, a.a.O., Holz, in: Handbuch Philosophischer Grundbegriffe Bd. 1, Hrsg. H. Krings u.a., 52.

³ Holz, a.a.O., 52.

⁴ Krug, a.a.O., 130; Streller, a.a.O.

⁵ Lotz, a.a.O.

⁶ Höffding, in: Der Begriff der Analogie, 1ff. und dazu die Ausführungen zur klassischen Analogielehre unten. Vgl. insgesamt auch den allgemeinen Überblick zur Analogie bei Kluxen, in: Ritter (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, Sp. 214ff.