

Aufsatz ZR

PD Dr. Christoph Luther

Die juristische Analogie

Christoph Luther: Der Autor ist Privatdozent an der Universität Potsdam. Im Sommersemester 2013 vertritt er zu der J. W. Goethe-Universität Frankfurt a. M. den Lehrstuhl für Antike Rechtsgeschichte, Europäische Privatrechtsgeschichte und Zivilrecht.

Rechtsanwendung beruht stets auf einem Fallvergleich. Entspricht ein Sachverhalt dem Tatbestand einer Norm, tritt die angeordnete Rechtsfolge ein. Bisweilen erfordern Zweckmäßigkeit und Einzelfallgerechtigkeit es jedoch, die Rechtsfolge einer Norm per Analogie auf Sachverhalte zu erstrecken, die dem Normtatbestand lediglich ähneln. Der folgende Beitrag befasst sich mit der Frage, wann eine Analogie zulässig ist und wie man sie sachgerecht prüft.

Art. 20 III GG enthält einen zentralen Grundsatz des Rechtsstaates: Die Bindung der Rechtsprechung an Recht und Gesetz¹. Er gewährleistet die Autorität des demokratischen Gesetzgebers und die Rechtssicherheit der Bürger². Aber wie weit reicht dieser Grundsatz? Denkbar wäre eine strikte Bindung des Richters an den Wortlaut des Gesetzes. Resultat wäre ein Höchstmaß an Rechtssicherheit – aber der Preis wäre hoch: Der Semantik des Rechtssatzes ausgeliefert, fiel es den Gerichten schwer, veränderte Lebensbedingungen zu berücksichtigen oder legislative Unzulänglichkeiten zu überbrücken. Die Folge wären zweckwidrige und unbillige Urteile, die dem Gemeinwesen und den Rechtssuchenden schaden würden. Konsens ist daher, dass Art. 20 III GG die Rechtsprechung nicht an den Wortlaut des Gesetzes, sondern an den Willen des Gesetzgebers bindet. Demnach sind die Gerichte berechtigt und verpflichtet, das Recht im Sinne des Gesetzgebers fortzubilden, wenn die existierenden Normen seinen Willen nur unvollkommen zum Ausdruck bringen³.

Das geläufigste Mittel der Rechtsfortbildung ist die juristische Analogie. Mit ihr wird der Anwendungsbereich

einer Rechtsnorm auf einen Sachverhalt erstreckt, der dem Tatbestand nicht entspricht, ihm aber ähnelt. Zulässig ist eine Analogie, wenn anzunehmen ist, dass der Gesetzgeber den betreffenden Sachverhalt bei vollständiger Tatsachenkenntnis und fehlerfreier Umsetzung seines Willens in den Tatbestand aufgenommen hätte. Im Hinblick auf Art. 20 III GG erfordert das eine tragfähige Begründung. Rechtsprechung und Literatur genügen diesem Erfordernis nicht immer. Begründungen für oder gegen juristische Analogien sind oft oberflächlich und unvollständig. In anderen Fällen sind sie umständlich und redundant. Mit einer klaren Vorstellung von der Struktur der juristischen Analogie können beide Defizite vermieden werden.

I. Subsumtion und Analogie

Rechtsanwendung handelt stets von der Frage, welche Rechtsnormen auf einen Sachverhalt anwendbar sind. Im Vordergrund steht die Subsumtion. Sie ist eine Form der Deduktion. Obersatz ist der Rechtssatz, Untersatz die Feststellung, ob der Sachverhalt dem Tatbestand entspricht. Aus Ober- und Untersatz folgt eine Aussage über die (unmittelbare) Anwendbarkeit der Rechtsnorm. Die Deduktion ist ein analytischer Schluss. Sie produziert kein neues, sondern reproduziert nur vorhandenes Wissen⁴. Der Erkenntnisgewinn entsteht bei der Formulierung des Untersatzes, also bei der Untersuchung, ob der Sachverhalt dem Tatbestand entspricht. Dabei handelt es sich um einen Vergleich. Ausgangspunkt dieses Vergleichs ist die Rechtsnorm. Rechtsnormen enthalten Wertungen, die bestimmte Sachverhalte einer bestimmten Rechtsfolge unterwerfen⁵. Der Rechtsanwender vergleicht Sachverhalt und Tatbestand und legt sein Ergebnis im Untersatz nieder. Damit entscheidet er über die Anwendung der Rechtsnorm und überträgt die Wertung des Normgebers in die Realität. Die anschließende Subsumtion fördert

¹ Vgl. Schulze-Fielitz, in: Dreier: Grundgesetzkommentar, 2. Aufl. (2006), Art. 20 (Rechtsstaat), Rdnr. 92.

² Vgl. dazu Art. 97 I GG sowie Leibholz/Rinck, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Stand: Oktober 2011), Art. 20, Rdnr. 606.

³ Vgl. Schulze-Fielitz (o. Fußn. 1), Art. 20 (Rechtsstaat), Rdnr. 102f. mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

⁴ Vgl. Arthur Kaufmann, Das Verfahren der Rechtsgewinnung, 1999, S. 54.

⁵ Zwar ordnen nicht alle Rechtsnormen eine bestimmte Rechtsfolge an, aber auch Normen, die nur Definitionen oder Präzisierungen enthalten, sind letztlich darauf gerichtet, Lebenssachverhalte in einer bestimmten Art und Weise zu regeln.

keine weitere Erkenntnis zutage: Sie bestätigt nur die Aussage der Rechtsnorm, nämlich dass alle tatbestandsmäßigen Sachverhalte der angeordneten Rechtsfolge unterworfen werden sollen.

Beispiel:

Obersatz: Der Schadensersatzanspruch reduziert sich in Entsprechung zum Mitverschulden des Gläubigers (§ 254 I BGB).

Untersatz: G hat gegen S einen Schadensersatzanspruch. Ihn trifft kein Mitverschulden/ihn trifft ein Mitverschulden von 50%.

Ergebnis: Der Schadensersatzanspruch des G gegen S reduziert sich nicht/reduziert sich um 50%.

Manchmal ist unklar, ob der Tatbestand einer Norm einen bestimmten Sachverhalt noch erfasst. In diesen Fällen muss der Rechtsanwender den Tatbestand auslegen. Auslegung ist eine spezifische Form der Textinterpretation zur Ermittlung des verbindlichen Inhalts einer Rechtsnorm. Sie findet ihre Grenze am möglichen Wortsinn des Tatbestandes. *Bei der Auslegung bleibt der Obersatz also unangetastet.*

Lässt sich ein Sachverhalt unter den Tatbestand einer Rechtsnorm subsumieren, gilt die angeordnete Rechtsfolge. Aber was passiert, wenn die Subsumtion scheitert, weil der zu beurteilende Sachverhalt nicht zu den Fällen gehört, die der Tatbestand beschreibt?

Beispiel:

Obersatz: Der Schadensersatzanspruch reduziert sich in Entsprechung zum Mitverschulden des Gläubigers (§ 254 I BGB).

Untersatz: G hat gegen S einen Kostenerstattungsanspruch aus § 1004 I 1 BGB. Am Eintritt der Störung trifft ihn ein Mitverschulden von 50%.

Ergebnis: § 254 I BGB ist auf den Beseitigungsanspruch aus § 1004 I 1 BGB dem Wortlaut nach nicht anwendbar.

Folgt aus dem Scheitern der Subsumtion, dass die Rechtsfolge der herangezogenen Rechtsnorm nicht eintreten soll? Wenn dem so wäre, dürfte der Rechtsanwender das Mitverschulden des Gläubigers beim Anspruch aus § 1004 I BGB nicht berücksichtigen. Zwingend wäre dieser Schluss aber nur, wenn § 254 I BGB die Aussage enthielte, dass ein Mitverschulden des Gläubigers *nur* bei Schadensersatzansprüchen zu einer Anspruchskürzung führen soll. Andernfalls wäre es denkbar, auch andere Ansprüche zu kürzen – insbesondere wenn sie den Schadensersatzansprüchen wertungsmäßig ähneln. Wird die von einer Rechtsnorm angeordnete Rechtsfolge auf einen dem Tatbestand ähnlichen Fall angewendet, spricht man von einer Analogie. *Der Unterschied zur Subsumtion besteht darin,*

dass der Obersatz durch die Erweiterung des Normanwendungsbereichs modifiziert wird.

Zulässig ist eine Analogie unter zwei Voraussetzungen: Erstens muss die fragliche Rechtsnorm Ausdruck eines verallgemeinerungsfähigen Rechtsgedankens sein, und zweitens muss der Sachverhalt den vom Tatbestand erfassten Fällen so ähnlich sein, dass eine Erstreckung der Rechtsfolgen gerechtfertigt ist. *Kurz: orm und Sachverhalt müssen analogiefähig sein.*

Beispiel:

Ausgangspunkt: Gescheiterte Subsumtion:
Seinem Wortlaut nach ist § 254 I BGB auf den Anspruch aus § 1004 I 1 BGB nicht anwendbar (s. o.)

Analogiefähigkeit d. Norm:

§ 254 I BGB enthält einen verallgemeinerungsfähigen Rechtsgedanken und kann daher auf ähnliche Fälle angewendet werden.

Analogiefähigkeit d. Falls:

Der Anspruch des G gegen S auf Erstattung der Beseitigungskosten aus § 1004 I 1 BGB ähnelt einem Schadensersatzanspruch hinreichend, um eine analoge Anwendung von § 254 I BGB zu rechtfertigen (str.). Am Eintritt der Störung trifft G ein Mitverschulden von 50%.

Ergebnis: Gemäß § 1004 I 1 BGB i. V. m. § 254 I BGB analog hat G gegen S einen Anspruch auf Erstattung von 50% der Beseitigungskosten.

II. Analogiefähigkeit der Norm

Grundvoraussetzung der juristischen Analogie ist die Analogiefähigkeit der jeweiligen Norm. Analogiefähig sind alle Rechtsnormen, deren Tatbestandsmerkmale hinreichende, aber nicht notwendige Voraussetzungen der angeordneten Rechtsfolge sind. Zu klären ist also, ob der Tatbestand den Anwendungsbereich der angeordneten Rechtsfolge abschließend beschreibt oder nicht. Ergibt sich, dass der Gesetzgeber die Rechtsfolge auf die im Tatbestand beschriebenen Fälle beschränken wollte, kommt eine Analogie nicht in Betracht. Prominentestes Beispiel dafür ist das in Art. 103 II GG enthaltene Verbot der strafbegründenden Analogie (»nulla poena sine lege scripta«). Im Verwaltungsrecht ist die Zulässigkeit belastender Analogien umstritten⁶. Sofern kein Analogieverbot vorliegt,

⁶ Vgl. dazu Grzeszick in: Maunz/Dürig: Grundgesetz Kommentar (Stand: Januar 2012), Art. 20, VI, Rdnrn. 88ff. sowie ausführlich: Beaucamp, AöR, Bd. 134 (2009), S. 83–105 sowie Hemke, Methodik

muss im Wege der Auslegung bestimmt werden, ob der Gesetzgeber die Rechtsfolgen einer Norm auf die tatbestandlichen Fälle beschränken wollte. Wenn dem so ist, indiziert die mangelnde Tatbestandsmäßigkeit eines Sachverhalts, dass die Rechtsfolge nicht eintreten soll (*Umkehrschluss*). Eine Analogie kommt dann nicht in Betracht. Bei Rechtsnormen, die im Widerspruch zu höheren Rechtsprinzipien stehen (*singuläres Recht*) ist das häufig der Fall. Gleichwohl sind auch solche Rechtsnormen nicht per se analogieunfähig⁷. Wie bei allen anderen Rechtsnormen ist durch Auslegung zu ermitteln, ob der Tatbestand ihren Anwendungsbereich abschließend beschreibt oder nicht. Sofern dies nicht erkennbar ist, gebietet das in Art. 3 GG verankerte Gleichbehandlungsgebot die analoge Rechtsanwendung⁸. *Rechtsnormen sind also analogiefähig, sofern sich aus dem Gesetz nichts Gegenteiliges ergibt*⁹.

Beispiel:

Nachdem festgestellt wurde, dass der Wortlaut von § 254 I BGB die Ansprüche aus § 1004 I BGB nicht erfasst, ist eine Analogie zu prüfen. Voraussetzung dafür ist die Analogiefähigkeit von § 254 I BGB. Da kein Analogieverbot einschlägig ist und die Auslegung von § 254 I BGB nicht darauf hindeutet, dass der Gesetzgeber dessen Rechtsfolge (eine dem Gläubiger mitverschulden gemäße Minderung seines Anspruchs) auf die Schadensersatzansprüche beschränken wollte, ist von der Analogiefähigkeit dieser Norm auszugehen.

Analogiefähigkeit einer Norm bedeutet eine Erweiterung ihres Obersatzes auf die *ähnlichen Fälle*.

Beispiel:

§ 254 I BGB enthält den Obersatz, dass bei Schadensersatzansprüchen das Mitverschulden des Gläubigers zur Anspruchsminderung führt. Aus der Analogiefähigkeit dieser Norm folgt, dass auch bei Ansprüchen, die Schadensersatzansprüchen ähnlich sind, das Mitverschulden des Gläubigers zur Anspruchsminderung führt.

der Analogiebildung im öffentlichen Recht, 2006, S. 268–292, jeweils mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

⁷ Vgl. dazu *Klug*: Juristische Logik, 4. Aufl. (1982), S. 112ff.

⁸ Vgl. dazu *Kramer*, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. (2010), S. 197 mit weiteren Nachweisen.

⁹ Ergibt sich aus dem Gesetz, dass eine Norm nicht analogiefähig ist, kommt eine Analogie auch dann nicht in Betracht, wenn Art. 3 GG eine Gleichbehandlung des nicht tatbestandsmäßigen Falls gebietet. Die einzige Möglichkeit, in solchen Fällen zu einem verfassungsgemäßen Ergebnis zu gelangen, ist die konkrete Normenkontrolle Art. 100 I GG, §§ 80 ff. BVerfGG.

III. Analogiefähigkeit des Sachverhalts

Steht die Analogiefähigkeit der Norm fest, hängt die Zulässigkeit der Analogie von der Analogiefähigkeit des *Sachverhalts* ab. Dieser muss dem Tatbestand so ähnlich sein, dass eine Analogie gerechtfertigt ist. Mit anderen Worten: Der Sachverhalt muss sich unter den um die *ähnlichen Fälle* erweiterten Obersatz subsumieren lassen. *Die Feststellung der Analogiefähigkeit des Sachverhalts ist Subsumtion unter den unbestimmten Rechtsbegriff »ähnliche Fälle«.*

Ähnlichkeit ist eine Frage des Maßstabes. Wegen des normativen Charakters der Rechtswissenschaft ist dieser Maßstab auf der Wertungsebene angesiedelt: Maßgeblich ist daher nicht die faktische Ähnlichkeit der Vergleichsfälle, sondern die Frage, ob ein nicht tatbestandsmäßiger Sachverhalt unter Wertungsgesichtspunkten behandelt werden *soll* wie die tatbestandsmäßigen Fälle. Die Maßstäbe dieser Entscheidung sind im Gesetz vorgegeben: Es sind Systematik, Geschichte und Telos der Norm. Sie korrespondieren mit drei der vier klassischen Auslegungskanonnes. Die Wortlautinterpretation als vierter Kanon kommt nicht in Betracht, weil die Analogie nur zur Anwendung kommt, wenn ein Sachverhalt vom Wortlaut eines Tatbestandes nicht mehr erfasst wird.

Die für eine Analogie hinreichende Ähnlichkeit liegt vor, wenn eine negative und eine positive Voraussetzung zusammenkommen. Negative Voraussetzung ist, dass die Anwendung der Norm auf den ähnlichen Fall nicht gegen Normsystematik, gesetzgeberischen Willen oder Normzweck verstoßen würde. Ist diese Voraussetzung gegeben, liegt eine hinreichende Ähnlichkeit der Fälle vor, wenn ein einziger (systematischer, historischer oder teleologischer) Aspekt für die Analogie spricht.

Beispiel:

Der vom Wortlaut des § 254 I BGB nicht erfasste Aufwendungsersatz ist dem dort geregelten Schadensersatz hinreichend ähnlich, um eine Analogie zu rechtfertigen. Weder Normsystematik noch gesetzgeberischer Wille oder Normzweck sprechen gegen eine Gleichbehandlung von Aufwendungs- und Schadensersatz (negative Voraussetzung der Ähnlichkeitsprüfung). Zugleich lässt § 254 I BGB erkennen, dass der Gesetzgeber meinte, dass wer seine Rechtsgüter gefährdet, die Konsequenzen daraus tragen soll¹⁰. Dieser Gedanke lässt sich auf den Aufwendungsersatz übertragen (positive Voraussetzung der Ähnlichkeitsprüfung).

¹⁰ Vgl. *Staudinger/Schiemann*, 2005, § 254, Rdnr. 4. Vielfach wird § 254 BGB auch auf den Grundsatz von Treu und Glauben (Verbot des *venire contra factum proprium*) zurückgeführt. Vgl. dazu *Staudinger/*

Eine hinreichende Ähnlichkeit des Schadensersatzanspruchs mit den Kostenerstattungsansprüchen aus § 1004 I BGB ist hingegen umstritten. Einige Literaturstimmen verneinen sie mit dem Argument, dass § 1004 I BGB den Störer nur verpflichte, die unrechtmäßige Anmaßung von Eigentümerbefugnissen zu beenden. Anders als die Schadensersatzansprüche diene der Anspruch aus § 1004 I BGB nicht dem materiellen Ausgleich, sondern vorrangig der Gewährleistung von Eigentümerrechten¹¹. Eine analoge Anwendung des § 254 I BGB auf den Kostenerstattungsanspruch aus § 1004 I BGB müsse unterbleiben, weil dieser Anspruch den Schadensersatzansprüchen aus systematischer und teleologischer Sicht nicht hinreichend ähnele.

Die Ähnlichkeitsprüfung erfordert also nur die Feststellung, dass Systematik, Geschichte oder Telos einer analogiefähigen Norm es gebieten, sie auf den nicht tatbestandsmäßigen Sachverhalt anzuwenden. Eine abstrakte Definition der *ähnlichen Fälle* ist nicht erforderlich und häufig auch gar nicht möglich.

Beispiel:

§ 254 I BGB ist auf zahlreiche Zahlungsansprüche analog anwendbar. Die Gruppe dieser Ansprüche lässt sich aber nicht abstrakt definieren: Sie umfasst viele, aber nicht alle schuldrechtlichen Zahlungsansprüche, den dinglich begründete Kostenerstattungsanspruch aus § 1004 I BGB (str.) sowie zahlreiche Zahlungsansprüche aus dem öffentlichen Recht¹². Eine nähere abstrakte Beschreibung dieser Ansprüche ist nicht möglich, weil ihre Gleichbehandlung mit den Schadensersatzansprüchen auf jeweils unterschiedlichen Erwägungen beruht.

Das Beispiel zeigt, dass viele Analogien nur auf einem abstrakten Satz gründen, nämlich auf dem Satz, dass die jeweilige Norm auf ähnliche Fälle anwendbar ist (Analogiefähigkeit der Norm). Bisweilen kann die Gruppe der *ähnlichen Fälle* mit Hilfe eines Induktionsschlusses näher beschrieben werden. Eine Induktion ist der Schluss von einem oder mehreren Einzelfällen auf eine Regel. Ein Beispiel ist die so genannte *Gesamtanalogie*, bei der von mehreren ähnlichen Einzelregelungen auf ein Prinzip geschlossen wird.

Beispiel:

Schon vor der Einführung des neuen § 314 BGB war anerkannt, dass jedes Dauerschuldverhältnis aus wichtigem Grunde kündbar ist. Diese Erkenntnis beruhte auf einer Gesamtanalogie. Von den entsprechenden Regelungen im Recht des Dienstvertrags

und der BGB-Gesellschaft (§§ 626 I, 723 I BGB) schloss man auf einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, demnach alle Dauerschuldverhältnisse aus wichtigem Grund kündbar seien¹³.

Eine Induktion kann auch auf einem einzigen Beispielfall beruhen. Deshalb kann man das allgemeine Kündigungsrecht aus wichtigem Grund auch nur auf § 626 I BGB stützen¹⁴. In solchen Fällen verallgemeinert der Rechtsanwender eine einzelne Norm, um sie auf einen ähnlichen Fall anzuwenden. Vor diesem Hintergrund wird bisweilen behauptet, die Analogie sei stets eine Kombination von Induktion und Deduktion¹⁵. Diese Beschreibung ist unbefriedigend, denn es gibt zahlreiche Konstellationen, in denen sich die *ähnlichen Fälle* nicht abstrakt beschreiben lassen, so dass die für eine Induktion typische allgemeine Regel nicht formuliert werden kann¹⁶. Ursache dafür ist die Mehrdimensionalität des Ähnlichkeitsmaßstabes. Hinge die Ähnlichkeit nur von einem Parameter ab, wäre es stets möglich, die Gruppe der ähnlichen Fälle abstrakt zu beschreiben. Maßgeblich sind aber drei Parameter, die ihrerseits mehrere Dimensionen haben, nämlich Systematik, Geschichte und Telos der Norm. Die für eine Analogie erforderliche Ähnlichkeit der Fälle ist also gleichsam eine von drei nichtlinearen Vektoren beschriebene dreidimensionale Größe. Das erklärt, wieso man die Gruppe der *ähnlichen Fälle* oft nicht abstrakt beschreiben kann und man sich bei der Analogie oft darauf beschränken muss, durch Auslegung die Analogiefähigkeit der Norm festzustellen¹⁷ und dann den Sachverhalt unter den unbestimmten Begriff der *ähnlichen Fälle* zu subsumieren.

¹² Schieman, 2005, § 254, Rdnrn. 2f. mit weiteren Nachweisen. Auch auf dieser Grundlage ließe sich die Gleichbehandlung von Schadens- und Aufwendungsersatzansprüchen rechtfertigen.

¹¹ Vgl. Staudinger/Gursky, 1999, § 1004, Rdnr. 151.

¹² Vgl. Oetker in: MünchKomm-BGB, 6. Aufl. (2012), Rdnrn. 26–28.

¹³ Vgl. BGHZ 9, 157, 161 f.

¹⁴ So z. B. BGHZ 82, 354, 359.

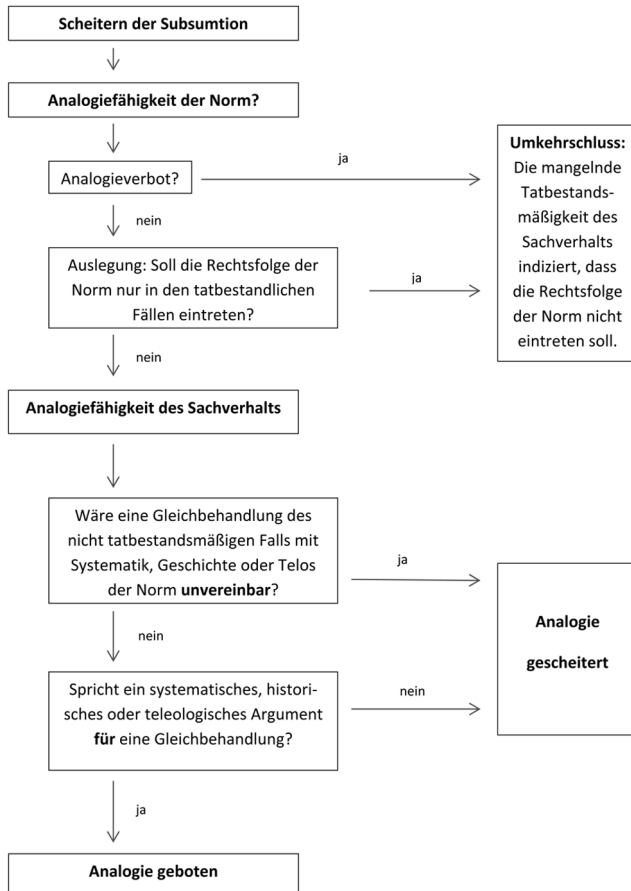
¹⁵ So aber Kramer (o. Fußn. 8), S. 199 und Engisch, Einführung in das juristische Denken, 10. Aufl., 2005, S. 188 f.

¹⁶ Vgl. dazu nur das oben zu § 254 I BGB Gesagte.

¹⁷ Dazu näher im vorigen Abschnitt.

IV. Modell der Analogieprüfung

Aus dem bisher Gesagten ergibt sich für die Analogieprüfung folgendes Modell:



gehensweise ist, dass die methodologische Literatur die Analogie meist als Verfahren zur Schließung von Gesetzeslücken beschreibt. Diese Herangehensweise betont den Systemgedanken, erleichtert die Abgrenzung von Auslegung, Analogie und freier Rechtsfortbildung und lenkt den Blick auf die Trennung legislativer und judikativer Kompetenzen. Sie ist didaktisch sinnvoll, aber das bedeutet nicht, dass es sinnvoll ist, in der Praxis nach dem gleichen Muster zu verfahren. Die meisten Methodiker behaupten das auch nicht¹⁹.

In der Praxis ist eine vorgelagerte Lückenprüfung unangebracht, weil sie Redundanzen erzeugt. Eine Gesetzeslücke liegt vor, wenn eine buchstäbliche Anwendung des Gesetzes im Widerspruch zur gesetzlichen Wertordnung stünde. Gründe dafür können die technische Unzulänglichkeit oder ein zu enger oder zu weiter Tatbestand sein²⁰. Wenn eine analogiefähige Norm und ein analogiefähiger Sachverhalt vorliegen, ist erwiesen, dass die (zu enge) Formulierung des Tatbestandes im Widerspruch zu übergeordneten Wertungen steht²¹. Eine vorgelagerte Lückenprüfung ist daher nutzlos. Zudem ist es wenig effizient, sich mit der Ähnlichkeit von Sachverhalt und Tatbestand zu befassen, bevor die leichter zu beantwortende Frage nach der Analogiefähigkeit der Norm geklärt ist. Man sollte daher zuerst prüfen, ob ein Analogieverbot einschlägig ist oder die Norm analogieunfähig ist, weil die Auslegung ergibt, dass der Tatbestand den Anwendungsbereich der Rechtsfolge abschließend beschreibt. Nur wenn dies nicht der Fall ist, muss überprüft werden, ob der nicht tatbestandsmäßige Sachverhalt dem Tatbestand unter systematischen, historischen oder teleologischen Aspekten so stark ähnelt, dass eine Analogie geboten ist.

V. Schluss: Von der Nutzlosigkeit der Lückenprüfung

In Rechtsprechung und Literatur wird bei der Analogieprüfung meist anders verfahren als hier vorgeschlagen. Üblicherweise wird nach dem Scheitern der Subsumtion untersucht, ob eine Gesetzeslücke vorliegt, ob diese Lücke planwidrig ist, und erst dann wird geprüft, ob der Sachverhalt dem Tatbestand ähnlich genug ist, um eine Analogie zu rechtfertigen¹⁸. Der Grund für diese Vor-

¹⁸ Vgl. *Beaucamp* (o.Fußn. 6), S. 84–86 mit zahlreichen Nachweisen aus Rechtsprechung und Literatur. Auch *Schwacke*, *Juristische Methodik*, 5. Aufl. (2011), S. 133–136 und *Schmalz*, *Methodenlehre für das juristische Studium*, 4. Aufl. (1988), Rdnrn. 383–396, befürworten dieses Vorgehen.

¹⁹ Vgl. *Kaufmann* (o. Fußn. 4), S. 61; *Larenz/Canaris*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl. (1995), S. 269–279; *Zippelius*, *Juristische Methodenlehre*, 10. Aufl. (2006) S. 67–71 und *Kramer* (o. Fußn. 8), S. 201–209. Anders die in Fn. 18 Genannten.

²⁰ Näher dazu: *Larenz/Canaris* (o. Fußn. 19), S. 258–269; *Rüthers/Fischer/Birk*: *Rechtstheorie*, 6. Aufl. (2011), Rdnrn. 841–864.

²¹ Ebenso: *Puppe*, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 2008, S. 99f.