

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 3

Die Feststellung von Lücken im Gesetz

Von

Claus-Wilhelm Canaris

Zweite, überarbeitete Auflage



Duncker & Humblot · Berlin

CLAUS-WILHELM CANARIS

Die Feststellung von Lücken im Gesetz

Schriften zur Rechtslehre

Heft 3

Die Feststellung von Lücken im Gesetz

**Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen
der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem**

Von

Dr. Claus-Wilhelm Canaris

o. Professor an der Universität München

2., überarbeitete Auflage



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Canaris , Claus-Wilhelm:

Die Feststellung von Lücken im Gesetz : e.
methodolog. Studie über Voraussetzungen u. Grenzen
d. richterl. Rechtsfortbildung praeter legem /
von Claus-Wilhelm Canaris. - 2., überarb. Aufl. -
Berlin : Duncker und Humblot, 1983.

(Schriften zur Rechtslehre ; H. 3)

ISBN 3-428-05311-7

NE: GT

1. Auflage 1964

2. Auflage 1983

Alle Rechte vorbehalten

© 1983 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1983 bei Werner Hildebrand, Berlin 65

Printed in Germany

ISBN 3 428 05311 7

Vorwort zur 2. Auflage

Wenn eine Dissertation in 2. Auflage erscheint, ist das für den Verfasser Freude und Verlegenheit zugleich — Freude, weil der wissenschaftliche Erstling offenbar noch immer im Gespräch ist, Verlegenheit, weil man heute, zumal bei einem zeitlichen Abstand von fast zwanzig Jahren, naturgemäß manches anders — und manches gar nicht mehr — sagen würde. Indessen stehe ich zu den wesentlichen methodologischen Aussagen dieses Buches noch immer; die wenigen Stellen, auf die das nicht zutraf, habe ich entsprechend geändert. Heikler sind die vielen praktischen Beispiele, von denen einige durch die seitherige Gesetzgebung überholt sind oder durch die Fortentwicklung der Dogmatik in einem anderen Licht erscheinen. Insoweit durchgreifende Änderungen vorzunehmen, war jedoch aus drucktechnischen Gründen nicht möglich und schien mir auch nicht unumgänglich, weil die Beispiele nicht um ihrer selbst willen behandelt sind, sondern lediglich zur Veranschaulichung bestimmter methodologischer Gesichtspunkte dienen und diesen Zweck nach wie vor erfüllen können; wo ich die seinerzeit vertretene Lösung nicht mehr für richtig halte, habe ich das jeweils in einer Fußnote vermerkt.

München, im Dezember 1982

Claus-Wilhelm Canaris

Aus dem Vorwort zur 1. Auflage

Der Problematik der Lückenfeststellung ist bisher in Literatur und Rechtsprechung überraschend wenig Aufmerksamkeit geschenkt worden. Gleichwohl ist sie nicht weniger bedeutsam, ja regelmäßig sogar wichtiger als die Frage der Lückenausfüllung, fällt doch bereits bei der Lückenfeststellung die einschneidende Entscheidung darüber, ob der Richter überhaupt zur Rechtsfortbildung befugt ist. Die vorliegende Arbeit hat sich daher, wie auch der Untertitel hervorhebt, ein bestimmtes praktisches Ziel gesetzt: durch die Untersuchung des Lückenbegriffs und der Möglichkeiten der Lückenfeststellung die *Voraussetzungen* zu klären, unter denen der Richter das Recht ergänzen darf. Freilich steht hier nicht das gesamte Gebiet der richterlichen Rechtsfortbildung in Frage, sondern nur jener Bereich, der herkömmlicherweise als Rechtsfindung „*praeter legem*“ oder „Gesetzesergänzung“ bezeichnet und in Gegensatz zur Rechtsfindung „*secundum legem*“ oder „Gesetzesauslegung“ und zur Rechtsfindung „*contra legem*“ oder „Gesetzesberichtigung“ gestellt wird. Diesen Bereich aber sucht die Arbeit — durch eine entsprechend weite Fassung des Lückenbegriffs (vgl. §§ 24 ff.) — *vollständig* auszuschreiten; insbesondere so hochaktuellen und weitgehend ungeklärten Problemkreisen wie der Bildung neuer Rechtsinstitute durch die Rechtsprechung und der Rechtsfortbildung mit Hilfe „*allgemeiner Rechtsprinzipien*“ gilt dabei besondere Aufmerksamkeit, wobei zugleich der Versuch unternommen wird, auch insoweit einigermaßen praktikable methodische Regeln aufzustellen und so dem Richter die erforderliche Hilfe zu geben wie die unerläßlichen Schranken zu weisen. Entsprechend dem Anliegen, den Bereich zulässiger Gesetzesergänzung vollständig abzustecken, werden schließlich im letzten Kapitel die „*Grenzen der Lückenausfüllung*“ behandelt, also jene Fälle, in denen der Richter trotz Vorliegens einer Lücke nicht zur Rechtsfortbildung schreiten darf. Die Problematik der Lückenausfüllung als solche ist dagegen nicht Gegenstand dieser Arbeit; dennoch haben auch die wichtigsten Lückenausfüllungsmittel wie Analogie, teleologische Reduktion, allgemeine Rechtsprinzipien, Natur der Sache usw. eine eingehende Erörterung gefunden, da sie — und das ist bereits eines der wesentlichsten Ergebnisse dieser Untersuchung — regelmäßig auch im Rahmen der Lückenfeststellung von Bedeutung sind.

Der Untertitel des Buches hebt noch ein weiteres hervor: es handelt sich um eine *methodologische* Studie. Damit ist zugleich gesagt, was die Arbeit nicht sein will: sie ist keine rechtsphilosophische und keine positiv-rechtliche, insbesondere keine verfassungsrechtliche Untersuchung. Dennoch gilt auch für sie, was Larenz (Methodenlehre S. V) das „doppelte Gesicht“ einer jeden methodologischen Arbeit genannt hat: ihr liegen ebenso bestimmte rechtsphilosophische Vorstellungen, insbesondere vom Wesen des Rechts, zugrunde wie sie auf eine besondere, historisch konkretisierte Rechtsordnung, insbesondere auf eine bestimmte, verfassungsrechtlich vorgeprägte Gestaltung des Richtertums, Bezug nimmt. In der Tat wird jedem, der sich mit methodologischen Problemen befaßt, immer wieder bewußt werden, in welchem Maße gerade in den entscheidenden Fragen Methodologie, Rechtsphilosophie und positives Recht miteinander verflochten und aufeinander angewiesen sind. Läßt sich doch schon die Relevanz so „selbstverständlicher“ juristischer Argumentationsmittel wie Analogie, teleologischer Reduktion, argumentum a fortiori, e contrario, ad absurdum usw. nicht rein formallogisch, sondern letztlich nur durch den — allen gemeinsamen — Bezug auf den (positiven oder negativen) Gleichheitssatz begründen. Daß auf der anderen Seite das positive Recht von entscheidendem Einfluß ist, ergibt sich hier schon daraus, daß der Lückenbegriff bewußt und ausdrücklich im Hinblick auf die verfassungsrechtlich festgelegten Aufgaben und Befugnisse des Richters bestimmt wurde. Alle diese Fragen aber mußten, sollte der Rahmen dieser Arbeit, der Sache wie dem äußeren Umfang nach, gewahrt bleiben, vorausgesetzt werden und haben nur ausnahmsweise, z. T. in Exkursen in den Fußnoten, nähere Ausführung gefunden.

München, im Oktober 1964

Claus-Wilhelm Canaris

Inhaltsverzeichnis

Erstes Kapitel

§§ 1-46	Der Begriff der Gesetzeslücke	15
§§ 1-5	<i>Vorbemerkung: Zur Methode der Begriffsbildung</i>	15
§§ 3-4	A. Der allgemeine Sprachgebrauch: Die Lücke als „planwidrige Unvollständigkeit“	16
§ 5	B. Die besondere Aufgabe des Lückenbegriffs: Die Lücke als Voraussetzung der Rechtsfindung praeter legem	17
§§ 6-19	<i>1. Abschnitt: Die Unvollständigkeit: Abgrenzung gegenüber der Rechtsfindung secundum legem („Auslegung“)</i>	19
§§ 11-14	A. Lücke und Analogie	24
§§ 15-17	B. Lücke und konkretisierungsbedürftige Rechtsbegriffe	26
§ 18	C. Lücke und Gewohnheitsrecht	29
§§ 20-44	<i>2. Abschnitt: Die Planwidrigkeit: Abgrenzung gegenüber der Rechtsfindung contra legem</i>	31
§§ 30-39	I. Die Fälle „qualifizierten Schweigens“ des Gesetzes	40
§§ 30-34	A. Lücke und „rechtsfreier Raum“	40
§§ 35-39	B. Lücke und „argumentum e contrario“	44
§§ 40-44	II. Die übrigen Fälle des Schweigens des Gesetzes	48
§§ 41-42	A. Der „allgemeine negative Satz“	49
§§ 43-44	B. Lücke und „argumentum e silentio (legis complementae)“	50
§§ 45-46	<i>Anhang: Lücke und ergänzende Vertragsauslegung (i. w. S.)</i>	53

Zweites Kapitel

§§ 47-118	Maßstäbe und Mittel der Lückenfeststellung	55
§§ 50-62	<i>1. Abschnitt: Die Anordnungen des positiven Rechts in Verbindung mit dem Rechtsverweigerungsverbot</i>	59
§ 50	A. (Offene) Normlücken	59
§§ 51-53	B. (Offene) Regelungslücken	60
§ 54	C. Fragen innerhalb eines rechtlichen Verfahrens	61
§§ 55-57	D. Fehlen einer Sanktion im Falle einer „lex perfecta“	63
§§ 58-62	E. (Logische und teleologische) Kollisionslücken	65
§§ 63-83	<i>2. Abschnitt: Die Wertungen des positiven Rechts, insbesondere in Verbindung mit dem Gleichheitssatz</i>	71
§§ 64-73	I. Der positive Gleichheitssatz	71
§ 64	A. Analogie als Mittel der Lückenfeststellung	71
§ 70	B. Argumentum a fortiori als Mittel der Lückenfeststellung	78
§ 73	C. Normlücken und positiver Gleichheitssatz	81
§§ 74-78	II. Der negative Gleichheitssatz: Teleologische Reduktion als Mittel der Lückenfeststellung	82
§§ 79-83	III. Die ratio legis unmittelbar	88
§ 80	A. Teleologische Reduktion als Mittel der Lückenfeststellung	88
§ 81	B. Teleologische Extension als Mittel der Lückenfeststellung	89
§ 83	C. Teleologische Umbildung als Mittel der Lückenfeststellung	91
§§ 84-117	<i>3. Abschnitt: Allgemeine Rechtsprinzipien und Rechtswerte</i>	93
§§ 84-112	I. Allgemeine Rechtsprinzipien	93
§§ 89-98	A. Gewinnung eines allgemeinen Prinzips aus dem positiven Recht	97

§§ 99-106	B. Rückführung eines allgemeinen Prinzips auf die Rechts- idee	106
§§ 107-112	C. Rückführung eines allgemeinen Prinzips auf die „Natur der Sache“	118
§§ 113-117	II. Rechtswerte	123
§§ 114-115	A. Gewinnung aus dem positiven Recht	124
§ 116	B. Rückführung auf die Rechtsidee	125
§ 117	C. Rückführung auf die „Natur der Sache“	126
§ 118	<i>Zusammenfassung</i>	127

Drittes Kapitel

§§ 119-135	Die Arten der Lücken	129
§§ 120-123	<i>1. Abschnitt: Unzutreffende Einteilungen</i>	129
§ 120	A. Verwischung der Grenze zur Rechtsfindung secundum legem: Lücken „intra und praeter legem“; „formelle und materielle“ Lücken; „Gebots- und Wertungslücken“	130
§ 121	B. Verwischung der Grenze zur Rechtsfindung contra legem: „Anwendbarkeitslücken“ und „kritische Lücken“; „immanente und transzendente“ Lücken; „logische und ethische“ Lücken; „eigentliche und uneigentliche“ Lücken	130
§§ 122-123	C. Zitelmanns Unterscheidung „echter und unechter“ Lücken	131
§§ 124-130	<i>2. Abschnitt: Die wichtigsten herkömmlichen Einteilungen</i>	134
§§ 124-125	A. Unterscheidung nach der Stellungnahme des historischen Gesetzgebers: „Bewußte und unbewußte“ Lücken	134
§§ 126-127	B. Unterscheidung nach dem Entstehungszeitpunkt der Lücke: „Anfängliche und nachträgliche“ Lücken	135
§ 128	C. Unterscheidung nach dem Verhältnis zum Wortlaut des Gesetzes: „Offene und verdeckte“ Lücken	136
§§ 129-130	D. Unterscheidung nach der Art der Unvollständigkeit: „Norm-, Regelungs- und Gebietslücken“	137

§§ 131-135	3. Abschnitt: Der eigene Einteilungsvorschlag	139
	Unterscheidung nach dem Maßstab der Lückenfeststellung: „Anordnungs- oder Rechtsverweigerungslücken“, „teleologische“ Lücken und „Prinzip- und Wertlücken“	

Viertes Kapitel

§§ 136-162	Das Verhältnis von Lückenfeststellung und Lückenausfüllung	144
	(insbesondere: drei verschiedene Funktionen der Analogie)	
§§ 137-139	1. Abschnitt: Das Verhältnis von Feststellung und Ausfüllung bei den Rechtsverweigerungslücken (insbesondere: die Fälle der „möglichen“ Analogie)	144
§§ 140-151	2. Abschnitt: Das Verhältnis von Feststellung und Ausfüllung bei den teleologischen Lücken (insbesondere: die Fälle der „notwendigen“ Analogie)	148
§§ 140-142	A. Die Fälle der „notwendigen“ Analogie	148
§ 143	B. Die Fälle des „notwendigen argumentum a fortiori“ ..	150
§ 144	C. Die Fälle teleologischer Normlücken	150
§§ 145-151	D. Die Fälle der teleologischen Reduktion	151
§§ 152-160	3. Abschnitt: Das Verhältnis von Feststellung und Ausfüllung bei den Prinzip- und Wertlücken (insbesondere: die „konkretisierende Funktion“ der Analogie)	160
§§ 161-162	Zusammenfassung	169

Fünftes Kapitel

§§ 163-188	Die Grenzen der Lückenausfüllung	172
§§ 164-170	1. Abschnitt: Die Grenzen der Lückenausfüllung bei den Rechtsverweigerungslücken	172
§§ 164-168	A. Die Möglichkeit unausfüllbarer Lücken	172
§§ 169-170	B. Die Problematik des Analogieverbotes	177

§§ 171-185	2. Abschnitt: <i>Die Grenzen der Lückenausfüllung bei den teleologischen Lücken</i>	180
§ 171	A. Die Möglichkeit unausfüllbarer Lücken	180
§§ 172-185	B. Die Problematik von Analogie-, Induktions- und Reduktionsverbot	180
§§ 173-180	1. Die Unzulässigkeit der Analogie	180
§§ 181-185	2. Die Unzulässigkeit der teleologischen Reduktion	189
§§ 186-188	3. Abschnitt: <i>Die Grenzen der Lückenausfüllung bei den Prinzip- und Wertlücken</i>	194
§ 186	A. Die Möglichkeit unausfüllbarer Lücken	194
§§ 187-188	B. Die Problematik von Analogie- und Induktionsverbot ..	194
	Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	197
	Literaturverzeichnis	204
	Sachverzeichnis	215
	Stichwortverzeichnis zu den wichtigsten Beispielen	218

Abkürzungsverzeichnis

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AöR	Archiv für öffentliches Recht
ArbuR	Arbeit und Recht, Zeitschrift für Arbeitsrechtspraxis
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
DB	Der Betrieb
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DöV	Die öffentliche Verwaltung
DR	Deutsches Recht
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
FR	Finanzrundschau
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begr. von Gruchot
GrünhZ.	Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegen- wart, begr. von Grünhut
JherJb.	Jherings Jahrbücher der Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JT-Festschr.	Festschrift zum 100jährigen Bestehen des deutschen Juristen- tages, Karlsruhe 1960
JZ	Juristenzeitung
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundes- gerichtshofs
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
NF	Neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
SchwZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
SJZ	Süddeutsche Juristen-Zeitung
StAZ	Zeitschrift für Standesamtswesen
VerwArch	Verwaltungsarchiv
ZblJR	Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
ZStrW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Erstes Kapitel

Der Begriff der Gesetzeslücke

Vorbemerkung

Zur Methode der Begriffsbildung

§ 1 Es ist eine häufig wiederholte Selbstverständlichkeit, daß es für die Bildung juristischer Begriffe in vielen Fällen keine festen Regeln in dem Sinne gibt, daß eine Terminologie als „richtig“ oder „falsch“ bezeichnet werden könnte. Andererseits aber handelt es sich dabei doch auch um nichts weniger als um eine Frage bloßen Beliebens. Soll ein Rechtsbegriff sinnvoll und brauchbar sein, so ist bei seiner Bestimmung vielmehr regelmäßig zweierlei zu beachten: der *allgemeine Sprachgebrauch* zum einen und seine *besondere juristische Aufgabe* zum anderen.

Der *allgemeine Sprachgebrauch* hat als Ausgangspunkt und Wegweiser zu dienen, — jedenfalls soweit es sich nicht um spezifisch juristische Begriffe wie etwa Hypothek, Dienstbarkeit, Vorerbschaft usw. handelt; denn wenn anders die wissenschaftliche Terminologie nicht jeden kennzeichnenden Charakter verlieren und zu einer bloßen abstrakten Formel ohne inneren Sinnbezug auf ihren Gegenstand herabsinken soll, muß sie Rücksicht nehmen auf den in einem Wort typischerweise enthaltenen und daher regelmäßig mitgedachten Bedeutungsgehalt.

§ 2 Zur genauen Abgrenzung eines Begriffs aber kann der allgemeine Sprachgebrauch keinesfalls genügen. Dazu ist er schon deswegen nicht brauchbar, weil er regelmäßig nicht eindeutig ist, sondern mehreren Möglichkeiten Raum läßt. Vor allem aber werden wissenschaftliche Begriffe nicht um ihrer selbst willen geschaffen, sondern zur Klärung und Abgrenzung bestimmter sachlicher Probleme; erst aus dem besonderen Funktionszusammenhang, in dem sie gebraucht werden, erhalten sie daher ihr eigentümliches Gewicht und ihren genauen Umfang. Somit ist für die endgültige Bestimmung eines Begriffs entscheidend die *besondere Aufgabe*, die er zu erfüllen hat.

Damit ist zweierlei gewonnen: erstens ist es möglich, den Mehrdeutigkeiten des allgemeinen Sprachgebrauchs zu entrinnen, ohne Zuflucht zu einer bloßen Nominaldefinition nehmen zu müssen. Zweitens ist gewährleistet, daß bei der Bildung des Begriffs stets der Zusammenhang mit der Sachproblematik erhalten bleibt, deren Erfassung seine Schaffung letzten Endes allein rechtfertigt. — Freilich bringt diese Bestimmung der Terminologie aus ihrer Aufgabe auch erhebliche methodische Schwierigkeiten mit sich: es ist nicht möglich, die einzelnen Merkmale schrittweise im Wege der Deduktion zu entwickeln und den so gewonnenen fertigen Begriff dann auf seinen Gegenstand anzuwenden; vielmehr lassen sich seine Grenzen erst mit der fortschreitenden Erhellung der sachlichen Problematik genauer festlegen, und es wird sich daher mitunter nicht vermeiden lassen, ihn zugleich schon vorauszusetzen und erst näher zu bestimmen. Doch werden diese Nachteile aufgewogen durch die auf diese Weise gewonnenen Vorzüge der besonderen Sachnähe und der erhöhten praktischen Brauchbarkeit. Im folgenden werden daher als Abgrenzungskriterien für die Bestimmung des Begriffs der Gesetzeslücke der allgemeine Sprachgebrauch und die besondere juristische Aufgabe des Lückenbegriffs dienen.

**A. Der allgemeine Sprachgebrauch:
die Lücke als „planwidrige Unvollständigkeit“**

§ 3 Wenn man von einer Mauerlücke, einer Zaunlücke, einer Wissenslücke, einer Gedächtnislücke usw. spricht, so will man in allen diesen Fällen auf eine *Unvollständigkeit* — innerhalb eines mehr oder weniger geschlossenen Ganzen — hinweisen: in der Mauer, im Zaun, im Wissen, im Gedächtnis fehlt etwas. Doch nicht schlechthin jede Unvollständigkeit wird als Lücke bezeichnet; die Mauer, der Zaun, das Wissen, das Gedächtnis werden vielmehr nur deshalb als lückenhaft empfunden, weil sie „eigentlich“ vollständig sein sollten. Neben die bloße Tatsachenfeststellung, daß etwas fehlt, tritt also das *Werturteil*, daß etwas vorhanden sein *sollte*. Eine Lücke ist demnach eine unbefriedigende, eine „*planwidrige*“ *Unvollständigkeit*¹.

Überträgt man nun diese, aus dem allgemeinen Sprachgebrauch abgeleitete Bestimmung des Begriffs auf den Fall der Gesetzeslücke, so ergibt sich:

Eine Gesetzeslücke ist eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes.

¹ Hierauf im Zusammenhang mit dem Begriff der Gesetzeslücke zum ersten Mal hingewiesen zu haben, ist das Verdienst von Elze (S. 4 ff.); ebenso: Engisch, Einführung, S. 137 f.; Larenz, ML, S. 286; ähnlich schon Bekker, S. 61. Zur Kritik an Elze vgl. aber im übrigen unten Fußn. 69.

Damit ist indessen noch nicht viel gewonnen. Denn da die Feststellung einer Lücke ein Werturteil erfordert², so kommt es entscheidend darauf an, einen Bewertungsmaßstab zu finden. Wonach beurteilt sich also, ob eine Unvollständigkeit des Gesetzes unbefriedigend ist, was ist — anders gesprochen — der „Plan“, dem sie zuwiderläuft? Ist dieser dem Gesetz selbst zu entnehmen, oder ergibt er sich von einem Standpunkt außerhalb des Gesetzes: entscheidet über die Frage der Lückenhaftigkeit z. B. das Naturrecht, das „richtige“ Recht, das Gemeinwohl, das Rechtsgefühl der Allgemeinheit oder des Richters usw.?

§ 4 Schon an diesem Punkte versagt nun der Rückgriff auf den allgemeinen Sprachgebrauch; denn er ist in dieser Frage nicht einheitlich. So bezeichnet man eine Mauer oder einen Zaun als lückenhaft, weil sie auf Grund der Unvollständigkeit ihrer *eigenen Zwecksetzung* — Unberechtigten den Zutritt zu verwehren — nicht entsprechen; der Bewertungsmaßstab wird also dem Bewertungsobjekt selbst entnommen. Anders bei der Gedächtnis- oder der Wissenslücke: das Gedächtnis (z. B. eines Zeugen) oder das Wissen (z. B. eines Prüflings) werden deshalb als lückenhaft empfunden, weil sie bestimmten *außer ihnen selbst liegenden* Anforderungen nicht genügen; der Bewertungsmaßstab wird hier von einem Standpunkt außerhalb des Bewertungsobjektes bestimmt. — Der allgemeine Sprachgebrauch gibt somit keinen Aufschluß darüber, welches Kriterium für die Feststellung einer Gesetzeslücke maßgeblich sein soll. Nach dem oben Ausgeführten ist es daher nunmehr erforderlich, dem Lückenbegriff eine bestimmte Aufgabe zuzuweisen, um so zu einer genaueren Bestimmung zu gelangen.

B. Die besondere Aufgabe des Lückenbegriffs: die Lücke als Voraussetzung der Rechtsfindung *praeter legem*

§ 5 Wie jeder juristische Begriff, so hat auch der Lückenbegriff vornehmlich der Anwendung des Rechts zu dienen. Eine praktische Aufgabe kann er daher dort erfüllen, wo die — das Wesen der Lücke ausmachende — Unvollständigkeit des Gesetzes für die Rechtsanwendung bedeutsam wird. Dies ist der Fall in jenem Bereich, der herkömmlicherweise als „*Rechtsfindung praeter legem*“ bezeichnet wird, in dem also der Richter zur „*Ergänzung*“ des Gesetzes tätig wird. Da das wesentliche Merkmal des Lückenbegriffs eben die Unvollständigkeit — und d. h. die Voraussetzung der *Ergänzungsbedürftigkeit* — ist, eignet er

² Dies wird allgemein anerkannt. Vgl. z. B. Heck, Gesetzesauslegung, S. 163; Binder, S. 983; Stoll, Methode, S. 100; Somlo, Die Anwendung des Rechts, S. 65; Ross, S. 343; Engisch, Rechtslücke, S. 90 f.; Esser, Grundsatz und Norm, S. 252, Fußn. 56; Larenz, ML, S. 282 f.; Du Pasquier, Lacunes, S. 19.