

Schriften zum Völkerrecht

Band 93

Lücken im Völkerrecht

Zu Rechtscharakter, Quellen, Systemzusammenhang,
Methodenlehre und Funktionen des Völkerrechts

Von

Prof. Dr. Ulrich Fastenrath



Duncker & Humblot · Berlin

ULRICH FASTENRATH

Lücken im Völkerrecht

Schriften zum Völkerrecht

Band 93

Lücken im Völkerrecht

Zu Rechtscharakter, Quellen, Systemzusammenhang,
Methodenlehre und Funktionen des Völkerrechts

Von

Prof. Dr. Ulrich Fastenrath



Duncker & Humblot · Berlin

Als Habilitationsschrift auf Empfehlung der Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität München gedruckt
mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft

CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Fastenrath, Ulrich:

Lücken im Völkerrecht: zu Rechtscharakter, Quellen,
Systemzusammenhang, Methodenlehre und Funktionen des
Völkerrechts / von Ulrich Fastenrath. – Berlin: Duncker
und Humblot, 1991

(Schriften zum Völkerrecht; Bd. 93)

Zugl.: München, Univ., Habil.-Schr., 1988

ISBN 3-428-06922-6

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1991 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Fremddatenübernahme: Hagedornsatz, Berlin 46

Druck: Druckerei Gerike GmbH, Berlin 36

Printed in Germany

ISSN 0582-0251

ISBN 3-428-06922-6

Vorwort

Das Lückenproblem im Recht wird — wie ein Blick in die deutsche Methodenliteratur und in die Monographie von Siorat (*Le problème des lacunes en droit international*, 1959) oder der Disput zwischen Hersch Lauterpacht und Julius Stone über dieses Thema Ende der fünfziger Jahre zeigt — im allgemeinen im Zusammenhang mit den Möglichkeiten zur Lückenfüllung, insbesondere durch den Richter, gesehen. Dagegen wählt die vorliegende Arbeit eine metarechtliche Sicht, indem sie die verschiedenen rechtstheoretischen Richtungen in bezug auf die Lückenproblematik und die Offenheit des Rechts hin untersucht, um sodann die Funktionen und Auswirkungen von Lücken im Rechtssystem zu analysieren. Damit wird die enge, richterliche Streitschlichtungsperspektive überwunden. Lücken im Sinne nicht vorgegebenen Rechts können so vom Odium des Mangels befreit werden, sich nicht nur als notwendig, sondern auch als nützlich erweisen.

Diese Arbeit ist im Sommersemester 1988 von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Habilitationsschrift auf Grund der Gutachten der Professoren Dr. Bruno Simma und Dr. Klaus Vogel angenommen worden. Zwischenzeitlich neu erschienene Literatur habe ich nach Möglichkeit noch berücksichtigt, was aber — insbesondere bei den Werken aus dem Kreis der *Critical Legal Studies* — nicht mehr immer in adäquater Weise gelungen ist. Ich danke allen, die mit Rat und Tat — bewußt und mit ihren gedanklichen Anstößen oft auch ganz unbewußt — zur Entstehung dieses Buches beigetragen haben. Es sind so viele, daß sie hier namenlos bleiben müssen. Nennen möchte ich nur Professor Dr. Dr. h.c. Gerhard Hoffmann (Marburg), der mich als Student für das Völkerrecht begeistert und der mit einem gleichlautenden Seminarthema sozusagen den Grundstein für diese Arbeit gelegt hat, sowie Professor Dr. Bruno Simma, der mir als Assistent an seinem Lehrstuhl in München nicht nur Gelegenheit gab, auf diesem Fundament weiterzuarbeiten, sondern der mich mit seiner Sicht des Völkerrechts mehr beeinflusst hat, als es bei der Lektüre dieses Buches den Anschein haben mag.

München, August 1990

Ulrich Fastenrath

Inhaltsverzeichnis

Einführung	15
1. Der Begriff „Lücke“ – eine bildhafte Annäherung	15
2. Die Entdeckung des Problems	18
3. Die Anfänge der Lückendiskussion im Völkerrecht	24
4. Bedeutung des Themas	27
5. Zur Gliederung der Arbeit	30

Erster Teil

Das Völkerrecht als Rechtsordnung

I. Kapitel: Völkerrecht als Recht	32
1. Normativität im internationalen System	32
2. Natur- und vernunftrechtliche Auffassungen	36
3. Zwangstheorien	45
4. Rechtspositivismus	52
a) Empirischer Rechtsbegriff	53
aa) Psychologischer Rechtspositivismus	53
α) Voluntarismus	53
β) Skandinavische Rechtsschule	56
bb) Soziologischer Rechtspositivismus	57
cc) Generelle Anerkennungstheorien	59
b) Gesetzespositivismus	60
aa) Logischer Positivismus	60
bb) Anerkennungstheorien	64
5. Moderne analytische, hermeneutische, topische und politik-orientierte Rechts- theorien	71
a) Analytische Rechtstheorie	71
b) Hermeneutik und Topik	73
c) New Haven-approach	78

6. Ergebnis	81
II. Kapitel: Völkerrechtsquellen	84
1. Allgemeines	84
a) Begriff	84
b) Rechtlicher Status der formellen Völkerrechtsquellen	86
c) Numerus clausus der formellen Völkerrechtsquellen?	88
2. Die formellen Völkerrechtsquellen des Art. 38 Abs.1 IGH-Statut	91
a) Völkerrechtliche Verträge	91
b) Gewohnheitsrecht	95
c) Allgemeine Rechtsgrundsätze	100
3. Weitere anerkannte Völkerrechtsquellen	104
a) Einseitige Rechtsgeschäfte	104
b) Bindende Beschlüsse internationaler Organisationen	106
c) Urteile gegenüber den Streitparteien	108
4. Umstrittene formelle Völkerrechtsquellen	110
a) Konsens	110
b) Deklarationen der UN-Generalversammlung	114
5. Hilfsquellen	119
a) Begriff	119
b) Rechtsprechung	121
c) Lehre	123
6. Rechtsprinzipien	125
a) Strukturprinzipien des Völkerrechts („General Principles of International Law“)	125
b) In positiven Normen erkennbar vorausgesetzte Rechtsgrundsätze	126
c) Ethische, natur- und vernunftrechtliche, religiöse, ideologische Prinzipien, Gerechtigkeit, Billigkeit	127
7. Sonstige Mittel zur Erweiterung des völkerrechtlichen Regelinstrumentariums	134
a) Analogie	134
aa) Begriff und Anwendungsvoraussetzungen	134
bb) Analogie im Völkerrecht	136
b) Natur der Sache	139

c) Die begriffsjuristische Methode	143
d) Freie Rechtsetzung	144
III. Kapitel: Das Völkerrechtssystem	146
1. Recht als Ordnung von Normen	146
a) Delegationszusammenhang	146
b) Das abstrakt-begriffliche System	147
c) Das „organische“ System	147
d) Das „innere“ System	147
e) Das rationale System	148
2. Besonderheiten der völkerrechtlichen Normenordnung	149

Zweiter Teil

Der Geltungsbereich des Völkerrechts

Vorbemerkung	152
IV. Kapitel: Grenzen völkerrechtlicher Normierung	152
1. Grenzen rechtlicher Normierung	152
2. Der Bereich des Völkerrechts	154
V. Kapitel: Der Regelungsgehalt von Rechtssätzen	156
1. Rechtssatz und Rechtsnorm	156
a) Sprachgebundenheit des Rechts	156
b) Verhältnis von Rechtsnorm und Rechtssatz	157
c) Der Weg vom Rechtssatz zur Rechtsnorm	162
2. Exkurs: Die Bedeutung von Sprachzeichen	167
a) Semantische Sprachebene	167
b) Pragmatische Sprachebene	172
c) Hermeneutische Grundlagen des Verstehens	173
d) Völkerrechtliche Fachsprache	175
3. Juristische Auslegungsregeln	176
a) Grammatische Auslegung	177
b) Systematische Auslegung	183
c) Historische Auslegung	184

d) Teleologische Auslegung	186
e) Subjektive und objektive Auslegung	187
f) Statische und dynamische Auslegung	189
4. Autorität von Auslegungsakten	194
VI. Kapitel: Geltungsbereich der Völkerrechtsnormen im einzelnen	199
1. Völkerrechtliche Verträge	199
2. Gewohnheitsrecht	203
a) Bildung von Gewohnheitsrechtssätzen	203
b) Auslegung von Völkergewohnheitsrecht	206
3. Allgemeine Rechtsgrundsätze	208
4. Einseitige Rechtsgeschäfte, Beschlüsse internationaler Organisationen	210
5. Urteile internationaler Gerichte	211
6. Konsens	212

Dritter Teil

Die Kehrseite – Lücken im Völkerrecht

VII. Kapitel: Traditionelle Begriffe	213
1. Lücken	213
a) Rechtsfreier Raum	213
b) Gesetzeslücken	217
c) Rechtslücken	220
d) Technische Lücken	223
e) Deutlichkeitslücken	225
f) Kollisionslücken	227
g) Effektivitätslücken	229
h) Unechte Lücken	230
i) Spaltungslücken	232
j) Sonstige Lückenbegriffe	234
2. Nicht-justiziable Streitigkeiten	236
3. Grundsatz der allgemeinen Handlungsfreiheit	239
a) Handlungsfreiheit als negatives Rechtsprinzip	240

b) Insbesondere: Handlungsfreiheit im Völkerrecht	244
aa) Handlungsfreiheit auf Grund der Staatensouveränität	244
bb) Handlungsfreiheit auf Grund Völkergewohnheitsrechts	246
cc) Handlungsfreiheit auf Grund eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes ..	247
c) Leistungsfähigkeit des negativen Freiheitssatzes zur Vervollständigung der Rechtsordnung	248
d) Bewertung des negativen Freiheitssatzes	251
VIII. Kapitel: Die Funktionen des Rechts als Differenzierungs- und Bewer- tungskriterium	252
1. Anthropologische Funktionen	253
2. Systemfunktionen	260
3. Ideologische Funktion	265
4. Weitere Funktionen bzw. Einteilungen von Funktionen	266
IX. Kapitel: Funktionen und rechtliche Auswirkungen von Lücken	268
1. Im Staatenverkehr	268
2. In Verfahren vor internationalen (Schieds)-Gerichten	271
3. Non liquet als prozessuale Folge von Lücken?	272
a) Begriff des non liquet	272
b) Völkerrechtliches Verbot eines non liquet?	275
aa) Rechtsverweigerungsverbot aufgrund Gewohnheitsrechts?	275
bb) Rechtsverweigerungsverbot als allgemeiner Rechtsgrundsatz?	277
cc) Rechtsverweigerungsverbot aufgrund der Friedensfunktion des Rich-ters?	280
c) Non liquet-Situationen	281
Summary	286
Literaturverzeichnis	300
Sachverzeichnis	331

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis
AdG	Archiv der Gegenwart
AJCL	American Journal of Comparative Law
AJIL	American Journal of International Law
AnnIDI	Annuaire de l'Institut de droit international
AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts
ArchVR	Archiv des Völkerrechts
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage(n)
Bd.	Band
BDGV	Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht
BGBI.	(deutsches) Bundesgesetzblatt
BVerfGE	(deutsches) Bundesverfassungsgericht, amtliche Entscheidungssammlung
BVerfGG	(deutsches) Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 3. 2. 1971
BYIL	The British Yearbook of International Law
CanYIL	Canadian Yearbook of International Law
CTS	Consolidated Treaty Series (hrsg. von <i>Clive Parry</i>)
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
Diss.	Dissertation
EA	Europa-Archiv
ebdt.	ebendort
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention vom 4.11.1950
EPIL	<i>R. Bernhardt</i> (Hrsg.), <i>Encyclopedia of Public International Law</i> , 12 Bände (1981 ff.)
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
f., ff.	folgende
Fn.	Fußnote
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
GYIL	German Yearbook of International Law
HarvardILJ	Harvard International Law Journal
HarvLR	Harvard Law Review
HRLJ	Human Rights Law Journal
HRQ	Human Rights Quarterly

Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
ICJ, IGH	International Court of Justice, Internationaler Gerichtshof
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
IJIL	Indian Journal of International Law
ILA	International Law Association
ILC	International Law Committee
ILM	International Legal Materials
ILR	International Law Reports
i. S.	im Sinne
JfRR	Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristen-Zeitung
Kap.	Kapitel
KPdSU	Kommunistische Partei der Sowjet-Union
LNTS	League of Nations Treaty Series
m. E.	meines Erachtens
mwN	mit weiteren Nachweisen
Nachw.	Nachweise
NILR	Netherlands International Law Review
NordTIR	Nordisk Tidsskrift for International Ret
Northwestern- UnivLR	Northwestern University Law Review
NYIL	Netherlands Yearbook of International Law
NZZ	Neue Züricher Zeitung
ÖZA	Österreichische Zeitschrift für Außenpolitik
ÖZöfFR(V)	Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht (und Völkerrecht)
PCIJ	Permanent Court of International Justice
ProcASIL	Proceedings of the American Society of International Law
Procès-verbaux	PCIJ, Advisory Committee of Jurists, Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th-July 21st with Annexes
RBDI	Revue belge de droit international
RdC	Recueil de Cours de l'Académie de droit international
RDILC	Revue de droit international et de législation comparée
Rdnr.	Randnummer
RGBl.	(deutsches) Reichsgesetzblatt
RGDIP	Revue générale de droit international public
RIAA	Reports of International Arbitral Awards
RIDC	Revue internationale de droit comparé
Riv.dir.int.	Rivista di diritto internazionale
RTh	Rechtstheorie, Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts
S.	Seite, im Zusammenhang mit rechtlichen Bestimmungen: Satz
s. a.	siehe auch
s. o.	siehe oben
s. u.	siehe unten
SchwJIR	Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht
SovietYB	Soviet Yearbook of International Law
StIGH	Ständiger Internationaler Gerichtshof

u. a.	unter anderem
UCLA Law Review	University of California Los Angeles Law Review
UN	United Nations
UNCIO	Documents of the United Nations Conference of International Organization, San Francisco 1945
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
UNGA	United Nations General Assembly
UNTS	United Nations Treaty Series
VerfRiÜ	Verfassung und Recht in Übersee (Zeitschrift)
vgl.	vergleiche
VirgJIL	Virginia Journal of International Law
VN	Vereinte Nationen (Zeitschrift)
WbVR	Strupp/Schlochauer (Hrsg.), Wörterbuch des Völkerrechts, 3 Bd. (1960-62)
WVRK	Wiener Vertragsrechtskonvention
YBILC	Yearbook of the International Law Commission
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
z. B.	zum Beispiel
ZGB	(schweizerisches) Zivilgesetzbuch
ZöR	Zeitschrift für öffentliches Recht
ZPO	(deutsche) Zivilprozeßordnung
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft

Einführung

1. Der Begriff ‚Lücke‘ — eine bildhafte Annäherung

Im allgemeinen Sprachgebrauch ist z. B. von Zaun- oder Baulücken die Rede. Gemeint ist damit, daß in einem Zaun einzelne Latten fehlen oder in einem Straßenzug ein einzelnes Grundstück unbebaut geblieben ist. Um von einer Lücke sprechen zu können, bedarf es also zweier Voraussetzungen: Es müssen in einer Reihe angeordnete Gegenstände vorhanden sein, die eine Einheit oder ein zusammengehöriges Ensemble bilden, und zwischen einzelnen Bestandteilen dieser Sachgesamtheit, d. h. von dieser seitlich eingegrenzt, muß eine Fläche oder ein Raum unausgefüllt sein. Eben diese Fläche (oder diesen Raum) bezeichnet man als Lücke. Ist hingegen die leere Fläche oder der leere Raum seitlich nicht von den Bestandteilen des Ensembles umschlossen, ist die leere Fläche bzw. der leere Raum also außerhalb oder am Rande des Ensembles gelegen, spricht man von einer Freifläche, einem freien oder offenen Gelände usw.

Die Begriffe ‚Lücke‘ und ‚freier Raum‘ sind — dem „horror vacui“ zum Trotz — nicht notwendig negativ konnotiert; und ihre Verwendung ist unabhängig davon, ob die Lücke bzw. der freie Raum willentlich entstanden sind oder nicht, ob sie einer natürlichen Anordnung der Dinge (z. B. Zahnlücke) oder irgendwelchen Vollständigkeitsanforderungen (z. B. Wissenslücke) zuwiderlaufen. Als Möglichkeit etwa zu einem Durchgang durch einen Zaun oder zur Errichtung einer Grünfläche zwischen Häusern kann eine Zaun- bzw. Baulücke durchaus willkommen und absichtlich planvoll herbeigeführt worden sein. Deshalb ist es falsch, das Wort ‚Lücke‘ generell mit der Vorstellung zu verbinden, daß dort eigentlich etwas sein sollte, und dementsprechend Lücke als planwidrige Unvollständigkeit zu definieren¹. Ob eine Lücke oder ein freier Raum vorhanden ist, ergibt sich allein aus der Anordnung der Dinge, nicht aus einem Plan, an dem die Realität gemessen wird; und es ist auch keine Bewertung erforderlich, ob die Lücke unbefriedigend ist, das Fehlende also als Fehler anzusehen ist².

¹ So aber *Canaris*, Lücken, S. 16; *Elze*, S. 3 ff.; *Engisch*, Einführung, S. 138 f.; *Verdross*, Völkerrecht, S. 155.

² A. A. *Canaris*, Lücken, S. 17, 31 ff., für den die Notwendigkeit zu einer Bewertung zwangsläufig daraus folgt, daß es keine vorgegebenen, allgemeingültigen Maßstäbe für das gibt, was „eigentlich“ vorhanden sein sollte. Eine Bewertung ist nach der hier vertretenen Ansicht nur insoweit erforderlich, als es darum geht, was als Einheit oder geschlossenes Ensemble anzusehen ist. Alles dies gilt allerdings nur für die Feststellung von Lücken zwischen Gegenständen. Daß die Feststellung von Lücken im Recht weit

Diese bildhafte Annäherung an die Begriffe der Lücke und des freien Raumes läßt sich auf das Recht nicht so ohne weiteres übertragen. Denn Recht gehört nicht zur dinglichen Welt, sondern in den Bereich des Gedanklichen. Gedankliches aber läßt sich zwar zu einem System verbinden, eine Vielzahl einzelner Normen also zu einer Rechtsordnung zusammenschließen; Gedankliches hat jedoch weder einen Standort noch eine Ausdehnung. Deshalb kann man zwar von gedanklichen Gehalten innerhalb und außerhalb eines gedanklichen Systems sprechen und damit auch von rechtlichen und außerrechtlichen Regelungen, kaum aber von rechtsfreien Räumen oder von Lücken im Sinne von seitlich begrenzten, unausgefüllten Räumen innerhalb eines rechtlichen Systems. Entgegenstehende Auffassungen — wie sie von den frühen Naturrechtslehren³ oder der Begriffsjurisprudenz⁴ vertreten wurden —, wonach Rechtsnormen in der Natur bzw. in der Begriffspyramide als deren integraler Bestandteil ein vorgegebener Platz zugewiesen war und fehlende Normen wie fehlende Bausteine in der Natur oder der Pyramide als Lücken identifiziert werden konnten, sind längst überholt.

Rechtslücken beschreibt man denn auch heute nicht mehr mittels einer Analyse allein des Rechtssystems, sondern im Vergleich mit einem Referenzsystem⁵. Dieses kann z. B. das Handlungsuniversum der realen Welt, ein gedankliches System wie eine vorgestellte Idealrechtsordnung oder der Plan eines Gesetzgebers sein. Um in diesen Vorgang die allgemeine Vorstellung von einer Lücke hinüberzuretten, kann man den Vergleich folgendermaßen bildhaft darstellen: Die Rechtsordnung wird so über das Referenzsystem gelegt, daß die einzelnen Normen ihre jeweiligen Entsprechungen im Referenzsystem abdecken, also etwa die in der realen Welt vorkommenden Lebenssachverhalte, auf die die Normen sich beziehen. Auf diese Weise werden die Rechtsnormen am Referenzsystem „verortet“. Bleibt nun im Rechtssystem gegenüber dem Referenzsystem ein Platz unbesetzt, regelt es z. B. einzelne Lebenssachverhalte nicht, bleibt es hinter dem gesetzgeberischen Plan zurück oder verwirklicht es das Idealrecht nicht, ist es lückenhaft.

Dieses sichtlich am Subsumtionsmodell orientierte Bild trägt dessen Problematik freilich in sich. Es setzt voraus, daß sich Normen auf eine exakt beschreibbare Klasse von Sachverhalten beziehen oder exakt natur- bzw. vernunftrechtlichen Maximen zuzuordnen wären. Weiterhin gestattet es nicht, Wechselwirkungen zwischen dem rechtlichen und seinen Referenzsystemen zu

komplexer ist und dabei auch Bewertungen eine Rolle spielen, ist Thema dieser Arbeit und wird im einzelnen noch darzulegen sein.

³ Dazu noch unten 2.

⁴ Dazu *A. Kaufmann*, Problemgeschichte der Rechtsphilosophie, S. 99f.; *Larenz*, S. 20ff.; *Pawlowski*, S. 50ff.

⁵ *A. Kaufmann*, Beiträge zur juristischen Hermeneutik, S. 46; *Klug*, S. 79ff.; *Salmon*, RBDI 1967, 440 (445); vgl. auch die bereits (in Fn. 1 und 2 und dem dazugehörigen Text) wiedergegebene Definition von *Canaris*, für den der „Plan“ das Referenzsystem ist.

berücksichtigen. Wie das Subsumtionsmodell spiegelt das Bild ein statisches Rechtsverständnis wider, in dem Lücken nur dadurch gefüllt werden können, daß neue Normen geschaffen werden. Neuartige Fallgestaltungen rufen also ebenso wie die bei früheren Rechtsetzungen übersehenen oder aus sonstigen Gründen unberücksichtigt gebliebenen Fallgestaltungen stets den Gesetzgeber auf den Plan.

Wie zu zeigen sein wird, geht das Subsumtionsmodell von Voraussetzungen aus, die real nicht gegeben sind. Dem Recht wohnt eine gewisse Dynamik inne, die — um im Bild zu bleiben — eine Lückenschließung auch dadurch ermöglicht bzw. die Entstehung einer Lücke von vornherein dadurch verhindert, daß die Normen „am Rande“ der Lücke ihren Anwendungsbereich ausdehnen. Rechtslücken werden also nicht nur durch neues „Normmaterial“ geschlossen, sondern auch durch Zusammenrücken der Normen, die die Lücke umschließen — vergleichbar der Lücke zwischen zwei Stühlen, die man nicht nur in der Weise schließen kann, daß man einen weiteren Stuhl dazwischen stellt, sondern auch dadurch, daß man die Stühle zusammenschiebt. Umgekehrt können dann freilich Lücken auch aufreißen, indem der Anwendungsbereich von Normen eingengt wird, die Normen also sozusagen auseinandergezogen werden.

Geht man von einer Dynamik der Rechtsordnung und von Wechselwirkungen zwischen Rechtssystem und seinen Referenzsystemen aus, wird es schon fragwürdig, Lücken — unter Verzicht auf eine bildhaft „verortende“ Erklärung — allein durch die Differenz beim Vergleich des Rechtssystems mit einem Referenzsystem definieren zu wollen. Denn dieser Vergleich verlangt feste Größen. Beschränkt man sich auf einen solchen (summenmäßigen) Vergleich, kann man zudem nicht mehr zwischen Rechtslücken als einer Nicht-Regelung innerhalb des Rechtssystems und einem rechtsfreien Raum als einer Nicht-Regelung außerhalb des rechtlichen Regelungsbereichs unterscheiden. Mangels einer „Verortung“ gibt es nur die Regelung und die Nicht-Regelung⁶. Hier sind also weitergehende Klärungen der Begriffe ‚Rechtslücke‘ und ‚rechtsfreier Raum‘ vonnöten.

Von Lücken des Rechts spricht man allerdings nicht nur im Hinblick auf Defizite des Rechtssystems gegenüber Referenzsystemen, sondern auch dann, wenn die Beziehungen der Rechtsregeln zur realen Welt oder der Rechtsregeln untereinander „gestört“ sind, wenn die verbindende „Brücke“ zwischen Norm und Sachverhalt oder zwischen einzelnen Normen fehlt oder mangelhaft ist. Dies ist z. B. dann der Fall, wenn eine Norm unanwendbar ist, weil sie zwar einen Anspruch gewährt, aber nicht den Verpflichteten nennt⁷, wenn unklar ist, auf

⁶ Eine „Verortung“ könnte allenfalls in bezug auf die Regelungsabsicht eines Gesetzgebers angenommen werden. Diese Absicht würde festlegen, was zum geschlossenen Regelungsensemble gehört und was nicht. Ein solcher Lückenbegriff kann sich aber nur auf ein einzelnes Gesetz beziehen, also nur Gesetzeslücke, nicht Rechtslücke sein. Denn die Regelungsabsicht eines Gesetzgebers kann real niemals die gesamte Rechtsordnung umfassen, dies überstiege seine geistige Kapazität.