



## Generalklauseln: „Königliche Paragraphen“ oder Allgemeinplatz?

Suzanna Cerina

Die im folgenden mit Generalklauseln bezeichneten Gesetznormen sind solche, die einen derart hohen Abstraktionsgrad erreicht haben, daß ihnen ein inhaltlich eindeutig nachweisbarer Begriffskern nicht mehr zugerechnet werden kann, die Umsetzung der Vorschrift auf konkrete Einzelfälle mithin nur auf wertender ethisch-moralischer Grundlage erfolgen kann.<sup>1</sup> Beispiele für Generalklauseln finden sich in fast allen Rechtsgebieten.<sup>2</sup>

Die Gunst der Stunde im Preußen Friedrich II. galt der sog. kasuistischen Methode, also einem gesetzestechnisch auf Einzelfälle abstellenden Regelungsverfahren, dessen Regelungswut wir im „Allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten“<sup>3</sup> mit seinen über 19 000 Paragraphen bestaunen dürfen. Die Vieltätigkeit des Lebens macht es aber unmöglich, alle Eventualitäten in den Rahmen kasuistisch gefaßter Normen zu zwängen. Die in genannter Methode zum Ausdruck kommende Angst, sich der RichterInnenwillkür auszusetzen und so die Sicherheit und Einheitlichkeit des Gesetzes zu gefährden, wurde daher zunehmend von der Sorge um dem atypischen Einzelfall, für den das Gesetz blind war, abgelöst. Diese Überlegungen ließ die sog. Freiheitsbewegung entstehen, die die Quellen richterlicher Entscheidungen im Rechtsgefühl und in der

praktischen Vernunft erblickte. In ihrer extremsten Ausformung vertrat sie gar die Ansicht, daß die gesetzlichen Vorschriften lediglich vage Anhaltspunkte auf dem Weg zur gerechten Einzelfallentscheidung seien, eine Konzeption, die später von nationalsozialistischen StrafrechtlerInnen wieder aufgenommen worden ist.<sup>4</sup>

Einen Kompromiß zwischen diesen beiden Extrempositionen fand man in der Generalklausel, die übrigens kein Kind der Neuzeit ist<sup>5</sup>, heute aber zur allgemein anerkannten Gesetzespraxis gehört. Gerade weil ihre Unabdingbarkeit allzu schnell als Allgemeingut akzeptiert wird, gilt es Gefahren und Nutzen gegeneinander abzuwägen.

### Mathematik oder Einzelfallgerechtigkeit

Jede GesetzgeberIn sieht sich dem Konflikt zwischen der absoluten Berechenbarkeit starrer Rechtssätze, eine starre Anwendung derselben vorausgesetzt und der Einzelfallgerechtigkeit, ermöglicht durch Generalklauseln, ausgesetzt. Letzten Endes hängt die Wahl für eine der Alternativen davon ab, ob man guten Gewissens akzeptieren kann, daß selbst die augenfällig unbillige Folge Recht ist, wenn sie sich aus Rechtssätzen errechnen läßt, mag dies auch offensichtlich

gegen das „allgemeine“ Gerechtigkeitsempfinden verstoßen. Recht in diesem Sinne verstanden wird mit Mathematik gleichgesetzt. Im Gegensatz zur JuristIn setzt sich die MathematikerIn jedoch mit interessenneutralen Zahlen auseinander. Im übrigen stellt sich die berechtigte Frage, ob man durch zu dogmatisches Vorgehen der ohnehin allenthalben anzutreffenden BeamtenInnenmentalität – „ich handele nur nach Vorschrift“ – Vorschub leisten möchte. Darf nicht auch die RichterIn ihrer Verantwortung als mündige BürgerIn nachkommen, indem sie der Gerechtigkeit zu ihrem Recht verhilft? Entscheidend ist wohl, ob wir in der RichterIn eine reine Subsumtionsmaschine sehen. Warum richtet in Zeiten der inflationären Rationalisierungstendenzen dann nicht nach Ergründung des genaueren Sachverhalts ein Computer an ihrer statt?

Selbst ein minutiös verfaßter Gesetzestext kann unmöglich die Vielschichtigkeit des Lebens völlig abdecken. Daher ist die zentrale Aufgabe der Generalklauseln, quasi als Auffangnorm zu fungieren, damit vor der Lösung der atypischen Einzelfälle nicht kapituliert werden muß.

Aus naheliegenden Gründen taucht an dieser Stelle wiederholt das Argument auf, Generalklauseln seien zu Zeiten des Nationalsozialismus, neben anderen wert-

ausfüllungsbedürftigen Begriffen, gesetzliche Einfallstore für das Gedankengut der neuen Machthaber gewesen. Die Frage, ob der Positivismus<sup>6</sup>, jene Rechtslehre, die allein aus dem positiven gesetzten oder gewohnheitsmäßigen Recht ohne eigene Wertung zur Lösung von Rechtsfragen gelangen will, totalitären MachthaberInnen nützt oder schadet, ist wohl mit folgendem Satz beantwortet: „Mussolini kodifizierte, während der Nationalsozialismus Generalklauseln schuf.“<sup>7</sup> Es wäre naiv zu glauben, daß das Gesetz skrupellose PotentatInnen davon abhalten könnte, ihr Unwesen zu treiben. Sie werden je nach Lage entweder eher die Justiz oder die Legislative zu ihren HandlangerInnen machen.

Generalklauseln werden bisweilen als nicht konform in einem System betrachtet, das für sich in Anspruch nimmt, von Folgerichtigkeit und Klarheit beherrscht zu sein, der Logik allein verschrieben.<sup>8</sup> Bei so viel Dogmatik verwundert es dann nicht, wenn der Verfall des Rechts einzig an der logischen Stringenz des Rechtssystems gemessen und nicht der Gerechtigkeitsgedanke als Maßstab herangezogen wird. Um Mißverständnissen vorzubeugen, eine gewisse Verbundenheit mit der Rechtsdogmatik und -methode ist sicherlich für das höher stehende Gut der Gerechtigkeit unabdingbar, insoweit also auch Unstimmigkeiten im Rechtssystem Alarm auslösen sollten. Die völlige Außerachtlassung der Dogmatik öffnete der Willkür Tor und Tür. Gleichwohl wird man, die Notwendigkeit von Generalklauseln bejahend, den schalen Beigeschmack ertragen müssen, den die Tatsache hinterläßt, daß sich ihr Inhalt „besser fühlen als beschreiben läßt“<sup>9</sup>.

### **Norm und Wirklichkeit – Hase und Igel**

„Fieberhaft jagt die Gesetzgebung hinter den immer verwickelter werdenden Zeitereignissen hinterher. Sie holt sie nicht ein.“<sup>10</sup> Die BefürworterInnen der Generalklausel weisen darauf hin, daß das Recht einer hoffnungslosen Veralterung preisgegeben wäre, wollte man abwarten, bis die GesetzgeberInnen die Regelungsbedürftigkeit eines Problems erkannt, der erforderliche interfraktionelle und parlamentarische Konsens hergestellt und schließlich noch das formale Gesetzgebungsverfahren ordnungsgemäß durchlaufen sei.<sup>11</sup> Dagegen ist vorzubringen, daß es sich wohl um einen Fehler im System handeln muß, wenn die GesetzgeberInnen ihren verfassungsmäßigen Pflichten nicht beikommen bzw. kommen kann. Richtig dürfte an diesem Argument hingegen sein, daß die RichterInnen durch ihre Gerichtspraxis täglich mit den aktuellen Problemen konfrontiert werden, damit am Puls der

Zeit sind und ihr Problembewußtsein dadurch allein einen höheren Grad erreichen wird, als das bei der durchschnittlichen ParlamentarierInnen der Fall sein dürfte.

### **Auf dem Kriegsfuß mit Legislative und Gesellschaft?**

Die Fallgruppenmethode versucht die Generalklauseln durch die zu ihr ergangene Rechtsprechung methodisch zu erfassen, indem sie diese inhaltlich nach Fallgruppen ordnet. Bisweilen sehen sich die VerfechterInnen der Generalklauseln deshalb dem Vorwurf ausgesetzt, das Gewaltenteilungsprinzip fände keine Beachtung. Diesem Argument ist entgegenzuhalten, daß die Legislative durch die Schaffung von Generalklauseln, die ihr obliegende Gesetzgebungsbefugnis nicht im eigentlichen Sinne partiell an die Judikative delegiert hat, denn das hätte tatsächlich zur Folge, wie eine Meinung zu Recht zu bedenken gibt<sup>12</sup>, daß die auf der Generalklausel beruhenden Fallentscheidungen mit Normen gleichzusetzen wären und somit verfassungsrechtliche Bedenken angebracht wären. Vielmehr erteilt sie der Judikative die Befugnis in jedem Einzelfall, ein von der Kodifikation nicht bedachtes Problem anhand der Wertung,



die die GesetzgeberInnen durch die gegebenen Normen zum Ausdruck bringt, in dieses System einzufügen. Daß sie auch seit Schaffung der Fallgruppen an dieser Gesetzesmethode festgehalten hat, beweist, daß sie diese nicht grundsätzlich ablehnt.

Durch die Konkretisierung der Generalklauseln anhand von Fallgruppen werde der Gedanke der bewußten Regelungslücke der GesetzgeberInnen unterwandert, wird weiterhin vorgebracht, da die Fallgruppenmethode de facto oftmals zu Präjudizienrecht führe, welches methodisch gesehen unserer Rechtsordnung widerspricht.<sup>13</sup> Dieser Kritik ist, was das grundsätzliche Verhältnis zwischen Präjudizienrecht und der unserer Rechtsordnung zugrunde liegenden Methodik angeht, zuzustimmen. Vorzuwerfen ist ihr aber, daß sie das Dogma der unumstößlichen Fallgruppen, die allein

entscheidend seien, durch eine derartige Kritik zementiert. Der einzelnen RichterInnen steht es nämlich frei einen außerhalb der Fallgruppen liegenden Einzelfall, trotzdem anhand der jeweiligen Generalklausel zu judizieren. Fallgruppen sind kein Dogma, sondern dienen lediglich als Orientierungsmarken. Derartige Generalklauselkritik setzt also zu weit oben an und geht daher fehl. Wenn sich RichterInnen unterer Gerichte an den Präjudizien oberer Gerichte orientieren, diese Orientierung aber im Einzelfall nicht erwünscht ist, dann heißt die Frage richtigerweise, ob diese widerspruchslose Unterwerfung unter gegebene Hierarchiestrukturen nicht vielmehr dem juristischen Ausbildungssystem vorzuwerfen ist. Die Generalklauseln sind trotz Fallgruppen offen für die Besonderheit des Einzelfalls. Die RechtsanwenderInnen sollte dies nicht nur erkennen, sondern mutig in ihrer praktischen Arbeit zum Ausdruck bringen.

### **Suzana Cerina studiert Jura in Freiburg.**

#### **Anmerkungen:**

- 1 Vgl. zur Definition des Begriffes Generalklausel des weiteren Münchener Kommentar-Roth, § 242 Rn 20; Weber *AcP* 1992, 525.
- 2 Vgl. nur §§ 138, 242 Bürgerliches Gesetzbuch; § 1 Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb; § 9 Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen.
- 3 Vgl. die Textausgabe von Hattenhauer, 1970.
- 4 Müller 1987, 83.
- 5 Hedemann 1933, 62.
- 6 Creifelds 1996, Stichwort „Positivismus“.
- 7 Kübler *JZ* 1969, 651.
- 8 Lange *JW* 1933, 2859.
- 9 Weber *AcP* 1992, 525.
- 10 Hedemann 1933, 59.
- 11 Weber *AcP* 1992, 521.
- 12 Weber *AcP* 1992, 551.
- 13 Canaris 1969, 71.

#### **Literatur:**

- Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794, Hattenhauer, Hans / Bernert, Günther (Hrsg.), 3. Aufl., 1996.
- Canaris, Claus-Wilhelm, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz am Beispiel des deutschen Privatrechts, 2. Aufl., 1983.
- Creifelds, Carl, Rechtswörterbuch, 13. Aufl., 1996
- Hedemann, Justus Wilhelm, Die Flucht in die Generalklauseln – Eine Gefahr für Recht und Staat, 1933.
- Kübler, Friedrich, Kodifikation und Demokratie, in: *Juristenzeitung (JZ)* 1969, 645.
- Lange, Heinrich, Generalklauseln und neues Recht, in: *Juristische Wochenschrift (JW)* 1933, 2859.
- Mayer-Maly, Theo, Wertungswandel und Privatrecht, in: *JZ* 1981, 801.
- Müller, Ingo, Furchtbare Juristen – Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz, 1987.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Recht, Rebmann, Kurt / Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.), Bd. 2, 3. Aufl., 1994.
- Weber, Ralph, Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen, in: *Archiv für civilistische Praxis (AcP)*, 1992, 516.