

# ZIP-Kolumne

## Der „rechtlich nicht vorgebildete“ Durchschnittskunde

Nicht mehr der sein eigenes Geschick in die Hand nehmende, selbstverantwortlich handelnde Bürger ist der „Allgemeintypus“, von dem weite Teile des Präjudizienrechts des BGH ausgehen. Es ist – neue Entwicklung, die sich darin verkörpert – der „rechtlich nicht vorgebildete“, der „rechtsunkundige“ Durchschnittskunde. Gemeint ist damit wohl kaum der Mensch, der Recht und Unrecht nicht mehr voneinander unterscheiden kann. Denn Rechtsbewußtsein und rechtliche Vorbildung haben nur wenig miteinander gemein. Gedacht ist da schon eher an den Bürger, der beschämt ist über den Mangel an rechtlicher Vorbildung, weil ihm dadurch gleichsam der Zugang zur Wirklichkeit des Vertragsrechts versperrt ist. Es ist vor allem der Bürger mit all seinen beklagenswerten Eigenschaften, die aneinanderzureihen die Feder stocken läßt: der intellektuell unterlegene, der wirtschaftlich dem Stärkeren ausgelieferte, der sozial auch niedrig gestellte Bürger. Er bedarf des Rates des Rechtskundigen, um überleben zu können. Und der ihm so seine weitere Existenz im Vertragsrecht sichert, das ist – kraft gesetzlicher Sanktion – der AGB-Verwender, dessen Kautelarformulare eben nur dann hinzunehmen sind, wenn sie – bei Vermeidung juristischer Termini im übrigen – einschränkungslos berücksichtigen, daß sein Vertragspartner niemand anderes ist als der „rechtlich nicht vorgebildete“ Durchschnittskunde.

Mag sein, daß der Ansatz – die Gegenposition formulierend – zu stark überhöht ist. Doch die Antithese braucht Rücksichten nicht zu nehmen. *Gustav Radbruch*, dem großen Rechtsphilosophen der Weimarer Zeit, verdanken wir eine Einsicht, die unüberholbar Gültigkeit besitzt: „Nichts ist so entscheidend für den Stil eines Rechtsalters wie die Auffassung von Menschen, an der es sich orientiert.“ Es ist eben das Bild vom Menschen – genauer: das Bild vom „Menschen im Recht“ –, das in der Geschichte des Rechts „Epoche macht“. Ist es dann nicht ein schlimmes Zeichen, den Menschen im Recht als „rechtlich nicht vorgebildet“, als „rechtsunkundig“ zu charakterisieren? Nicht, daß diese Aussage nicht in der Wirklichkeit zuträfe, bezeichnet hier das Problem, und es ist hinzuzufügen, daß auch der Massenandrang zum juristischen Studium hier keineswegs zur Remedur führt. Es geht vielmehr um die Auflösung des Dilemmas, das sich in der Umschreibung eines rechtlichen Defizits als prototypische Signatur des Durchschnittskunden im Rechtsleben offenbart.

Die Berufung auf die konkret-empirische Erfahrung liegt freilich zur Rechtfertigung nahe. Doch *Radbruch* lehrt uns: „Vom empirisch-konkreten Menschen führt der Weg nicht zu einer Rechtsordnung, sondern zur Verneinung jeglicher Rechtsordnung.“

Sicherlich, unser Verständnis der Rechtsordnung, geprägt von einem Allgemeintypus des Menschen, Rechtssätze allgemein ausgestaltet, abstrakt formuliert, aber auf das Bild vom „Menschen im Recht“ bezogen – diese Sicht der Dinge kommt späten Kulturen notwendigerweise abhanden. Nicht mehr das Generelle ist Tatbestand der Regel, sondern ihre Verbindlichkeit wird nur noch vom einzelnen her, von den „jeweiligen Umständen des Falles“ ausgeleuchtet, vorsichtig formuliert und dann im Bemühen, Gleiches gleich zu behandeln, in Präjudizienketten unter Ablösung des statutarischen Rechts fortentwickelt. Und genau in diesem Denkansatz hat der Typus des „rechtlich nicht vorgebildeten“, des „rechtsunkundigen“ Durchschnittskunden seine Wiege (BGH ZIP 1981, 285, 286 = BB 1981, 389, 390).

Aber wie wäre es, wenn mit einem Schlage der „rechtlich nicht vorgebildete“ Durchschnittskunde nicht der konkret-empirisch nachweisbare, sondern eben schon der Allgemeintypus wäre? Hinzunehmen wäre freilich – zur Not noch –, daß das Bildungsdefizit in rechtlichen Dingen Präge Merkmal des Menschen im Recht wäre (vgl. BGH ZIP 1981, 504 = BB 1981, 815). Doch dann müßte ja – gleichsam als notwendige, unerläßliche Korrektur – der „rechtlich vorgebildete“ dem Allgemeintypus nicht mehr entsprechen. Indes, der Typus des „rechtlich nicht vorgebildeten“ Durchschnittskunden schließt, wie § 24 AGBG ausweist, den in Rechtsfragen umfassend Gebildeten, den Rechtsanwalt, genauso ein wie diejenigen Berufsgruppen, die wie Wirtschaftsprüfer und Steuerberater in rechtlichen Dingen keineswegs unerfahren, wenngleich nach dem Willen des Gesetzgebers schutzbedürftig sind.

Daß in Grenzbereichen die Konturen unscharf werden, ist nicht neu. Daraus darf wenig hergeleitet werden. Schon mehr daraus, daß das Gegenstück des „rechtlich nicht vorgebildeten“ Durchschnittskunden der zu sein scheint, der über die „reale Möglichkeit“ verfügt, den abzuschließenden Vertrag in eigener, selbstbestimmter und selbstverantwortlicher Gestaltungsfreiheit – in Abänderung des ihm vorgelegten Formulartextes – auf seine eigenen Belange und Interessen hin auszuformulieren. Doch auch hier – gerade hier (vgl. BGH ZIP 1983, 76, 77 = NJW 1983, 385, 386) – stellen sich die „jeweiligen Umstände des Falles“ ein, als unverzichtbares Kriterium, als Negation des Generellen. Denn eine „reale Möglichkeit“ setzt nicht eine dem Allgemeintypus zukommende, sondern eine aktuell-reale Freiheit voraus, eine nicht nur intellektuell verstandene, sondern auch eine wirtschaftlich praktizierte Freiheit, nicht als Wahlfreiheit nur, sondern als – autonome – Gestaltungsfreiheit.

Treffliches Gegensatzpaar also: der „rechtlich nicht vorgebildete“ Durchschnittskunde auf der einen, der selbstbestimmend, selbstverantwortlich handelnde „Durchschnittskunde“ auf der anderen Seite. Ohne Mühe ist es möglich, den „rechtlich nicht vorgebildeten“ Durchschnittskunden dingfest zu machen. Doch wonach entscheidet es sich, ob denn wirklich die „reale Möglichkeit“ zur selbstbestimmenden autonomen Vertragsgestaltungsfreiheit vorlag? Nach der Kaufmannseigenschaft? Ist also der Kaufmann der Prototyp des zur Selbstverantwortung berufenen Durchschnittskunden? Weit gefehlt. Der Minderkaufmann, der Flickschuster, der Kleingewerbetreibende, ja, auch der markt- und sortimentsabhängige Unternehmer in seinem Verhältnis zum Großkonzern – sie alle haben ja nur eine höchst eingeschränkte, keine „reale“, aktuell durchsetzbare Vertragsgestaltungsfreiheit. Sie sind froh, daß sie wirtschaftlich überleben dürfen; die Tugend der Bescheidenheit macht sich auch dann bezahlt, wenn „Wenden“ versprochen werden, aber ausbleiben.

Doch die Frage verlangt ihre Antwort. Denn derjenige hat ja nicht nur Kompetenz, sondern auch Macht, der darüber befindet, wo denn die Trennlinie zwischen dem „rechtlich nicht vorgebildeten“, dem „rechtsunkundigen“ Durchschnittskunden und seinem Widerpart, dem selbstverantwortlich Handelnden, verläuft. Das Testat, rechtlich „nicht vorgebildet“ zu sein, ist leicht zu erstellen; der Lebenslauf weist es aus, Datenschutz hin, Datenschutz her. Die für diese Beurteilung heranzuziehenden Daten sind dem Richter greifbar. Ihm, nicht dem Gesetzgeber, obliegt also kraft genereller Weisung die Zuordnung des Menschen im Recht zu diesem Allgemeintypus des „rechtlich nicht vorgebildeten“ Durchschnittskunden. Aber um Gleiches gleich zu behandeln, müßte dann zwangsläufig die gleiche Zuordnung auch für den anderen Allgemeintypus gelten, denjenigen nämlich, der die „reale Möglichkeit“ zu selbst- und eigenverantwortlichem Handeln besitzt.

Doch – und dies ist das Dilemma – hier wird nicht mehr ein rechtlich meßbares Faktum greifbar, kein mit den Mitteln juristischer Deduktion aufschließbares Datum. Sondern es erweist sich – wägt man die Kriterien eigenverantwortlichen Handelns – als durchsetzt von wirtschaftlichen, intellektuellen und sozialen Komponenten: der konzernabhängige kleine Zulieferer als Beispielsfall für das Gemeinte. Der so verstandene, seiner „realen Möglichkeit“ eingedenk, autonome und frei Handelnde ist jedoch nur noch am Rande der „Mensch im Recht“ (*Radbruch*), er ist in Wirklichkeit homo oeconomicus in seinem Zerrbild, ausgeliefert der Judikative in § 1 Abs. 2 AGBG. Oder milder formuliert: Hier erweist sich der Exkurs der Judikative in Voraussetzung und Inhalt wirtschaftlicher, „realer“ Vertragsgestaltungsfreiheit, sobald die Nähe zum „rechtlich nicht vorgebildeten“ Durchschnittskunden spürbar wird, als Sukkurs zugunsten desjenigen, der nicht in der Lage war, die ihm eigentlich zukommende selbstverantwortliche Vertragsgestaltungsfreiheit auch zu nutzen. Den Bürger, den citoyen – sein Bild sucht man hier vergebens.

Keine Frage: „Der Wechsel des vorschwebenden Bildes vom Menschen ist es, der in der Geschichte des Rechts ‚Epoche macht‘“ (*Radbruch*), auch bei der Degeneration des liberalen Rechtsstaats zum allgegenwärtigen Sozialstaat.

Friedrich Graf von Westphalen